

HANNA DOROTHEA FAIG

Genealogie der Grundfreiheiten

*Studien zum europäischen und deutschen
Öffentlichen Recht*

33

Mohr Siebeck

Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht

herausgegeben von
Christian Calliess und Matthias Ruffert

33



Hanna Dorothea Faig

Genealogie der Grundfreiheiten

Tradition, Redaktion, Interaktion und Integration
der Binnenmarktfreiheiten der Europäischen Union

Mohr Siebeck

Hanna Dorothea Faig, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Jena und Birmingham; Studentische Hilfskraft an der Universität Jena; 2016 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts der Humboldt-Universität zu Berlin; 2020 Promotion; seit 2019 Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin mit Stationen u. a. beim Bundeswirtschaftsministerium.
orcid.org/0000-0001-7639-0090

ISBN 978-3-16-159779-4 / eISBN 978-3-16-159780-0

DOI 10.1628/978-3-16-159780-0

ISSN 2192-2470 / eISSN 2569-443X

(Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Jakob

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Dort, in dem Archiv des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz und in dem Politischen Archiv des Auswärtigen Amtes entstand der Text in den Jahren 2016 bis 2019.

Für die hervorragende Betreuung sowie wertvolle wissenschaftliche Unterstützung und Förderung danke ich Herrn *Professor Dr. Matthias Ruffert*. Nicht nur geht das Thema – und damit der Beginn dieser Arbeit – auf seine Anregung zurück, auch während des Schreibprozesses konnte ich stets den Dialog suchen. Seine hilfreichen Anmerkungen haben zum Abschluss der Arbeit entscheidend beigetragen.

Außerordentlicher Dank gebührt auch Frau *Professorin Dr. Anna-Bettina Kaiser LL.M. (Cambridge)*, an deren Professur ich während der Promotion arbeiten konnte. Ihr danke ich für die Hilfe bei entscheidenden Weichenstellungen dieser Arbeit, ihre konstruktive Kritik und die Erstellung des Zweitgutachtens. Von dem Austausch und der Zusammenarbeit an ihrer Professur habe ich sehr profitieren können.

Bei meiner Arbeit war ich auf die Dokumente der *Historical Archives of the European Union* und des Politischen Archivs des Auswärtigen Amtes angewiesen. Für die Bereitstellung danke ich.

Anregungen und Gespräche verdanke ich auch den Mitgliedern des Promotionskollegs „Einheit und Differenz im europäischen Rechtsraum“ der Humboldt Universität, wo ich Gelegenheit hatte, meine Arbeit vorzustellen und zu diskutieren.

Großer Dank geht auch an meine Kolleginnen und Kollegen an der Humboldt Universität. Für Ermutigungen sowie die hilfreichen und aufmerksamen Korrekturen danke ich ganz besonders *Jakob Faig, Mariamo Ilal, Laura Jung, Lukas Köhler, Elena Kullak, Philipp Lassahn, Almut Neumann, Martin Plohmann, Johannes Sobanski, Claudia Tietz, Vincent Wächter* und *Arno Wieckhorst*.

Für die freundliche Unterstützung bei der Veröffentlichung bedanke ich mich bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Verlags Mohr Siebeck. Die Veröffentlichung wurde außerdem unterstützt durch einen Druckkostenzuschuss des Bundesministeriums des Innern.

Schließlich möchte ich mich für den Zuspruch und Rückhalt meiner Familie während der Promotionszeit bedanken. Von Herzen danke ich *Jakob*.

Berlin im Sommer 2020

Hanna Dorothea Faig

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
<i>I. Fragestellung: Tradition, Redaktion, Interaktion und Integration ...</i>	<i>3</i>
1. Tradition	4
2. Redaktion und Interaktion.....	5
3. Integration.....	6
<i>II. Die Historisierung von Unionsrecht als neue Strömung der Europarechtswissenschaft.....</i>	<i>10</i>
<i>III. Methode: Archivalienbasierter Zugang.....</i>	<i>14</i>
1. Textkorpus	14
2. Textzugang	16
<i>IV. Gang der Untersuchung.....</i>	<i>18</i>
1. Teil: Traditionslinien der Grundfreiheiten	19
<i>I. Wirtschaftstheoretisches Fundament der Grundfreiheiten.....</i>	<i>19</i>
1. Handelsfreiheiten als Weg zu weltweitem Wohlstand: Die Freihandelstheorie.....	21
2. Handelsfreiheiten in einem regionalen Wirtschaftsraum: Die Zollunionstheorie	25
3. Voraussetzungen von Zollunionen.....	28
<i>II. Das „Jahrhundert des Freihandels“ – Formative Phase im 19. Jahrhundert.....</i>	<i>30</i>

1. Die Anfänge der Liberalisierung des Handels und die Bedeutung der Meistbegünstigungsklausel.....	30
2. Gleichbehandlungsgebote als Rückgrat der Grundfreiheiten	33
a) Warenverkehrsfreiheit und Diskriminierungsverbote.....	33
b) Niederlassungsfreiheit und Inländergleichbehandlung.....	34
c) Entwicklung der Gleichbehandlungsgebote in der sozialen Fürsorge von Arbeitnehmern.....	37
d) Gleichbehandlungsgebote für Arbeitnehmer und Warenverkehrsfreiheit.....	39
3. Handelsprivilegierungen	41
a) Der Zollverein als Beispiel für die Warenverkehrsfreiheit.....	41
b) Gewerbefreiheit.....	42
c) Auswandern erlaubt: Der Beginn der Arbeitnehmerfreizügigkeit	43
4. Einschränkungen der Handelsfreiheiten.....	44
5. Zusammenfassung.....	46
<i>III. Zwischen Fort- und Rückschritt: Initiativen zwischen den Weltkriegen</i>	<i>47</i>
1. Niederlassungsfreiheit und Warenverkehr der belgisch-luxemburgischen Wirtschaftsunion	48
2. Bemühungen um multilaterale Abkommen für Arbeitskräfte.....	50
3. Zusammenfassung.....	51
<i>IV. Die Wegbereiter der Grundfreiheiten: Handelsfreiheiten in den multilateralen Handelsverträgen nach dem Zweiten Weltkrieg ...</i>	<i>51</i>
1. Ein weltweites Handelsabkommen gegen Diskriminierungen im Warenverkehr	52
a) Keine Diskriminierungen von Waren: Die Freihandelspolitik der USA.....	52
b) Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen.....	53
2. Zollabbau in Europa durch den Marshall-Plan.....	56
a) Der Liberalisierungskodex der OEEC	58
b) Das Manpower Committee der OEEC	61
3. Zollunionen nach dem Zweiten Weltkrieg: Europäische Initiativen	64
a) Benelux	65
b) Vergebliche Initiativen für europäische Zollunionen: Francita, Finebel, Fritalux und Uniscan	66

4. Zusammenfassung.....	69
<i>V. Zusammenfassung</i>	<i>70</i>
2. Teil: Die Handelsfreiheiten in der Montanunion.....	73
<i>I. „Die Sechs“ verhandeln die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl: Überblick.....</i>	<i>74</i>
<i>II. Die Warenverkehrsfreiheit ist Voraussetzung für die Montanunion.....</i>	<i>77</i>
1. Wirtschaftliche Beweggründe für die Warenverkehrsfreiheit: Kohleknappheit und Stahlüberschuss	77
2. Ausgestaltung der Warenverkehrsfreiheit	79
a) Zölle, mengenmäßige Beschränkungen und andere Abgaben	80
b) Diskriminierungsverbot als Wettbewerbsprinzip	83
3. Zusammenfassung.....	84
<i>III. Erstmals ein (Vor)entwurf für die Arbeitnehmerfreizügigkeit</i>	<i>84</i>
1. Arbeitskräftemangel und Arbeitslosigkeit als Anstoß für die Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	85
2. Ein deutsch-italienisches Anliegen	86
3. Vorgaben für eine spätere Arbeitnehmerfreizügigkeit	88
a) Die Qualifizierung der Arbeitnehmer	89
b) Diskriminierungsverbot bei Arbeitsbedingungen.....	91
c) Soziale Absicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	92
4. Zusammenfassung.....	93
<i>IV. Interaktion zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Warenverkehrsfreiheit.....</i>	<i>94</i>
<i>V. Das Verhältnis der Warenverkehrsfreiheiten von EGKS und GATT</i>	<i>95</i>
<i>VI. (K)eine Niederlassungsfreiheit in der Montanunion.....</i>	<i>99</i>
<i>VII. Zusammenfassung</i>	<i>101</i>
3. Teil: Produktives Scheitern in der Europäischen Politischen Gemeinschaft	103
<i>I. Visionen und Realität der Verhandlungen.....</i>	<i>103</i>

1. Wirtschaftliche Integration auf der Agenda	104
2. Streitpunkte zwischen „Minimalisten“ und „Maximalisten“	105
3. Stockende Verhandlungen bei den Außenministertreffen	109
<i>II. Die Grundfreiheiten werden Teil der Definition des Gemeinsamen Marktes</i>	<i>111</i>
1. Das Ringen um die Definition des Gemeinsamen Marktes	111
2. Kein Gemeinsamer Markt ohne Politikkoordinierung	115
<i>III. Veränderter Blickwinkel: Wirtschaftliche Freiheiten in einer politischen Gemeinschaft</i>	<i>116</i>
1. Abkehr von der sektoralen Warenverkehrsfreiheit	117
a) Warenverkehrsfreiheit zwischen Verbot von Handelshemmnissen und Verpflichtung zu Konsultationen	118
b) Eine umfassende Warenverkehrsfreiheit statt umfassender Ausnahmen	120
c) Offene Fragen beim Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung und beim Diskriminierungsverbot	121
2. Ökonomische und politische Anliegen der Personenfreizügigkeit	123
a) Eine allgemeine Personenfreizügigkeit für ehemalige Militärs	124
b) Die allgemeine Personenfreizügigkeit als fünfte Grundfreiheit	126
c) Personenfreizügigkeit für wirtschaftliche Tätigkeiten	128
aa) Ablehnung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die französische Regierung – Sorge eines „dumping social“	129
bb) Ausgestaltung der Personenfreizügigkeit mit weitreichenden Zugangsrechten und umfassenden Diskriminierungsverboten	130
d) Zusammenfassung	134
3. Eine konturlose Dienstleistungsfreiheit	135
<i>IV. Zusammenfassung</i>	<i>137</i>

4. Teil: Lehren aus einer langwierigen Konfrontation?139

I. Redaktion der einzelnen Grundfreiheiten..... 141

1. Unvollständige Übernahme der GATT-Regelungen für die Warenverkehrsfreiheit 142
 - a) Zollverbot auch für Finanzzölle 144
 - b) Einigung auf einen Begriff: mengenmäßige Beschränkungen statt Kontingente 145
 - c) Maßnahmen gleicher Wirkung und Wirtschaftspolitik diffundieren..... 146
 - d) Sprachliche Übernahme der GATT-Bestimmungen 147
 - e) Das Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot..... 149
2. Qualifiziert oder unqualifiziert – Arbeitnehmerfreizügigkeit für (fast) alle 150
 - a) Europäische Arbeitsmärkte während der Verhandlungen um die EWG 151
 - b) Mehr als eine Beschleunigung des Verfahrens 153
 - c) Einzelfragen des Gewährleistungsgehaltes der Arbeitnehmerfreizügigkeit 154
 - aa) Keine Qualifikationen notwendig 154
 - bb) Arbeitnehmerfreizügigkeit und Arbeitssuche 155
 - cc) Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Beendigung der Arbeit 156
 - dd) Kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für Arbeitnehmer 157
 - d) Zusammenfassung..... 158
3. Die Niederlassungsfreiheit wird das Pendant der Arbeitnehmerfreizügigkeit..... 159
 - a) Konfusion bei der Abgrenzung von Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit 160
 - b) Die Inländergleichbehandlung bleibt charakteristisch für die Personenfreizügigkeiten 161
 - c) Wenn die Inländergleichbehandlung nicht ausreicht: Gegenseitige Anerkennung 163
 - d) Freie Einreise und Aufenthalt als Voraussetzung für die Niederlassungsfreiheit 165
 - e) Zusammenfassung 166
4. Die Dienstleistungsfreiheit wird zur „Auffangfreiheit“ 166
 - a) Eine Definition für Dienstleistungen 167

b) Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit: Diskriminierungsverbot auch aus Gründen des Aufenthaltsortes	170
c) Zusammenfassung	171
<i>II. Die Ausnahmen der Grundfreiheiten zeigen deren</i>	
<i>Interdependenz</i>	172
1. Ausnahme für die öffentliche Verwaltung	172
2. Vorbehalt der öffentlichen Ordnung	174
3. Zusammenfassung	176
<i>III. Die Grundfreiheiten und die Politikharmonisierung in der</i> <i>EWG</i>	177
1. Sozialpolitik und Arbeitnehmerfreizügigkeit	177
a) Auslagerung der „positiven“ Integration auf andere Organisationen	178
b) Störung des Gemeinsamen Marktes durch unterschiedliche Sozialpolitik	180
c) Einigung auf drei Feldern der Sozialpolitik	183
2. Besondere Koordinierung für Heilberufe	185
3. Zusammenfassung: Harmonisierung und Pluralität	187
<i>IV. Zusammenfassung</i>	187
5. Teil: Thesen	190
<i>I. Tradition</i>	190
<i>II. Redaktion</i>	191
<i>III. Interaktion</i>	192
<i>IV. Integration</i>	193
Literaturverzeichnis	195
Sach- und Personenregister	219

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	Archiv fuer die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Am. J. Com. L.	American Journal of Comparative Law
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil 1
BGBI. II	Bundesgesetzblatt Teil 2
BYIL	British Yearbook of International Law
CEEC	Committee of European Economic Co-operation
CEH	Contemporary European History (Zeitschrift)
Ch. Del.	(Comite des) Chefs de Delegation
CM3/NEGO	Conseil Special de Ministres CECA – Negociations du Traite Instituant la CEE et la CEEA 1955–1957
CMLRev.	Common Market Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELJ	European Law Journal
ELRev	European Law Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EPG	Europäische Politische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
EVGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GJL	German Law Journal
GPLH	Global Perspectives on Legal History (Zeitschrift)
Groupe de Redaction	Red.
HAEU	Historical Archives of the European Union

ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
I-CON	International Journal of Constitutional Law
Integration	Integration. Vierteljahrszeitschrift des Instituts für Europäische Politik in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis Integration
IO	International Organization (Zeitschrift)
JEIH	Journal of European Integration History
JSA	Journal of the Society of Archivists
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
LJIL	Leiden Journal of International Law
LNTS	League of Nations Treaty Series
MAEF	Fond Ministère des Affaires Étrangères Français, 1945–1971
Mar. Com.	(Groupe du) Marche Commun
Mich Law Rev	Michigan Law Review
MPIeR	Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OEEC	Organisation for European Economic Co-operation (Vorgängerorganisation der OECD)
PAAA	Politisches Archiv des Auswärtigen Amts
PrGS	Gesetzsammlung für die königlichen Preußischen Staaten
RdC	Recueil Des Cours
restr.	restreint
REStud	The Review of Economic Studies
rev.	revise
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGBL. I	Reichsgesetzblatt Teil 1 ab 1922
RGBL. II	Reichsgesetzblatt Teil 2 ab 1922
Sec.	Secrétariat
SGCICEE	Secrétariat Général du Comité Interministériel pour les Question de Coopération Économique Européenne, 1948–1972
UN	United Nations
UNTS	United Nations Treaty Series
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WD	Working Document
Wis. Int'l L. J.	Wisconsin International Law Journal
WTO	World Trade Organization
YEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einleitung

Libertés fondamentales – im Dezember 1973 führte der französische Generalanwalt *Henri Mayras* vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) einen Begriff ein, den es dort, soweit ersichtlich, vorher nicht gegeben hatte.¹ In seinem Schlussantrag in der die Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffenden Rechtssache *Sotgiu* argumentiert er:

„D’autre part, la libre circulation devant être regardée comme une des libertés fondamentales garanties par le traité aux travailleurs des États membres, [...]“²

Das war unerhört. Im Deutschen wurde der Begriff der *libertés fondamentales* noch als „grundlegende Freiheiten“ übersetzt. Schon als *Mayras* im Mai 1974 in der Rechtssache *Reyners* auch die Niederlassungsfreiheit als „*liberté fondamentale*“³ bezeichnete, sprach aber auch die deutsche Übersetzung von einer „Grundfreiheit“⁴. Der Begriff fand Eingang in den Wortschatz der Parteien vor dem EuGH, bis dieser ihn in der Rechtssache *Casati*⁵ im Jahre 1981 schließlich selbst zum ersten Mal verwendete. Heute ist er in aller Munde. Die Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheiten sowie die Personenfreizügigkeit, namentlich die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit, werden sämtlich als Grundfreiheiten bezeichnet. Als solche sind sie neben die Grundrechte getreten und stehen diesen in Bedeutung wenig nach.

¹ In der deutschen Literatur war der Begriff 1964 einmal verwendet worden: *W. Pfeil*, Historische Vorbilder und Entwicklung des Rechtsbegriffs der „Vier Grundfreiheiten“ im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1998, S. 6 verweist auf *C. Runge*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, JuS 1964, S. 305 (307).

² EuGH, Urt. v. 12.2.1974, ECLI:EU:C:1974:13 – *Sotgiu*.

³ „Tout comme la libre circulation des travailleurs garantie par l’article 48, le droit à l’établissement constitue donc une des dispositions clés du traité. Il établit, au profit des ressortissants des États membres, une *liberté fondamentale*“ EuGH, Urt. v. 28.5.1974, ECLI:EU:C:1974:59 – *Reyners* (Herv. d. Verf.).

⁴ Dt. amtl. Übersetzung: „Genauso wie in der durch Artikel 48 garantierten Freizügigkeit der Arbeitnehmer liegt in dem Recht auf Niederlassung eine der Schlüsselregelungen des Vertrages. Dieses Recht begründet zugunsten der Angehörigen der Mitgliedstaaten eine *Grundfreiheit*“, ebd. (Herv. d. Verf.).

⁵ EuGH, Urt. v. 11.11.1981, ECLI:EU:C:1981:261 – *Casati*, Rn. 8.

Zwei Narrative belegen diese besondere Beachtung der Grundfreiheiten für das Unionsrecht. In der ersten Geschichte schlagen die Grundfreiheiten „Brücken“⁶ zwischen den unterschiedlichen Einzelrechtsordnungen. Sie sind die „(Eck-)Pfeiler“⁷ des Europäischen Binnenmarktes. Die *libertés fondamentales* gehören zum Fundament der europäischen Architektur. Für das europäische Integrationsprojekt wird ihnen eine hohe Bedeutung zugeschrieben: Ihre marktöffnende Wirkung habe die europäische Einigung zum Erfolg geführt.⁸ Die Europäische Kommission attestiert ihnen, „eine der Erfolgsgeschichten des europäischen Einigungswerks“⁹ zu sein. Die Warenverkehrsfreiheit unterstreiche beispielsweise, dass der „Gemeinsame Marktplatz“¹⁰ der Europäischen Union (EU) mehr sei als nur ein Weg zu wirtschaftlichem Wohlstand; er habe vielmehr auch einen symbolischen Wert.¹¹ Die Personenfreizügigkeit beeinflusse die Zugehörigkeiten und Staatsbürgerschaften innerhalb der Gemeinschaft und schaffe eine gemeinsame politische Identität.¹²

Nach der zweiten Lesart kann man sich die Grundfreiheiten als Walzen vorstellen, die rechtliche Unterschiede nivellieren. Dieses Verständnis verweist auf die „regulatorische Lücke“¹³ des europäischen Integrationsprojektes, die durch die Marktintegration entstanden sei.¹⁴ Die Grundfreiheiten stellten einen

⁶ T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 36 AEUV Rn. 6.

⁷ M. Herdegen, *Europarecht*, 21/2019, § 14 Rn. 1; S. Dietz/T. Streinz, *Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten*, EuR 2015, S. 50 (72 ff.).

⁸ R. Schulze/C. Walter, *Einleitung: 50 Jahre Römische Verträge*, in: dies. (Hrsg.), *50 Jahre Römische Verträge. Geschichts- und Rechtswissenschaft im Gespräch über Entwicklungsstand und Perspektiven der Europäischen Integration*, 2008, S. 1 (8).

⁹ Europäische Kommission, *Der freie Warenverkehr. Leitfaden zur Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr*, 2010, S. 8.

¹⁰ M. Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler, *Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. Vol. 1: Methods, Tools and Institutions*, Bd. 1, A Political, Legal and Economic Overview, 1986, S. 3 (44).

¹¹ Ebd., S. 44.

¹² Ebd., S. 44; für eine identitätsstiftende Wirkung des liberalen Konsums: U. Haltern, *Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, ELJ 9 (2003), S. 14 (39 ff.).

¹³ Cappelletti/Seccombe/Weiler (Fn. 10), S. 21.

¹⁴ E.-W. Böckenförde, *Welchen Weg geht Europa?*, 1997, S. 22 ff.; A. v. Bogdandy, *Stand und Entwicklungsperspektiven rechtswissenschaftlicher Konzepte zum europäischen Integrationsprozess*, in: W. Loth/W. Wessels (Hrsg.), *Theorien europäischer Integration*, 2001, S. 107 (142 f.); C. Joerges, *Markt ohne Staat? – Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik*, in: R. Wildenmann (Hrsg.), *Staatswerdung Europas? Optionen für eine Europäische Union*, 1991, S. 225 (226); C. Joerges/F. Rödl, *Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts*, ZERP Diskussionspapier 2008, S. 22; C. Schmid, *Vom effet utile zum effet neoliberal. Eine Kritik des neuen juristischen Expansionismus des Europäischen Gerichtshofes*, in: A. Fischer-

rechtlichen Mechanismus dar, um auf judiziertem Wege Normen zu beseitigen.¹⁵ Hieraus spricht die Befürchtung, auch solche Normen könnten gegen Grundfreiheiten verstoßen, die sozialen Zielen dienen.¹⁶ Eine Freizügigkeit über Staatsgrenzen hinaus könnte die Staaten daran hindern, Gesetze zum Schutz von Arbeitnehmern und Verbrauchern oder der Umwelt zu erlassen. Denn die Staaten könnten befürchten, dass dies die Anreize für Investitionen senken könnte.¹⁷ Vertreter dieser Lesart rufen nach einer zentralen Politik, um gemeinsame Regelungen für alle Beteiligten zu schaffen.

Die Rechtsprechung des EuGH führte zur großen Beachtung der Grundfreiheiten. In zahlreichen Urteilen entschied er zu den Grundfreiheiten, von denen nicht wenige bald zu Leitentscheidungen wurden und wissenschaftliche Debatten entfachten – im Fall der *Van Gend & Loos*-Entscheidung dauert die Debatte auch 50 Jahre später noch an.¹⁸ Die Rechtsprechung des EuGH zog eine unüberschaubare Literatur nach sich.¹⁹ Rechtsprechung und Literatur enthalten jedoch – bis auf wenige Ausnahmen²⁰ – eine Lücke²¹: Die Geschichte der Grundfreiheiten beginnt darin erst mit dem Inkrafttreten der Römischen Verträge.

I. Fragestellung: Tradition, Redaktion, Interaktion und Integration

Um der Geschichte der Grundfreiheiten auf die Spur zu kommen, untersucht die Arbeit vier Aspekte: ihre Tradition, Interaktion, Redaktion und ihre

Lescano/C. Schmid/F. Rödl (Hrsg.), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa*, 2009, S. 33 (37); krit. *F. Mayer*, *Der EuGH als Feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung*, *Integration* 32 (2009), S. 246 ff.

¹⁵ *Cappelletti/Seccombe/Weiler* (Fn. 10), S. 21.

¹⁶ *F. Scharpf*, *Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, in: G. Marks/F. Scharpf/P. Schmitter/W. Streeck (Hrsg.), *Governance in the European Union*, 2010, S. 15 (20 f.); *Joerges* (Fn. 14), S. 226 f.

¹⁷ *Cappelletti/Seccombe/Weiler* (Fn. 10), S. 21.

¹⁸ *J. Weiler*, *Van Gend en Loos. The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, *I-CON* 12 (2014), S. 94 ff.

¹⁹ Vgl. nur *P. Caro de Sousa*, *The European Fundamental Freedoms. A Contextual Approach*, 2015; und zur Warenverkehrsfreiheit: *J. Weiler*, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, in: P. Craig/G. de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2003, S. 349 ff.

²⁰ *Pfeil* (Fn. 1).

²¹ *M. Ruffert*, „Tucked Away in the Fairytale of Duchy of Luxemburg“. Zur Entstehung einer europäischen Gerichtsbarkeit und zu ihrer Wahrnehmung in der Bundesrepublik, in: C. Fischer/W. Pauly (Hrsg.), *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*, 2015, S. 305 (306).

integrative Funktion. Die Arbeit beginnt mit der ideengeschichtlichen Verankerung der Grundfreiheiten in der Freihandelstheorie und ihrem Verhältnis zu vorhergehenden völkerrechtlichen Verträgen. Sie verfolgt dann die Redaktion der Grundfreiheiten: Dabei weisen die Verhandlungsdokumente des Vertrags der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), der Europäischen Politischen Gemeinschaft (EPG) und der Europäischen Wirtschaftunion (EWG) den Weg. Diese Dokumente machen deutlich, welche Aspekte die Verhandlungspartner diskutierten. Ein besonderes Augenmerk der Arbeit liegt auf dem Verhältnis der Grundfreiheiten zueinander und zu Normen, die eine aktive Politikkoordinierung und -harmonisierung erforderten.

Die spätere Entwicklung und die Debatten um die Grundfreiheiten, die bereits vielfach dargestellt worden sind, behandelt diese Arbeit nicht.²² Ausgeklammert bleibt auch die Kapitalverkehrsfreiheit. Bei Inkrafttreten der Römischen Verträge galt sie nur in dem für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes notwendigen Maße.²³ Erst der Vertrag von Maastricht erweiterte den Anwendungsbereich der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, sodass sie heute ebenfalls zum Kanon der Grundfreiheiten gehört. Diese spätere umfassende Neugestaltung sowie die unterschiedlichen Traditionslinien erklären die Ausklammerung der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit in dieser Untersuchung.

1. Tradition

Bevor die „Grundfreiheiten“ die Binnenmarktfreiheiten bezeichneten, wurde der Begriff im Zusammenhang mit Menschenrechten verwendet. So lautet der offizielle Name der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950 „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und *Grundfreiheiten*“.²⁴ Doch Begrifflichkeiten können täuschen. Die Europäische Menschenrechtskonvention äußert sich nicht zu Handelsfreiheiten. Grundfreiheiten im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention bezeichnen vielmehr Freiheits- und Gleichheitsrechte, die Individuen gegenüber dem Staat zustehen.

Diese Arbeit geht der Frage nach, auf welche Verträge und Ideen sich die Grundfreiheiten stützten. Sie untersucht den Einfluss internationaler Abkommen und fokussiert sich dabei in erster Linie auf diejenigen Abkommen, die nach dem Zweiten Weltkrieg vereinbart und in den Verhandlungen um die Verträge herangezogen wurden. Sind die „Grundfreiheiten“ ein Konstrukt der Europäischen Gemeinschaft? In welchem Ausmaß orientierten sich die

²² Stellvertretend für eine kaum noch zu überblickende Literatur: *Caro de Sousa* (Fn. 19); *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; *Weiler* (Fn. 19).

²³ *J. Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 63 AEUV Rn. 1.

²⁴ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBl. II 1952, S. 685, 686 (Herv. d. Verf.).

Delegierten an anderen Verträgen, und welchen Einfluss hatte dies auf die Weiterentwicklung des europäischen Rechts?

2. Redaktion und Interaktion

Nach der Untersuchung der Vorläufer der Grundfreiheiten, vollzieht die Arbeit die Redaktion der Grundfreiheiten nach: Wer führte die Diskussionen?²⁵ Welche Aspekte beeinflussten die Diskussion? Was wurde wann besonders intensiv verhandelt? Welche Argumente überzeugten, wurden akzeptiert oder ignoriert? Welche Probleme konnten schnell gelöst werden, und welche erforderten einen größeren Argumentationsaufwand?²⁶ Dabei wird ebenfalls aufgezeigt, welche Fragen anfangs noch nicht bedacht wurden, sondern sich erst nach Inkrafttreten der Grundfreiheiten stellten.

Wenn die Diskussionslinien herausgearbeitet werden, geht es immer wieder auch um den Kontext, in dem die Verhandlungen stattfanden.²⁷ Die Grundfreiheiten sind wirtschaftliche Freiheiten. Damit stellt sich die Frage, welche wirtschaftlichen Interessen die Staaten mit den Vereinbarungen verfolgten. In welcher ökonomischen Situation befanden sie sich und vor welchen politischen Herausforderungen standen sie? Besonderes Augenmerk wird auf die Aspekte gelegt, die sich durch alle Verhandlungen wie ein roter Faden zogen und damit die Grundkonfliktlinien offenbaren. Wie beeinflussten sich die Grundfreiheiten bei ihrer Normierung gegenseitig und in welchem Verhältnis standen sie zueinander?

Anfang 2018 formulierte *Michel Barnier*, der Verhandlungsführer für die Europäische Union (EU) bei den Verhandlungen um den Austritt Großbritanniens vor dem Europäischen Parlament:

„[...] the four freedoms, including the freedom of movement, are indivisible and inextricably linked.“²⁸

In der Diskussion um den EU-Austritt Großbritanniens erlangte die Frage nach dem Zusammenhang der Grundfreiheiten Relevanz. Technisch sind die Grundfreiheiten, die seit 1986 rechtlich gemeinsam gewährt werden, ohne Weiteres trennbar. Handelt es sich bei der Aussage von *Barnier* also um plakative Politik? Obwohl die Verträge der EU die Grundfreiheiten schon immer

²⁵ Als Aufgabe der historischen Semantik beschreibt dies auch *R. Jütte*, Diskursanalyse in Frankreich, in: J. Eibach (Hrsg.), Kompass der Geschichtswissenschaft. Ein Handbuch, 2006, S. 308 (316 f.).

²⁶ *G. Lottes*, „The State of Art“. Stand und Perspektiven der „Intellectual History“, in: FS für K. Kluxen, 1996, S. 27 (45).

²⁷ Zur Notwendigkeit der Kontextualisierung auch *Ruffert* (Fn. 21), S. 312.

²⁸ Europäische Kommission, Statement by Michel Barnier at the Plenary Session of the European Parliament on the Article 50 Negotiations with the United Kingdom, http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-1925_en.htm 2018 (letzter Abruf am 17.7.2020).

unterschiedlich ausformulierten, kristallisierte sich in der Rechtsprechung des EuGH und später in der Literatur²⁹ eine Konvergenz heraus.³⁰ Hat sich diese Konvergenz tatsächlich erst durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelt oder ist sie bereits in den Verträgen angelegt?

3. Integration

Vermutlich der erste, der den Begriff der Integration auf gesellschaftliche Prozesse übertrug, war *Herbert Spencer*³¹. Er verwendete den Begriff für eine psychologische und biologische Entwicklungstheorie und verstand darunter im Sinne der Evolution die Ausdifferenzierung und Verganzheitlichung. Aber auch im „sozialen Organismus [würden] integrative Veränderungen nicht weniger deutlich und reichlich veranschaulicht“³². Eine solche Integration beobachtete er bereits 1862 zwischen den europäischen Staaten:

„And it may be further remarked of the European nations as a whole, that in the tendency to form alliances more or less lasting, in the restraining influences exercised by the several governments over each other, in the system that is gradually establishing itself of settling international disputes by congresses, as well as in the breaking down of commercial barriers and the increasing facilities of communication, we may trace the incipient stage of a European confederation – a still larger integration than any now established.“³³

Bereits historisch wurde der Begriff der Integration damit für einen engeren Zusammenschluss der europäischen Länder verwendet. Für die deutsche Staats- und Verfassungslehre prägte *Rudolf Smend*³⁴ den Begriff der Integration. Er übernahm den Ausdruck von *Spencer*, distanzierte sich aber von dessen Verständnis. Er lehnte den „mechanistisch-statischen“³⁵ Integrationsbegriff *Spencers* ab. So sei die schlichte Vergrößerung noch nicht als Integration zu begreifen, sondern Integration läge nur dann vor, wenn die Organisation in einzelnen Handlungen bestätigt wird und von einem gemeinsamen von *Smend* so

²⁹ *Kingreen* (Fn. 22); *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung. Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2004; *R. Streinz*, Konvergenz der Grundfreiheiten – Aufgabe der Differenzierung des EG-Vertrags und der Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen? Zu Tendenzen der Rechtsprechung des EuGH, in: FS für W. Rudolf, 2001, S. 199 ff.

³⁰ *V. Skouris*, 50 Jahre Römische Verträge – Rückblick und Ausblick aus der Perspektive der Europäischen Gerichtsbarkeit, in: R. Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge. Geschichts- und Rechtswissenschaft im Gespräch über Entwicklungsstand und Perspektiven der Europäischen Integration, 2008, S. 17 (19); *Herdegen* (Fn. 7), § 14 Rn. 3.

³¹ *Herbert Spencer* (1820–1903) gilt als Begründer des Sozialdarwinismus und Anhänger des Liberalismus.

³² *H. Spencer*, First Principles, Nachdruck 2009, S. 201 (Übers. d. Verf.).

³³ Ebd., S. 202.

³⁴ *Carl Friedrich Rudolf Smend* (1882–1975) war deutscher Staats- und Kirchenrechtler.

³⁵ *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders. (Hrsg.), Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 21968, S. 136 f. mit Fn. 3.

bezeichneten „geistigen Gesamtzusammenhang“ getragen wird.³⁶ Die Debatte um die Integration der Europäischen Union knüpft auch an diese unterschiedlichen Begriffe von Integration an. Einerseits erfolgt die Integration etwa durch den Abbau von Handelshemmnissen und wird als solche erfolgreich beschrieben. Auf der anderen Seite wird kritisiert, dass für eine erfolgreiche Integration die Akzeptanz und Legitimation fehlten.

Die Grundfreiheiten als sogenannte „transnationale Integrationsnormen“³⁷ sind Teil des europäischen Integrationskonzeptes. Sie erfüllen in der europäischen Rechtsordnung verschiedene Funktionen: Sie vermitteln jedem Unionsbürger und jeder Unionsbürgerin das subjektive Recht, sich im gesamten Gebiet der Union wirtschaftlich betätigen zu können. Sie beseitigen nationale Unterschiede und haben somit eine integrative Funktion. Als transnationale Integrationsnormen“ schaffen sie den Gemeinsamen Markt. Sie reagieren auf föderale Schief lagen, die dann entstehen können, wenn Mitgliedstaaten ihre eigenen Mitglieder bevorzugen oder ihnen die Anpassung an andere Rechtsordnungen einen zu hohen Aufwand bereitet.³⁸ Die Grundfreiheiten erklären explizit die Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat für irrelevant; sie ermöglichen einen ungehinderten Zugang zu allen Märkten der Mitgliedstaaten.

Teile der Literatur kritisieren, die Gründungsverträge und die Unterschiede zwischen den europäischen Institutionen hätten eher dazu geführt, den Gemeinsamen Markt zu deregulieren, als ihn zu regulieren.³⁹ *Fritz Scharpf* beobachtet, dass von „dieser Grundlage aus [...] die Liberalisierung ohne großes politisches Aufhebens [sic] durch Interventionen der Europäischen Kommission gegen Vertragsverstöße [...] ausgedehnt werden [konnte]“⁴⁰. Einerseits könne der EuGH Normen durch schlichten Richterspruch aufheben. Andererseits reichte ein einziges Veto lange Zeit aus, um den Ministerrat bei Gesetzgebungsvorhaben zu blockieren.⁴¹ Der EuGH sei damit ungleich handlungsfähiger als die politischen Organe der Union. Es sei immer leichter, nationales Recht durch Richterspruch zu beseitigen, als europäisches Recht zu schaffen. Die Folge sei eine Asymmetrie zwischen normvernichtender und

³⁶ Ebd., S. 136.

³⁷ *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 36 AEUV Rn. 5.

³⁸ Ebd., Rn. 6.

³⁹ *Scharpf* (Fn. 16); *M. Köhler*, Europas Geist der Freiheit. Rechtsphilosophische Prinzipien der europäischen Verfassung, in: R. Ellger/H. Schweitzer (Hrsg.), Die Verfassung der europäischen Wirtschaft. Symposium zu Ehren von Ernst-Joachim Mestmäcker aus Anlass seines 90. Geburtstages, 2018, S. 23 (28 f.); a. A. *H. v. d. Groeben*, Probleme einer europäischen Wirtschaftsordnung, in: FS für B. Börner, 1992, S. 99 (112 f.).

⁴⁰ *F. Scharpf*, Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?, 1999, S. 53.

⁴¹ *Scharpf* (Fn. 16), S. 18.

normerzeugender Integration, die einen wirtschaftsliberalen Effekt habe.⁴² Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten habe erheblich zu dieser Asymmetrie beigetragen. Denn nach klassischem Verständnis seien die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote angelegt;⁴³ davon sei der EuGH jedoch abgerückt und habe sie als Beschränkungsverbote ausgelegt.⁴⁴ *Dieter Grimm* schreibt:

„Jede staatliche Norm, die sich als Hemmnis für den grenzüberschreitenden Handel erwies, verfiel potentiell dem Verdikt. Die europarechtliche Vorschrift, die nur ‚mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung‘ verboten hatte, war damit entgrenzt.“⁴⁵

In dieser Kritik klingt jene Dichotomie an, die zuerst *Jan Tinbergen* – werbungsfrei – als „negative“ und „positive Integration“ bezeichnet hat⁴⁶: Grundfreiheiten sollen protektionistische Maßnahmen in der internationalen Wirtschaftspolitik beseitigen und fördern die „negative Integration“.⁴⁷ Im Gegensatz dazu führen gemeinsame Institutionen und kooperative Wirtschaftspolitik zu einer wirtschaftlichen Vernetzung und damit zu einer „positiven Integration“.⁴⁸

⁴² *M. Renner*, Binnenmarktintegration als postcardianisches Projekt. Entwicklungslinien des europäischen Wirtschaftsrechts, in: A. Fischer-Lescano/C. Schmid/F. Rödl (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, 2009, S. 111; *D. Grimm*, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, ²2016, S. 13.

⁴³ *Grimm* (Fn. 42), S. 13; *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 36 AEUV Rn. 41; *Kingreen* (Fn. 22), S. 38; *Streinz* (Fn. 29), S. 207; *K. Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 2001, S. 25; *C. Calliess*, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, S. 1033 (1034).

⁴⁴ Gemeint sind vor allem diese Urteile: EuGH, Urt. v. 1.7.1969, ECLI:EU:C:1969:29 – Kommission/Italien; EuGH, Urt. v. 11.7.1974, ECLI:EU:C:1974:82 – Dassonville, Rn. 5; eher fragend *Mayer*, Integration 32 (2009), S. 246 (264); a. A. *Weiler* (Fn. 19); *V. Skouris*, Die Rolle der Grundfreiheiten in der Europäischen Wirtschaftsverfassung und ihr Verhältnis zur Grundrechte-Charta, in: R. Ellger/H. Schweitzer (Hrsg.), Die Verfassung der europäischen Wirtschaft. Symposium zu Ehren von Ernst-Joachim Mestmäcker aus Anlass seines 90. Geburtstages, 2018, S. 53 (19 ff.); *Mühl* (Fn. 29), S. 203 ff.

⁴⁵ *Grimm* (Fn. 42), S. 13 f.

⁴⁶ *J. Tinbergen*, International Economic Integration, ²1954, S. 117, 122; auf diesen bezieht sich auch *Scharpf* (Fn. 34), S. 45 ff.

⁴⁷ *Cappelletti/Secombe/Weiler* (Fn. 10), S. 46.

⁴⁸ Kritisch zu dieser Unterscheidung, weil sie Marktintegration mit negativer Integration und Politikintegration mit positiver Integration gleichsetzt: *W. Kösters/R. Beckmann/M. Hebler*, Elemente der ökonomischen Integrationstheorie, in: W. Loth/W. Wessels (Hrsg.), Theorien europäischer Integration, 2001, S. 35; *C. Joerges*, The Law’s Problem with the Governance of the European Market, in: ders. (Hrsg.), Good Governance in Europe’s Integrated Market, 2002, S. 3 (16).

Viele Abkommen des internationalen Wirtschaftsrechts wie das *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)⁴⁹ normieren vor allem solche Regeln, die die „negative Integration“ betreffen. Das GATT definierte beispielsweise eine Freihandelszone als ein Wirtschaftsgebiet, in dem alle mengenmäßigen Beschränkungen des Warenverkehrs sowie Zölle zwischen den Mitgliedstaaten abgebaut werden müssen. Die Freihandelszone umfasst danach *nur* die negative Integration.⁵⁰ Das GATT forderte weder eine gemeinsame Handelspolitik noch einen gemeinsamen Außenzoll. Erst wenn sich die Mitgliedstaaten auf eine Zollunion einigen, müssen sie nach dem GATT auch einen gemeinsamen Außenzoll vereinbaren. Bei den Verhandlungen um die EWG überlegten sich die Delegierten, in welchen Zeitabschnitten und mit welchen Maßnahmen sie den Gemeinsamen Markt errichten wollten. Die Reihenfolge der Maßnahmen, auf die man sich verständigte, könnte diese zuvor dargestellte Unterscheidung spiegeln.⁵¹ *Scharpf* argumentiert, der institutionelle Vorteil des EuGH sei in den Verträgen angelegt: So hätten die Gründungsverträge ausdrücklich Pflichten zur Aufhebung der Zölle und mengenmäßigen Beschränkungen statuiert. Das Verbot von nationalen, nichttarifären Handelshemmnissen sei zudem unpräzise formuliert und durch die *ordre-public*-Ausnahmen nur vage eingeschränkt.⁵²

Folgt die Rechtsprechung des EuGH einer in den Verträgen angelegten Logik oder ist sie eigene Wege gegangen?⁵³ Die Rechtsprechung des EuGH kann erst vor dem Hintergrund der (Dis-)Kontinuitäten und Pfad(un)abhängigkeiten verständlich werden.⁵⁴ Daher geht die Arbeit der Frage nach, ob die Delegierten von der Vorstellung beeinflusst waren, dass vor einer positiven Integration eine negative stattfinden müsste. Wie lautete ihre Antwort auf die befürchtete „regulatorische Lücke“?

⁴⁹ General Agreement on Tariffs and Trade, Genf vom 30.10.1947, in Kraft getreten am 1.1.1948, UNTS 61 (1950) Nr. I-814, S. 187 ff.

⁵⁰ *T. Heller/J. Pelkmans*, The Federal Economy: Law and Economic Integration and the Positive State. The U.S.A. and Europe Compared in an Economic Perspective, in: M. Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*. Vol. 1: Methods, Tools and Institutions, Bd. 1, A Political, Legal and Economic Overview, 1986, S. 245 (326).

⁵¹ Für eine Kontinuität ebd., S. 249.

⁵² *Scharpf* (Fn. 40), S. 53 f.

⁵³ Trotz des Hinweises auf die Normstruktur der Römischen Verträge argumentiert *Scharpf* (Fn. 16), S. 18 f., dass die Rechtsprechung durch die Vorrangsregel eigene Wege gegangen ist. So auch *P. v. VerLoren Themaat*, Die Aufgabenverteilung zwischen dem Gesetzgeber und dem Europäischen Gerichtshof bei der Gestaltung der Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: FS für H. v. d. Groeben, 1987, S. 425 (427).

⁵⁴ *Renner* (Fn. 42), S. 112; *Weiler* (Fn. 19), S. 351 ff., der aufzeigt, wie das System des GATT nur unvollständig von den Römischen Verträgen übernommen wurde und so eine Leerstelle ließ.

II. Die Historisierung von Unionsrecht als neue Strömung der Europarechtswissenschaft

Für die Rechtsanwendung können Normen historisch und genetisch konkretisiert werden:⁵⁵ die *historische* Konkretisierung untersucht die Vorläufornormen und die *genetische* Konkretisierung analysiert die Materialien des Gesetzgebungsprozesses.⁵⁶ Für den EuGH waren Genese und Vorläufornormen des europäischen Primärrechts in der Vergangenheit weitestgehend bedeutungslos.⁵⁷ Dies hat sich (noch) nicht geändert: Zwar war bei der Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon und der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh) von einer „Renaissance der historischen Auslegung“⁵⁸ die Rede.⁵⁹ Und auch Art. 52 Abs. 7 GRCh verpflichtet nun die Gerichte, die *travaux préparatoires* gebührend zu berücksichtigen. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung lässt sich aber eine solche (Re)naissance für das Primärrecht bislang nicht feststellen.⁶⁰

⁵⁵ R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 82015, S. 291 ff.

⁵⁶ F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik. Europarecht, Bd. 2, 32012, Rn. 64; T. Wischmeyer, Der „Wille des Gesetzgebers“. Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, S. 957 (958).

⁵⁷ C. Baudenbacher/A. Bergmann, Der EuGH außer Kontrolle? Anmerkungen zur deutschen Kritik, in: U. Haltern/A. Bergmann (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, 2012, S. 191 (225); S. Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof. Zugleich eine rechtsvergleichende Studie zur Auslegung im Völkerrecht und im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 256; M. Dederichs, Die Methodik des EuGH. Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 2004, S. 123; C. Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 146; S. Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Bd. 1, 2001, S. 348 f.; a. A. J. Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 247, der sich auf ein Urteil des EuGH bezieht, in dem dieser ergebnislos die Erklärungen der Regierungen bei der Ratifizierung herangezogen hatte; EuGH, Urt. v. 16.12.1960, ECLI:EU:C:1960:48 – Humblet.

⁵⁸ M. Wendel, Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht? Überlegungen zur Tragweite der historischen Auslegungsmethode infolge des jüngsten EU-Reformprozesses, ZaöRV 2008, S. 803 ff.

⁵⁹ W. Leisner, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, S. 689 (706).

⁶⁰ C. Ophüls, Über die Auslegung der Europäischen Gemeinschaftsverträge, in: FG für A. Müller-Armack, 1961, S. 279 (286); M. Pechstein/C. Drechsler, § 7. Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2014, S. 125 (13); Weiler, I-CON 12 (2014), S. 94 (95); für das neuere Primärrecht a. A. Leisner, EuR 2007, S. 689 (697); K. Hailbronner, Gattoussi/Stadt Rüsselsheim – ein neuer

Sach- und Personenregister

- Adenauer, Konrad* 82, 84
Algerien 73, 84, 166
allgemeine Personenfreizügigkeit 40
Allgemeines Zoll- und
 Handelsabkommen 47, 50, 56 f.,
 59 ff., 76, ff., 81, 89 f., 105 ff., 117,
 128, 132 f., 154 ff., 189 ff., 208 ff.
Allokationsgewinn 23
Alphand, Hervé 83
andere Abgaben 46
Anerkennung von Abschlüssen 99, 144,
 146, 161, 179, 180
Anti-Corn Law League 22, 34
Arbeitnehmerschutz 41 ff.
Arbeitsbedingungen 41 ff., 201 ff.
Arbeitsgruppe für den Gemeinsamen
 Markt 153, 171 f., 182, 184, 190
Arbeitslosigkeit 57, 68 ff., 75, 94, 111,
 141, 165, 172, 209
Arbeitssuche 143 ff., 168, 170
Arbeitsteilung 23 ff., 76, 78, 96, 207
Arbeitszeit 194
Asymmetrie 8
Atlantik-Charta 58
Atomenergie 151
Aufenthalt 48, 143 ff., 173 ff., 185, 191
Ausnahme 21, 50, 148 ff., 187, 190,
 208
– öffentliche Verwaltung 49, 144,
 146, 173, 187 f.
– ordre-public Vorbehalt 10
– pharmazeutische Berufe 49
– Schutz der Gesundheit 98, 102, 141,
 144, 189
– Schutz der öffentlichen Ordnung 79,
 98, 102, 144, 171, 173, 189 ff.
– Tradition 49, 79
- Ausschuss für den Gemeinsamen Markt
 152, 156, 168, 181, 183, 196
- Bankensystem 29
Barbon, Nicholas 21 f.
Bastiat, Frédéric 22 f.
Bauer, Walter 98
Bech, Joseph 85
Becker, Max 134 ff., 145
Begriff der Grundfreiheiten 18
Begriffsgeschichte 17
Benelux-Memorandum 1955 164
Benelux-Union 71, 75
Benvenuti, Lodovico 119, 122, 124,
 129, 142, 146, 152
Bergmann, Guilio 122, 129
Berufszugang 144
Beyen, Johan Willem 114, 117 f., 151 f.
Bidault, Georges 73, 94
Blaisse, Pieter 115, 119
Brentano, Heinrich v. 115, 201
Briand, Aristide 70 f.
Bright, John 34
Brink, Jan v. d. 85
Bundesakte von 1815 40, 138
Bundswirtschaftsministerium 94, 127,
 174, 182
- Cambridge School 17 f.
Charta der Grundrechte der
 Europäischen Union 11, 139
Chevalier, Michel 35
Churchill, Winston 58
Cobden, Richard 22, 34 f.
Cobden-Chevalier-Vertrag 35 f.
Comité d'Études pour la Constitution
 Européenne 116, 127, 137

- Committee of European Economic Co-operation 63, 68, ff.
 Corn Laws 34
- De Gasperi, Alcide* 73, 96
Debré, Michel 118 f.
 Deregulierung 7
 Deutscher Zollverein 28 ff., 40, 45 ff., 77, 111
 – Zollvereinigungsvertrag 1833 46
 – Zollvereinigungsvertrag von 1833 39, 47, 138
 Deutsches Reich 41, 49 ff., 109
 Dienstleistungsfreiheit
 – Auffangfreiheit 186 f., 205, 210
 – Definition 149, 174, 181 ff.
 Differenzialzölle 37
 Diskriminierung
 – Begriff 37, 163
 Diskriminierungsverbot 37, 60, 92, 207
 – allgemeines 90 ff., 138 f., 143, 163 f., 171 f., 205
 – Arbeitsbedingungen 54, 100, 143, 171
 – Entlohnung 54, 100, 143, 171
 – Geschlecht 194 ff.
 – Handelsliberalisierung 48
 – Herkunftsland 162
 – im Fremdenrecht 37
 – im GATT 37
 – in der Montanunion 37
 – in früheren Handelsverträgen 38
 – interne Handelsregelung 77, 89, 92, 133, 162
 – multilaterales 42, 55 f.
 – Niederlassungsfreiheit 40, 202
 – Personenfreizügigkeit 79
 – Preise 92
 – privates Handeln 132
 – Sozialversicherung 78
 – Staatsangehörigkeit 39, 143, 164, 172
 – Steuer 89
 – Verbrauchssteuer 157
 – Waren 21, 79, 128, 159, 207
 doppelte Preise 92, 159 f.
- Economic Co-operation 65
 Emigration von Fachkräften 94
- Epidemie 50, 54
Erhard, Ludwig 30, 163, 165, 198
 europäische Armee 113
 europäische Föderation 150
 europäische Staatsbürgerschaft 135, 138, 150
 Europäische Verteidigungsgemeinschaft 113 f., 121, 135, 150 f.
 Europäisches Niederlassungsabkommen 79, 175 ff., 187, 189, 203
 Europarat 75, 101, 175
 Exportlizenz 60
 Exportverbot 158
- Faktorknappheit 27
 Finanzzoll 156 f.
 Finebel 75, 79
 Föderation 76
 Fortzugsabgaben 48, 54
 Frachttarif 92, 159
 Francita 73
 Freihandel 23 ff., 35, 58, 64, 76 f.
 Freihandelstheorie 4, 21 ff., 45, 78, 81, 88, 111, 207, 211
 Freihandelszone 9, 30, 45, 56, 63, 106, 154
 Freizügigkeit
 – allgemeine Personenfreizügigkeit 136 ff., 145 ff.
 Fritalux 75, 79
- Gaillard, Felix* 152
 Gastarbeiter 68
 Gemeinsamer Markt
 – Definition 17, 19, 122 ff., 147, 149, 164, 165, 181
 Gewerbefreiheit 38 f., 47 f., 202
 Gewerbeordnung 38, 48, 202
 Gleichbehandlung
 – Begriff 21
 Grenzarbeiter 184
Groeben, Hans v. d. 153, 156 f., 198
 Grundfreiheiten
 – Begriff 1, 4, 126
 Grundrechte 1, 18, 127, 137, 139, 145
Guazzugli-Marini, Giulio 153

- Hallstein, Walter* 84, 92 f., 98, 118, 166
- Hamilton, Alexander* 29
- Handelshemmnisse
- nichttarifäre 9, 24, 53, 58, 60, 76, 91, 133
 - tarifäre 53, 60, 133
- Handelsstrom 29
- Hanse 38
- Harmonisierung 4, 33, 40, 124
- Arbeitsämter 144
 - Finanz- und Wirtschaftspolitik 126, 203
 - Sozialpolitik 74, 193 ff.
 - Wirtschaftspolitik 149, 192
 - Wirtschaftsunion 63
- Hawley-Smoot Tariff Act 52, 57
- Hayek, Friedrich August v.* 198
- Heckscher, Eli* 27
- Heckscher-Ohlin-Theorem 27, 43
- Historical Archives of the European Union 15
- historische Auslegung 10 f.
- history in law 11
- Hoffman, Paul* 65
- Hohe Behörde 87 ff.
- Hull, Cordell* 57
- Hupperts, Albert* 153
- Ideengeschichte 17 f., 26
- Integration
- Begriff 31
 - horizontale 152
 - negative 9, 29 ff., 61
 - positive 9 f., 29 ff., 61, 79
 - sektorale 152
- Integration Through Law 13
- Internationale Arbeitsorganisation 42, 52, 55, 102, 194 ff.
- Internationale Handelsorganisation 62
- Internationale Vereinigung für gesetzlichen Arbeitsschutz 42
- Internationales Arbeitsamt 100 f.
- Kapitalverkehrsfreiheit 4
- kollektive Anwerbung 55
- Konferenz von Santa Margherita 75
- Kontextualisierung 16
- Konvention der OEEC 64 ff.
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten 4, 116, 127
- Konvention zur gleichen Entlohnung von Männern und Frauen 195
- Konvergenz 6
- Koreakrieg 113
- Kostenvorteile
- absolute 24 ff., 78
 - komparative 25 ff., 77, 207
- Leger, Alexis* 71
- Liberalisierungskodex der OEEC 65 ff., 77, 90, 155, 181 ff.
- List, Friedrich* 28, 29, 45
- Lohndumping 103, 141
- Lohnkonkurrenz 173
- Lohnkosten 131, 196, 199
- Lohnniveau 95
- Lohnüberweisung 67
- Manchester School 34
- Manpower Committee der OEEC 69, 77, 141, 167, 204, 208
- Marktzugang 44, 60, 89 ff., 161
- Marktzugangsrecht 40, 79, 133, 162
- Marshall, George C.* 62
- Marshall-Plan 63, 96
- Maßnahmen gleicher Wirkung 209
- EPG 133 f., 149
 - EWG 158 ff.
 - GATT 60, 160
- Mayer, René* 120
- Mayras, Henri* 1
- Meade, James* 27
- Meistbegünstigungsklausel 21, 33, 35, 51
- Arbeitnehmer 36
 - GATT 105, 161, 211
 - Niederlassungsfreiheit 36
 - reciprocity clause 35
 - Waren 35 f., 59, 79
- mengenmäßige Beschränkungen 46, 52 ff., 149, 208
- belgisch-luxemburgische Wirtschaftsunion 53, 56
 - EGKS 89 ff., 112
 - EPG 122, 128
 - EWG 155, 158 ff.

- GATT 9, 60 f.
- OEEC 62 ff.
- Völkerbund 52
- Menschenrechte 4
- Merkantilismus 22, 33
- Messina-Entschließung 163
- Messina-Konferenz 115, 152, 166, 193
- Meurice, Joseph* 84
- Migration for Employment Convention 1939 55
- Monnet, Jean* 13, 83 ff., 151 f.
- Monopol 23
- Moskauer Außenministerkonferenz 1947 94
- Mouvement Européen 116
- Müller-Armack, Alfred* 163, 201
- Mutual Aid Agreement 58

- Narrativ 2, 22, 45
- nationale Identität 145
- Nolde, Boris* 47, 78

- öffentliches Amt 188
- Ohlin, Bertil* 27, 198
- Ohlin-Bericht 198 f.
- Ophüls, Carl* 152
- Ordoliberalismus 30
- Organization for European Economic Co-Operation 21

- Pocock, John* 17
- Posadowsky-Wehner, Arthur v.* 44
- Präferenzsystem 58, 78, 109
- Protektionismus 52, 60, 105

- Qualifikation von Arbeitnehmern 69, 102, 104, 144, 146, 168

- Rechtsgeschichte 11
- regulatorische Lücke 2, 10
- Rente 41

- Reuter, Paul* 88, 104
- Ricardo, David* 25 f., 34, 76 ff., 207
- Roosevelt, Franklin D.* 57 f.
- Schaus, Lambert* 152
- Schuman, Robert* 82, 84, 117
- Schuman-Plan 71, 82 ff.
- Schutzklausel 132, 156, 177
- Schutzzoll 28, 34, 156 f.
- Sforza, Carlo* 73, 84, 119
- Skinner, Quentin* 17
- Smend, Rudolf* 7
- Smith, Adam* 22 ff., 34, 76, 78, 207
- Snoy et d'Oppuers, Jean Charles* 152
- Sozialabgabe 43
- Sozialgesetzgebung 43, 100, 144, 194, 196, 203
- Sozialleistungen 74, 100, 103, 170
- Sozialpolitik 3, 40, 74, 79, 104, 112, 122, 193 ff., 211
- Sozialversicherung
 - Diskriminierungsverbot 42, 55, 78
 - EGKS 102
 - für Arbeitnehmer 21, 40 f., 101, 203
 - für die Niederlassungsfreiheit 203
 - Koordinierung 101
 - Tradition 43, 72
- Spaak, Paul-Henri* 115, 150 ff., 204
- Spaak-Bericht 153, 156 ff., 169 f., 174
- Spencer, Herbert 6 f.
- Spierenburg, Dirk Pieter* 84
- Spinelli, Altiero* 137
- staatliches Handelsmonopol 159
- Stahlproduktion 82, 86 f., 158
- Stein-Hardenbergsche Reform 38
- Stikker, Dirk* 85, 114
- Stillhalteverpflichtung 161
- Stresemann, Gustav* 71
- Stuart, Verrijn* 152
- subjektives Recht 39, 128
- Suetens, Max* 57, 83 f.

- Taviani, Paolo* 84, 96
- Thatcher, Margaret* 22
- Tinbergen, Jan* 9, 29 ff., 61, 192, 201
- Tourismus 67, 137, 147
- Trade Committee der OEEC 83
- transnationale Integrationsnormen 7
- Transport 24, 29, 148, 183
- Transporttarif 159
- Truman, Harry S.* 62

- Umweltpolitik 3
- unsichtbare Transaktion 66 f., 147, 181 ff.
- Uri, Pierre* 97, 153, 174

- Urlaub 194
- Verbrauchssteuer 156 f.
- Verfassung des Deutschen Reiches von
1871 127 f., 138
- Verfassungsausschuss EGKS 84
- verfassungsgebende Versammlung 116
- Verkehrswesen 151
- Viner, Jacob* 29 f., 64
- Visafreiheit 135, 150
- Wehrer, Albert* 84
- Weimarer Reichsverfassung 127
- Weltwirtschaftskrise 52 f., 71, 76
- Wettbewerbsrecht 30, 207
- Wirtschaftsunion
- Begriff 54, 56, 122, 164
 - belgisch-luxemburgische 52 ff., 71
- Wochenarbeitsstunden 201
- Zahlungsbilanzkrise 147
- Zeeland, Paul v.* 84
- Zollunion Frankreich-Italien 73
- Zollunionstheorie 29 ff.
- Zunftwesen 38