

DAS ZUSAMMENWIRKEN
VON DEUTSCHEM UND
EUROPÄISCHEM
ÖFFENTLICHEN RECHT

FESTSCHRIFT FÜR
HANS D. JARASS
ZUM 70. GEBURTSTAG

2015

*Dieser Sonderdruck ist im
Buchhandel nicht erhältlich*



Ein strategischer Umgang mit Herrschaftswissen? – Wider die Regelgeheimhaltung im Vertragsverletzungsverfahren

Hans D. Jarass hat sich schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt eingehend und rechtsvergleichend mit der Bedeutung des Zugangs zu Verwaltungsinformationen befasst. Bereits die allererste in seinem Schriftenverzeichnis aufgeführte Publikation, das im Kontext seines USA-Aufenthalts entstandene „Executive Information Systems and Congress – Verwaltungsinformationssysteme und das Parlament“ von 1974 behandelt dieses Thema. Weitere Beiträge beschäftigen sich mit der aufkommenden elektronischen Datenverarbeitung und der aus ihr resultierenden Stärkung des Informationsvorsprungs der Exekutive.¹ Mit der Bedeutung freier Information für das demokratische Gemeinwesen hat sich Hans D. Jarass in zahlreichen presse- und rundfunkrechtlichen Publikationen auseinandergesetzt. Seine grundlegenden und weit vorausschauenden Beiträge zum Europarecht und zum europäischen Umweltrecht haben nicht nur mich schon in der Studienzeit maßgeblich motiviert und geprägt. Die nachfolgende Betrachtung widmet sich einem aktuellen Thema an einer Schnittstelle dieser von Hans D. Jarass bestellten Felder.

I. Bedeutung und öffentliche Diskussion der Vertragsverletzungsverfahren

Die EU-Kommission fungiert nach den EU-Verträgen als Hüterin des Unionsrechts.² Ihr wesentliches rechtliches Instrument ist dabei das Vertragsverletzungsverfahren nach den Art. 258–260 AEUV. Die Kommission kann im Rahmen dieses Verfahrens die Mitgliedstaaten wegen unionsrechtswidrigen Verhaltens vor dem Europäischen Gerichtshof verklagen. Das Verfahren ist mehrstufig ausgestaltet. Bevor die Kommission Klage erhebt, muss sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme abgeben. Zuvor hat sie dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit zur Äußerung zu

¹ Jarass, Schafft die Datenverarbeitung den modernen Leviathan?, in: Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung 1972, S. 3 ff. (zusammen mit v. Berg/Harboth/Lutterbeck); ders., Machtverteilung zwischen Parlament und Verwaltung in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann/Tietze/Podlech (Hrsg.), Nummerierte Bürger, 1975, S. 54 ff.; ders., Das Informationsgleichgewicht zwischen Parlament und Verwaltung, in: Datenverarbeitung im Recht 1974, S. 368 ff.; in gekürzter Fassung wiederabgedruckt in: Garstka/Schneider/Weigand (Hrsg.), Verwaltungsinformatik – Textbuch, 1980, S. 369 ff.

² Vgl. etwa: GA Wathelet, Schlussantrag v. 5.9.2013, zu EuGH Urt. v. 14.11.2013 – C-514 und 605/11 P, Ziff. 71 – LPN und Finnland/Kommission; Martenczuk, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 EUV Rn. 15 ff. (48. Ergänzungslieferung 2012); Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 17 Rn. 7.

geben.³ In der Praxis findet demnach schon vor der Erhebung der eigentlichen Klage ein intensiver schriftlicher (und teilweise auch ein direkter, mündlicher) Meinungs- austausch zwischen der Kommission und dem jeweiligen Mitgliedstaat statt.

Der hier anfallende Schriftverkehr ist für die öffentliche Diskussion um die richtige Umsetzung und Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten von überragender Bedeutung.⁴ Gleiches gilt auch für die konkrete Klageschrift der Kommission und für die Klageerwiderungen der Mitgliedstaaten. Hinweise auf die Inhalte vor allem des vorbereitenden Schriftverkehrs sind in der Literatur dementsprechend überaus häufig. Insbesondere in Stellungnahmen interessierter Kreise im Rahmen von Anhörungen etwa des Deutschen Bundestages⁵ aber auch ganz allgemein in Verbandsmitteilungen⁶ wird regelmäßig auf den Schriftverkehr zwischen Kommission und Mitgliedstaat Bezug genommen. Die entsprechenden Stellungnahmen sind dabei von einer Art, die erkennen lässt, dass den interessierten Kreisen der jeweilige

³ Die Kommission bezeichnet ihr erstes Anschreiben im Rahmen der Anhörung als Letter of formal notice (= Fristsetzungs-, Aufforderungs- oder Mahnschreiben) und die mit Gründen versehene Stellungnahme als Reasoned opinion, vgl. http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_en.htm.

⁴ Das gilt schon deshalb, weil nach Angaben der EU-Kommission in mehr als 85 % aller Fälle die Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kommission und den jeweiligen Mitgliedstaaten bereits im Vorfeld des eigentlichen Vertragsverletzungsverfahrens gelöst werden können, vgl. http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/index_en.htm.

⁵ Vgl. etwa das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Deutschland, Schreiben EU-KOM an Deutschland vom 1.10.12 zum VVV Nr. 2007/4267, zitiert u.a. von Rechtsanwalt *Fellenberg* von der Kanzlei Redeker in seiner Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung im Deutschen Bundestag zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit: Ausschussdr. 17(16)580-D. Das entsprechende Schreiben wird auch in einer Mitteilung der Rechtsanwaltskanzlei Becker, Büttner und Held zitiert, vgl. <http://www.derenergieblog.de/alle-themen/energie/kampf-der-titanen-brussel-und-berlin-ringen-um-umweltschutz/> ebenfalls aufgenommen auf <http://www.jurablogs.com/de/kampf-titanen-brussel-und-berlin-ringen-umweltschutz>. Vgl. auch die Stellungnahme des Sachverständigen *Frank* v. 11.2.2011 in der öffentlichen Anhörung zum „Schwarzgeldbekämpfungsgesetz“ (BT-Drs. 17/4182 v. 21.2.2011), der nicht nur aus begründeten Stellungnahmen, sondern auch aus den vorgängigen Aufforderungsschreiben zitiert.

⁶ Vgl. etwa Aufforderungsschreiben der Kommission im VVV Nr. 2012/4081 zum Glücksspiel im Wortlaut abrufbar über die Seite des Verbandes Privater Rundfunk und Telemedien e.V.: http://www.google.de/url?sa=t&rc=t&ct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CD0QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.vpr.de%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fdocuments%2Fo_document_20080206142248_doc_2008_01_31_aufforderungsschreiben_eukom_gluecksspielstaatsvertrag.pdf%3F%3D2&ei=9YUjUabCE4_Cswa9kIHIDQ&usq=AFQjCNHO7ySnBUSu6Bve65hwV5B5JSV2PQ&bvm=bv.42553238,d.Yms. Vgl. auch die dementsprechend kenntnisreichen Auseinandersetzungen in den Anmerkungen des Verbandes: <http://www.vpr.de/verband/positionen/positionen/content/anmerkungen-des-vprt-zum-vertragsverletzungsverfahren-der-eu-k>; *Hecker*, Das ergänzende Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission vom 21.3.2007 im Vertragsverletzungsverfahren 2003/4350 – Eine erste Anmerkung, ZfWG 2007, 119 ff.; <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Newsletter/newsletter0208.pdf>; Nennung von Kritikpunkten der Kommission für VVV: <http://www.deutscherlottoverband.de/270.html>; http://spnv.de/web/site/cms/upload/fakten/2009-07-28_MPR_V5_Web.pdf; vgl. auch die umfangreichen Zitate aus dem Aufforderungsschreiben der Kommission v. 26.6.2008 hinsichtlich der EU-Rechtskonformität der Eisenbahnregulierung in Deutschland in: *Mofair e.V./Netzwerk Privatbahnen e.V.*, Positionspapier Eisenbahnregulierung, 2009, S. 29.

Schriftverkehr vorgelegen hat. Interessierten – und entsprechend privilegierten – Kreisen ist es offenbar regelmäßig ein Leichtes, Kopien begründeter Stellungnahmen der Kommission und entsprechender mitgliedstaatlicher Antwortschreiben zu erlangen.⁷

II. Die offizielle Regelgeheimhaltung in der Rechtsprechung des EuGH

Das ist umso erstaunlicher, als dieser Schriftverkehr und auch die für den anschließenden Prozess erstellten Schriftsätze nach offizieller Lesart und Praxis jedenfalls bis zum Abschluss der Klageverfahren geheim gehalten werden. Mit Rücksicht auf den vorgeblich vertraulichen Charakter der Verhandlungen zwischen EU-Kommission und Mitgliedstaat bzw. mit Rücksicht auf den Schutz des Gerichtsverfahrens soll dieser Schriftverkehr gerade nicht öffentlich sein. Förmliche Anträge auf Zugang zu den in diesem Schriftverkehr enthaltenen Informationen hat die EU-Kommission in der Vergangenheit regelmäßig abschlägig beschieden.⁸ Die entsprechende Informationspolitik der Mitgliedstaaten zeigt sich demgegenüber soweit erkennbar vergleichsweise weniger entschieden und einheitlich.⁹ Gerade deutsche Behörden bescheiden aber jedenfalls förmliche Anfragen auf den Zugang zu den eigenen und den Schriftsätzen der Kommission aus laufenden Vertragsverletzungsverfahren unter Hinweis auf eine entsprechende Rechtsauffassung der Kommission regelmäßig negativ.¹⁰

Insbesondere die EU-Kommission verfolgt denn auch für die bei den EU-Gerichten bereits anhängigen Verfahren eine dezidierte Politik der Regelgeheimhaltung. Zwar informiert sie die Presse regelmäßig über die von ihr erhobenen

⁷ Besonders weit verbreitet ist etwa das Aufforderungsschreiben der Kommission zum VVV 2007/4866, v. 31.1.2008 zur Frage der Vereinbarkeit des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland und zum diesbezüglichen Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen.

⁸ Vgl. beispielhaft die ablehnende Entscheidung der Kommission anlässlich der Anfrage einer Abgeordneten des Europäischen Parlaments: Demande d'accès aux documents – GestDem 2011/5966: <http://upload.ouestfrance.fr/ouest-france.fr/pdf/alguesvertes1502.pdf>; vgl. auch die Antwort von Kommissionspräsident *Barroso* auf eine entsprechende parlamentarische Anfrage (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT%2bWQ%2bE-2012-010091%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2F%2fEN&language=DE>) zur Veröffentlichungspraxis der Kommission: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-010091&language=DE>; anschaulich insoweit auch die Untersuchung des EU-Bürgerbeauftragten in Fall 2073/2010/AN, <http://www.ombudsman.europa.eu/de/cases/decision.faces/de/11071/html.bookmark>.

⁹ Vgl. Frankreich: Ablehnung des Zugangs zu einem Schriftsatz der EU-Kommission, Commission d'accès aux documents administratifs, avis 20012177 (<http://www.cada.fr/avis-20012177,20012177.html>); Niederlande: Veröffentlichung eines Mahnschreibens der Kommission auf der Website des Justizministeriums: <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2012/05/31/ingebrekestelling-westerschelde/ingebrekestelling-westerschelde.pdf>.

¹⁰ Vgl. Kleine Anfrage zur begründeten Stellungnahme, BT-Drs. 17/8036, Frage 1; vgl. auch den entsprechenden Bescheid des Bundesministeriums der Justiz v. 23.9.2011: <https://fragdenstaat.de/files/foi/514/Bescheid%20BMJ%2023-09-2011.pdf>. Das OVG Münster Urt. v. 3.8.2010, Az.: 8 A 283/08 hat einen Anspruch auf Akteneinsicht in eine Stellungnahmen des Bundesamtes für Naturschutz zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2002/4205 dagegen bejaht.

Vertragsverletzungsverfahren. Die jeweiligen Schriftsätze werden von ihr aber weder von sich aus noch auf Antrag veröffentlicht. Auch in sonstigen Verfahren vor dem EuGH drängt die Kommission auf die Geheimhaltung der kontradiktorischen Schriftsätze. So hat sie etwa im Zuge einer gegen sie selbst gerichteten Nichtigkeitsklage¹¹ den Kläger, der seine eigene Klageschrift¹² und die Klageerwiderung der Kommission¹³ im Internet öffentlich gemacht hatte, förmlich aufgefordert, diese Veröffentlichung zu unterlassen und die entsprechenden Dokumente aus dem Internet zu entfernen.¹⁴ Die Löschungsaufforderung bezieht die Kommission dabei nicht allein auf die von ihr selbst erstellte Klageerwiderung,¹⁵ sondern ausdrücklich auch auf die Veröffentlichung der vom Kläger erstellten Klageschrift.¹⁶

Zur Stützung ihrer Politik der Regelgeheimhaltung beruft sich die Kommission auf die Rechtsprechung der Unionsgerichte. In der Tat besteht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren ebenso wie in den Verfahren der Beihilfen- und der Fusionskontrolle eine allgemeine Vermutung, dass die Geheimhaltung der einschlägigen Schriftsätze eines noch laufenden Verfahrens¹⁷ dem Schutz einer „Untersuchungstätigkeit“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. 3 VO (EG) Nr. 1049/2001 bzw. dem Schutz von „Gerichtsverfahren“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. 2 VO (EG) Nr. 1049/2001 dient und Informationen über den Inhalt dieser Schriftsätze deshalb regelmäßig unter Berufung auf diese

¹¹ EuG – T-188/12 – Patrick Breyer/Kommission, Entscheidung vorgesehen für den 25.2.2015; in der Sache geht es seinerseits um den Zugang zu Rechtsgutachten der EU-Kommission über die Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung.

¹² Vgl. http://www.patrick-breyer.de/wp-content/uploads/2012/04/Klageschrift_Br_vs_EU-Kommission_2012-04-27.pdf.

¹³ Vgl. http://www.patrick-breyer.de/wp-content/uploads/2012/09/Kom_Klagebeantwortung_2012-07-16_anon.pdf.

¹⁴ EU-Kommission, Generalsekretariat – Juristischer Dienst, Schreiben v. 11.10.2012, sj.f(2012)1393233, veröffentlicht unter: http://www.patrick-breyer.de/wp-content/uploads/2012/10/Kom_Loeschungsverlangen_2012-10-11_anon.pdf.

¹⁵ Zur Begründung beruft sich die Kommission auf EuG Urt. v. 17.6.1998 – T-174/95, Rn. 137 – Svenska Journalistförbundet/Rat, wonach „eine Partei, die Zugang zu den Verfahrensunterlagen der anderen Parteien hat, von diesen Stücken nur für die Vertretung ihrer eigenen Interessen und zu keinem anderen Zweck wie etwa dem Gebrauch machen [darf], die Öffentlichkeit zur Kritik am Vorbringen der anderen Verfahrensbeteiligten zu bewegen.“

¹⁶ Dagegen aber EuGH Beschl. v. 3.4.2000 – C-376/98, Rn. 10 – Deutschland/Europäisches Parlament und Rat: „Was den angeblichen Verstoß gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit angeht, so gibt es weder einen Grundsatz noch eine Vorschrift, wonach es den Parteien eines Verfahrens erlaubt oder untersagt wäre, ihre eigenen Schriftsätze Dritten zugänglich zu machen. Abgesehen von Ausnahmefällen, in denen die Verbreitung eines Schriftstücks die ordnungsgemäße Rechtspflege beeinträchtigen könnte, was hier nicht der Fall ist, steht es den Parteien grundsätzlich frei, ihre eigenen Schriftsätze Dritten zugänglich zu machen.“ Zur rechtlichen Haltlosigkeit der insoweit von der Kommission entwickelten Argumentation, dem Kläger fehle für die Veröffentlichung der eigenen Schriftsätze die „rechtliche Grundlage“: Stadler, Internet-Law, 13.10.2012, <http://www.internet-law.de/2012/10/eu-kommission-will-patrick-beyer-die-veroeffentlichung-von-schriftsatzen-verbieten.html>.

¹⁷ Zu der hiervon zu unterscheidenden Situation des Zugangs zu Schriftsätzen aus VVV nach Abschluss der entsprechenden Gerichtsverfahren: EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 112 ff. – Schweden u. API/Kommission; EuG Urt. v. 14.2.2012 – T-59/09, Rn. 69 ff. – Deutschland/Kommission; vgl. allein hierzu auch *tho Pesch*, EuZW 2012, 51 ff.

Ausnahmetatbestände verweigert werden dürfen.¹⁸ Diese allgemeine Vermutung enthebt die Kommission von der Verpflichtung, die Notwendigkeit der Geheimhaltung der in den auf das Vorverfahren bzw. das eigentliche Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH bezogenen Dokumenten enthaltenen Informationen im Einzelnen zu begründen. Der Sache nach wird so das vom EuGH sonst postulierte Regel-Ausnahme-Verhältnis, nach dem der Zugang zu Informationen angesichts entsprechender grund- und primärrechtlicher Garantien in Art. 42 EU-GRCh und Art. 15 AEUV die Regel und deren Geheimhaltung die begründungsbedürftige Ausnahme darstellt, auf den Kopf gestellt. Die Geheimhaltung verlangt hier gerade keine einzelfallbezogene Begründung mehr. Ihre Berechtigung wird vielmehr pauschal vermutet. Zwar soll es Informationssuchenden nach der Rechtsprechung des EuGH weiterhin möglich sein, „darzulegen, dass die Vermutung für ein bestimmtes Dokument, um dessen Verbreitung ersucht wird, nicht gilt“.¹⁹ Auch soll es weiterhin möglich sein, entsprechend Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1049/2001 ein „überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung des betreffenden Dokuments“ geltend zu machen.²⁰ Angesichts der die hier entwickelte generelle Geheimhaltungsvermutung ganz allgemein und abstrakt stützenden Argumentation des EuGH ist es Klägern in der Vergangenheit aber soweit erkennbar nicht gelungen, die Vermutung zu entkräften und einen ausnahmsweisen Informationszugang zu erreichen. Weil und soweit schon die schlichte Einbindung der angefragten Schriftstücke in Untersuchungstätigkeiten bzw. Gerichtsverfahren deren regelmäßige Geheimhaltung rechtfertigen soll, sind allenfalls exzeptionelle Ausnahmefälle denkbar, in denen eine Veröffentlichungspflicht angenommen werden könnte.

Der EuGH hat diese Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in der Rechtssache Schweden u. Api/Kommission ungewöhnlich ausführlich begründet.

¹⁸ Vgl. neben den im Folgenden näher besprochenen Entscheidungen: EuGH Urt. v. 14.11.2013 – C-514 und 605/11 P, Rn. 54 ff. – LPN und Finnland/Kommission; das Urteil bestätigt EuG Urt. v. 9.9.2011 – T-29/08 – LPN/Kommission; EuG Urt. v. 11.12.2001 – T-191/99, Slg. 2001 II-3677, Rn. 65 ff. – Kommission/Petrie u.a.

¹⁹ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 103 – Schweden u. API/Kommission. Im rechtlichen Ansatz etwas zugangsfreundlicher EuGH Urt. v. 14.11.2013 – C-514 und 605/11 P, Rn. 67 f. – LPN und Finnland/Kommission, wonach die Kommission nicht verpflichtet sei, „ihre Entscheidung auf die allgemeine Vermutung [für die Berechtigung der Geheimhaltung im Vertragsverletzungsverfahren] zu stützen.“ Sie könne jederzeit die vom Antrag auf Zugang erfassten Dokumente konkret prüfen und eine entsprechende Begründung geben. Stelle sie fest, dass das Vertragsverletzungsverfahren, auf das sich ein bestimmter Zugangsantrag beziehe, Merkmale aufweise, die eine vollständige oder teilweise Verbreitung der Dokumente der Akte zuließen, sei „sie zu dieser Verbreitung zudem verpflichtet“. Die praktische Bedeutung dieser letztgenannten Verpflichtung wird vom EuGH aber gleich wieder aufgehoben, in dem er betont, das „Erfordernis der Nachprüfung, ob die in Rede stehende allgemeine Vermutung tatsächlich anwendbar ist, [kann ...] dagegen nicht in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Kommission alle im vorliegenden Fall beantragten Dokumente individuell prüfen müsste. Ein solches Erfordernis nähme der allgemeinen Vermutung ihre praktische Wirksamkeit, nämlich es der Kommission zu ermöglichen, auf einen allgemeinen Zugangsantrag allgemein zu antworten.“

²⁰ EuGH Urt. v. 29.6.2010 – C-139/07 P, Slg. 2010, I-05885, Rn. 62 – Technische Glaswerke Ilmenau.

Der Gerichtshof widmet dem ganze 35 Absätze.²¹ Er betont zunächst den im Text der EU-Verträge wie in der VO (EG) Nr. 1049/2001 zum Ausdruck gekommenen Willen zu größtmöglicher Transparenz. Das Recht auf Informationszugang sei als ein demokratisches Recht zu begreifen. Dementsprechend führt der Gerichtshof weiter aus, dass das unionale Informationszugangsrecht zwar Ausnahmen kenne. Berufe sich die Kommission auf solche Ausnahmen, müsse sie aber „grundsätzlich erläutern, inwiefern der Zugang zu diesem Dokument das Interesse, das durch eine von ihr geltend gemachte Ausnahme nach Art. 4 der Verordnung Nr. 1049/2001 geschützt wird, konkret und tatsächlich beeinträchtigen könnte“.²² Auch seien „diese Ausnahmen, da sie vom Grundsatz des größtmöglichen Zugangs der Öffentlichkeit zu Dokumenten abweichen, eng auszulegen und anzuwenden“.²³

Für „bestimmte Kategorien von Dokumenten“, wie die Schriftsätze der Kommission im Vorverfahren bzw. im eigentlichen Vertragsverletzungsverfahren, soll aber Gegenteiliges gelten. Hier soll eine pauschale Verneinung des Zugangs erlaubt sein, „ohne dass sie [die Kommission] verpflichtet gewesen wäre, eine konkrete Beurteilung des Inhalts der einzelnen Dokumente vorzunehmen“.²⁴

Zur Begründung dieses immerhin nicht selbstverständlichen Ergebnisses verweist der Gerichtshof auf die „ganz besondere[n] Merkmale“, die die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens eingereichten Schriftsätze aufwiesen. Diese gehörten „ihrem Wesen nach“ eher zur Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs, denn zur Verwaltungstätigkeit der Kommission, die ihrerseits bereits weniger öffentlichkeitsverpflichtet sei als die Gesetzgebungstätigkeit der Unionsorgane. Die Rechtsprechung sei aber nach dem einschlägigen Primär- und Sekundärrecht vom Informationszugang ausdrücklich ausgenommen.²⁵ Dies rechtfertige sich sachlich „im Hinblick auf das Wesen der Rechtsprechungstätigkeit“ und den „Schutz von Gerichtsverfahren“.²⁶ Der Schutz dieser Verfahren sei insbesondere darauf gerichtet, „dass die Grundsätze der Waffengleichheit und der geordneten Rechtspflege gewahrt“ würden.²⁷ Die Waffengleichheit sei aber gefährdet, „wenn der Inhalt der Schriftsätze der Kommission Gegenstand einer öffentlichen Erörterung werden sollte“. Dann bestünde die Gefahr, „dass die an den Schriftsätzen geübte Kritik über ihre eigentliche rechtliche Bedeutung hinaus den von dem Organ vor

²¹ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 68–102 – Schweden u. API/Kommission.

²² EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 72 – Schweden u. API/Kommission.

²³ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 73 – Schweden u. API/Kommission.

²⁴ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 75 – Schweden u. API/Kommission.

²⁵ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 95 ff. – Schweden u. API/Kommission.

²⁶ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 82 f. – Schweden u. API/Kommission.

²⁷ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 85 – Schweden u. API/Kommission.

den Unionsgerichten vertretenen Standpunkt“ beeinflusse.²⁸ Das „unerlässliche Gleichgewicht zwischen den Parteien eines Rechtsstreits“ vor den Unionsgerichten und damit letztlich die Fairness des Prozesses könnte durch die Anerkennung der Pflicht zur Veröffentlichung verfahrensbezogener Dokumente „gestört werden, da nur das Organ, bei dem ein Antrag auf Zugang zu seinen Dokumenten gestellt wird, nicht aber alle Verfahrensbeteiligten der Freigabepflicht unterlägen“.²⁹ Auf diese Verfahrensgrundsätze könnten sich nicht allein Einzelne, sondern auch die Unionsorgane berufen.³⁰ Schließlich lasse sich die Geheimhaltung der auf das Gerichtsverfahren bezogenen Dokumente auch mit dem Schutz der „geordneten Rechtspflege“ rechtfertigen, da sichergestellt werden müsse, „dass die Erörterungen zwischen den Parteien sowie die Beratungen des Gerichts über die anhängige Rechtssache in aller Ruhe ablaufen.“ Eine Verbreitung der Dokumente hätte „zur Folge, dass auf die Rechtsprechungstätigkeit – und sei es auch nur in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit – Druck von außen ausgeübt und die Ruhe der Erörterungen beeinträchtigt werden“ könnten.³¹

III. Die fehlende Rechtfertigung der Regelgeheimhaltung

Diese Rechtfertigung der Regelgeheimhaltung der Informationen aus Vertragsverletzungsverfahren durch den EuGH hält einer genaueren Betrachtung nicht stand. Sie vermag weder in der Sache, noch in der rechtlichen Argumentation zu überzeugen.³²

1. „Ruhe“ und „Ordnung“ der Rechtspflege?

Dies gilt zunächst für die Argumente der „Ruhe“ und „Ordnung“ der Rechtspflege. Hier ist schon nicht erkennbar, inwieweit diese überhaupt durch die Öffentlichkeit der Schriftsätze beeinträchtigt werden sollte. Im Gegenteil: auch und gerade das Gerichtsverfahren ist in gemeineuropäischer Tradition ein öffentliches³³ und damit auf die jedenfalls beobachtende Teilnahme der Öffentlichkeit ausgerichtet. Auch vor der Unionsgerichtsbarkeit ist die Öffentlichkeit regelmäßig zu den mündlichen Verhandlungen zugelassen. Die Argumentation der Streitparteien wird spätestens hier ohnehin öffentlich. Inwieweit eine erleichterte und inhaltlich verbesserte Möglichkeit der öffentlichen Kenntnisnahme, wie sie mit

²⁸ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 86 – Schweden u. API/Kommission.

²⁹ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 87 f. – Schweden u. API/Kommission.

³⁰ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 89 ff. – Schweden u. API/Kommission.

³¹ EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Rn. 92 f. – Schweden u. API/Kommission.

³² Kritisch zu der in vielem parallelen vorangegangenen Argumentation des EuG und zu der des EuGH hinsichtlich der Informationen aus Beihilfeaufsichtsverfahren bereits Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, 2011, Art. 15 AEU, Rn. 28 ff.

³³ Vgl. Wegener, Der geheime Staat – Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht, 2006, S. 85 ff., 206 ff.

der regelmäßigen Zugänglichkeit der Schriftsätze ermöglicht würde, hier schädlich wirken sollte, bleibt unerfindlich. Im Gegenteil könnte die durch die Kenntnis der gegenseitigen Argumentation rechtlich fundiert informierte öffentliche und fachöffentliche Debatte eher zu einer ihrerseits informierteren und damit verbesserten Entscheidungsfindung der Unionsgerichte beitragen.

Dass eine entsprechende Öffentlichkeit der Schriftsätze sich mit einer geordneten Rechtspflege und der notwendigen Ruhe der Erörterungen verträgt, veranschaulicht beispielhaft die Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Nach Art. 33 VerfO-EGMR sind hier grundsätzlich alle von den Parteien oder Drittbeteiligten im Zusammenhang mit einer Beschwerde eingereichten Unterlagen der Öffentlichkeit zugänglich. Eine ausnahmsweise Geheimhaltung ist lediglich für Verhandlungen über eine gütliche Einigung sowie dann vorgesehen, „wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Parteien oder betroffener Personen es verlangen oder – soweit der Kammerpräsident es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen die Öffentlichkeit von Unterlagen die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.“

Ein ähnliches Bild zeigen im übrigen auch die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die nach einer entsprechenden rechtsvergleichenden Untersuchung des Generalanwalts *Maduro* kein allgemeines Vertraulichkeitsgebot [enthalten ...], das die Freigabe von Schriftsätzen der Parteien untersagte.“ Nach seinen Feststellungen seien die meisten nationalen Rechtsordnungen von einer ehemals „starken Einschränkung des Zugangs zur Gewährleistung einer gewissen Öffentlichkeit übergegangen“. Dementsprechend gewährten „die meisten Mitgliedstaaten heute unter bestimmten Umständen Zugang zu gerichtlichen Schriftstücken.“ Gleiches gelte in eher noch größerem Maße für die internationale und die US-amerikanische Gerichtsbarkeit.³⁴

2. Übergroßer öffentlicher Druck auf die Kommission?

Nicht überzeugend ist auch der Hinweis des Gerichtshofs auf die vermeintliche Gefahr eines übergroßen öffentlichen Drucks auf die Kommission. Der Gerichtshof selbst räumt in der entsprechenden Passage seiner Begründung wenigstens implizit ein, dass gegen eine rechtliche fundierte öffentliche Kritik an den Schriftsätzen keine Bedenken bestehen können. Die von ihm beschworene Gefahr einer darüber hinausgehenden unsachlichen öffentlichen Kritik, die die Kommission in ihrem vor den Unionsgerichten vertretenen Standpunkt beeinflusse, erscheint gänzlich unplausibel. Unsachlicher Kritik ist gerade die EU-Kommission ständig ausgesetzt. Dass sich dieser Zustand durch die Kenntnis der Öffentlichkeit von ihrer genauen rechtlichen Argumentation verschlechtern sollte, erscheint unwahrscheinlich. Eher dürfte das Gegenteil der Fall sein. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Schriftsätze nach Abschluss des Verfahrens auch nach der Rechtsprechung

³⁴ Vgl. GA *Maduro*, Schlussantrag v. 1.10.2009 zu EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Ziff. 24 ff. m.z.w.N. – Schweden u. API/Kommission.

des EuGH grundsätzlich der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind.³⁵ Nicht das „ob“ der Information steht insoweit also in Frage, sondern lediglich der Zeitpunkt. Dem Organ EU-Kommission ist aber auch vor und in laufenden Gerichtsverfahren zuzumuten und zuzutrauen, sich einer öffentlichen Diskussion der von ihr selbst vertretenen Rechtsposition zu stellen. Schließlich hat sich der Gerichtshof im Zusammenhang mit Fragen des Zugangs zu Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rates bereits abschlägig mit Bedenken auseinandergesetzt, dessen Mitarbeiter könnten einem übergroßen öffentlichen Druck ausgesetzt werden. Er hat insoweit zu Recht festgestellt, dass, „sollten die Mitarbeiter dieses Dienstes einem dahin gehenden unzulässigen Druck ausgesetzt sein, es dieser Druck nicht die Möglichkeit der Verbreitung der Rechtsgutachten wäre, der das Interesse dieses Organs [...] beeinträchtigen würde, und dass es ersichtlich Sache des Rates wäre, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um dem ein Ende zu setzen“.³⁶

3. Fehlende „Waffengleichheit“ im gerichtlichen Verfahren?

Im Lichte dieser Überlegungen relativieren sich auch die vom Gerichtshof beschworenen Gefahren für die „Waffengleichheit“ oder „Fairness“ des gerichtlichen Verfahrens. Danach ist die Unterstellung, die Kommission könne aus einer zeitnahen Veröffentlichung ihrer Schriftsätze lediglich Nachteile erfahren, als solche schon zu vereinfachen. Außerdem erscheint durchaus zweifelhaft, ob tatsächlich – wie der Gerichtshof dies unterstellt – allein die Schriftsätze der EU-Kommission, nicht aber die des betroffenen Mitgliedstaates zu veröffentlichen sind. Nur bei einer solchen einseitigen Öffentlichkeitspflicht könnten sich überhaupt Probleme für die Fairness des Verfahrens ergeben. Ansätze zu einer die Fairness garantierenden parallelen Veröffentlichungspflicht auch für die mitgliedstaatlichen Schriftsätze können sich aber gleich in dreifacher Hinsicht ergeben: denkbar erscheint insoweit eine Veröffentlichungspflicht nach nationalem Recht, eine Veröffentlichung durch die Kommission selbst oder eine unmittelbare Veröffentlichung durch den Gerichtshof. Schon heute besteht nach der Rechtsprechung des EuGH ein Recht der Mitgliedstaaten, die eigenen Schriftsätze öffentlich zu machen.³⁷ Soweit die Mitgliedstaaten ihrerseits durch ihr nationales Recht zur Veröffentlichung dieser Schriftsätze verpflichtet sind, entsteht unter der Geltung der hier kritisierten Rechtsprechungslinie des EuGH also bereits eine Informationslastverteilung, die die Kommission in der Ratio der EuGH-Rechtsprechung unfair bevorzugt. Fairness und Waffengleichheit ließen sich im übrigen auch unter den Vorzeichen einer auf Transparenz und Informationsfreiheit ausgerichteten Interpretation des einschlägigen EU-Rechts ohne weiteres herstellen. Soweit der Gerichtshof nämlich eine Pflicht zur Veröffentlichung der Schriftsätze durch die Kommission anerkennen würde, könnte er diese Verpflichtung ohne weiteres auf die Veröffentlichung auch der gegnerischen Schriftsätze ausdehnen. Auch diese

³⁵ Vgl. die N. o. in Fn. 17.

³⁶ EuGH Urt. v. 1.7.2008 – C 39/05 P und C 52/05 P, Slg. 2008 I-04723, Rn. 64 – Schweden und Turco/Rat.

³⁷ EuGH Beschluss v. 3.4.2000 – C-376/98, Rn. 10 im Wortlaut wiedergegeben o. in Fn. 16 – Deutschland/Europäisches Parlament und Rat.

liegen der Kommission vor und sind daher grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Informationszugangs-VO (EG) Nr. 1049/2001 erfasst. Dass die betreffenden Dokumente von den Mitgliedstaaten erstellt und übermittelt worden sind, ändert nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nichts daran, dass die EU-Kommission insoweit eine eigene Zugangsentscheidung treffen kann und muss, die von den Unionsgerichten auf ihre Vereinbarkeit mit der unionsrechtlich garantierten Informationsfreiheit überprüft wird.³⁸ Würde der Gerichtshof dementsprechend eine Veröffentlichungspflicht der EU-Kommission für die von ihr erstellten Schriftsätze anerkennen, spräche inhaltlich nichts gegen eine parallele Veröffentlichungspflicht auch für die mitgliedstaatlichen Schriftsätze.

Schließlich wäre – entsprechend der Praxis des EGMR und zahlreicher anderer Gerichte und Gerichtsbarkeiten – auch eine Veröffentlichung der Schriftsätze durch den EuGH selbst denkbar. Der Gerichtshof verweist insoweit zwar zutreffend darauf, dass weder die Satzung noch die Verfahrensordnung des EuGH, des EuG oder des Dienstgerichts eine solche Veröffentlichung ausdrücklich vorsehen. Umgekehrt schließen die betreffenden Vorschriften eine solche Veröffentlichung aber – wie bereits Generalanwalt *Maduro* in seinen Schlussanträgen deutlich gemacht hatte³⁹ – auch nicht aus. Wenn sich der Gerichtshof in seiner gegenläufigen Argumentation auf in Art. 42 EU-GRCh, Art. 15 AEUV und in der VO (EG) Nr. 1049/2001 enthaltene Anwendungsbereichsbeschränkungen beruft, so ist damit die grundsätzliche Frage nach der Bedeutung dieser Bereichsausnahmen aufgeworfen. Bei ihrer Klärung ist zunächst zu berücksichtigen, dass diese Bereichsausnahmen nach dem insoweit einheitlichen und ausdrücklichen Wortlaut

³⁸ Nach der nicht zweifelsfreien insoweit von EuG und EuGH entwickelten Rechtsprechungslinie ist die mitgliedstaatliche Verweigerung der Zustimmung zur Veröffentlichung selbst erstellter Dokumente zwar abschließend und bindend. Eine diese Weigerung missachtende Veröffentlichung ist unzulässig. Ein entsprechendes Ermessen der Unionsorgane besteht nicht. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss aber – wegen der grundlegenden Bedeutung der von den Mitgliedstaaten übermittelten Dokumente für die Transparenz des Entscheidungsprozesses der Unionsorgane – der Mitgliedstaat seine Zustimmungsverweigerung auf Ausnahmetatbestände stützen können, die das Unionsrecht selbst vorsieht. Mitgliedstaaten, die die Zustimmung zur Veröffentlichung eines von ihnen übermittelten Dokuments verweigern, müssen diese Entscheidung deshalb ausdrücklich entsprechend begründen. Die Begründung muss innerhalb einer Frist erfolgen, die es dem Unionsorgan, welches das streitige Dokument besitzt, seinerseits erlaubt, die für die Entscheidung über den Informationszugangsantrag geltende Frist einzuhalten. Antragsteller, deren Informationsantrag wegen der fehlenden Zustimmung eines Mitgliedstaates zur Veröffentlichung abgelehnt wurde, können die entsprechende Ablehnungsentscheidung des Unionsorgans vor den Unionsgerichten angreifen. EuG und EuGH überprüfen dabei inzident die Rechtmäßigkeit der durch den zustimmungsverweigernden Mitgliedstaat gegebenen Geheimhaltungsbegründung. Vgl. dazu EuG Urt. v. 17.3.2005 – T-187/03, Slg. 2005, II-1029, Rn. 52 ff. – Scippaccola/Kommission; EuG Urt. v. 30.11.2004 – T-168/02, Slg. 2004, II-4135, Rn. 50 ff. – IFAW/Kommission; insoweit (allerdings etwas undeutlich) zustimmend EuGH Urt. v. 18.12.2007 – C-64/05 P, Slg. 2007, I-11389, Rn. 43 ff. – Schweden/Kommission, IFAW. Kritisch *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2011, Art. 15 AEUV, Rn. 19 ff. A. A. *Gross*, EuZW 2008, 99, der die Geheimhaltungsentscheidung des Mitgliedstaates nach der Rechtsmittelentscheidung des EuGH nicht länger für bindend erachtet; unentschieden insoweit *Leino*, CMLRev. 2008, 1469 (1482).

³⁹ GA *Maduro*, Schlussantrag v. 1.10.2009 zu EuGH Urt. v. 21.9.2010 – C-514, 528 und 532/07 P, Ziff. 30 – Schweden u. API/Kommission.

der Bestimmungen lediglich für die rechtsprechende Tätigkeit der Judikative, nicht aber für deren Verwaltungstätigkeit gelten. Schon von daher liegt es, anders als es der Gerichtshof als selbstverständlich unterstellt, nahe, die Frage der Zugänglichkeit der Schriftsätze dem Bereich der (Informations-)Verwaltung und nicht dem der Rechtsprechung zuzuordnen. Schließlich stammen die Schriftsätze als solche gerade nicht vom Gerichtshof selbst, sind also nicht Ausdruck seiner rechtsprechenden Tätigkeit, sondern werden von ihm als Dokumente aus der Sphäre der Exekutive der Kommission bzw. der Mitgliedstaaten verwaltet.

4. „Wesen“ und „Schutz“ des Gerichtsverfahrens

Mit dem Gerichtshof ist insoweit zudem die Frage nach dem „Wesen“ und dem notwendigen „Schutz der Gerichtsverfahren“ aufzuwerfen. Nur diesem Schutz sollen die entsprechenden Bereichsbeschränkungen des demokratischen Grundrechts der Informationsfreiheit dienen. Sie sind dementsprechend auf das für diesen Schutz Notwendige zu beschränken. Notwendig erscheint die Geheimhaltung der Schriftsätze im Vertragsverletzungsverfahren nach dem oben Gesagten aber gerade nicht. Notwendig ist der Schutz des Beratungs- und Entscheidungsprozesses des Gerichts. Diesem Schutz dienen die entsprechenden Bereichsausnahmen zu Recht. Eine weitergehende Geheimhaltung auch der Schriftsätze vermögen sie aber nicht zu legitimieren.

5. Regelgeheimhaltung im Vorverfahren?

Was bleibt, ist die Frage nach der Zulässigkeit der Geheimhaltung des im Vorfeld des eigentlichen Vertragsverletzungsverfahrens ausgetauschten Schriftwechsels zwischen Kommission und Mitgliedstaaten. Auch hier sprechen in der Sache die besseren Argumente für eine Veröffentlichung der Mahnschreiben, der begründeten Stellungnahmen und der Antwortschreiben der Mitgliedstaaten. Die Öffentlichkeit dieses Schriftverkehrs ermöglichte eine allgemeine und allgemein wohlinformierte Debatte über die rechtlichen Fragen der richtigen Um- und Durchsetzung des Unionsrechts. Ihrer Natur nach sind die entsprechenden Informationen jedenfalls regelmäßig nicht geheimhaltungsbedürftig. In entsprechenden Ausnahmefällen würden im übrigen die einschlägigen besonderen Ausnahmetatbestände der VO (EG) Nr. 1049/2001 bzw. der mitgliedstaatlichen Informationsfreiheitsgesetzgebung greifen.

Auch der insbesondere von der Kommission, aber auch von manchen Mitgliedstaaten reklamierte und vom EuGH als Rechtfertigungsgrund akzeptierte Schutz der Vertraulichkeit der Verhandlungen im Vorfeld des eigentlichen Vertragsverletzungsverfahrens vermag die Regelgeheimhaltung im Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Dagegen spricht schon der oben dokumentierte strategische Umgang mit den in den entsprechenden Schriftstücken enthaltenen Informationen. Die EU-Kommission und/oder die Verwaltungen der Mitgliedstaaten lancieren das von ihnen verwaltete Wissen offenbar gezielt an solche Kreise, mit denen sie regelmäßig gute informationelle Beziehungen pflegen oder von deren Information sie sich konkrete oder allgemeine Vorteile versprechen. In der Praxis kann man von einer durchgängigen Halboffenheit der entsprechenden Dokumente sprechen.

In der Konsequenz entsteht eine informationelle Asymmetrie zwischen informierten und uninformierten Teilen der Öffentlichkeit. Selbst Abgeordnete des Deutschen Bundestages und des Europäischen Parlaments sind darauf angewiesen, den Verfahrensstand und den Inhalt der Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission durch parlamentarische Anfragen zu eruieren. Die ihnen gegebenen Antworten sind dabei unter Hinweis auf vermeintliche Geheimhaltungserfordernisse regelmäßig ganz unvollständig und vage.⁴⁰ Es entsteht der Eindruck, dass Verbandsvertreter besser informiert werden als die Volksvertreter. Die rechtspolitische Diskussion über die richtige Umsetzung und Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten wird dadurch nicht unerheblich behindert und verzerrt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es dringend an der Zeit, die in der Sache nicht zu rechtfertigende Geheimhaltung des Schriftverkehrs zwischen EU-Kommission und Mitgliedstaaten im Rahmen der Vorbereitung von Vertragsverletzungsverfahren zu beenden. Die von Seiten der Kommission und von Seiten der Mitgliedstaaten geltend gemachten und vom EuGH akzeptierten Gründe, die für eine Geheimhaltung dieses Schriftverkehrs sprechen sollen, überzeugen in der Sache sämtlich nicht. Tatsächlich handelt es sich eher um Behauptungen, nicht aber um überzeugende Argumente. Dass sich, wie der Gerichtshof formuliert, „Natur“ und „Ablauf“ des einer Vertragsverletzungsklage vorangehenden Verfahrens substantiell verändern würden,⁴¹ ist angesichts der schon heute in interessierten Kreisen weiten Verbreitung der entsprechenden Informationen unwahrscheinlich. Außerdem stellt die vertrauliche „Natur“ des Vorverfahrens als solche unter den Maßgaben des demokratischen Grundrechts der Informationsfreiheit ohnehin keinen Eigenwert dar. Auch die These, wonach die regelmäßige Öffentlichkeit der entsprechenden Schriftsätze es „noch schwieriger“ machen „könnte“, einen Verhandlungsprozess in Gang zu setzen und zu einem die gerügte Vertragsverletzung beendenden Einvernehmen zwischen der Kommission und dem betroffenen Mitgliedstaat zu kommen,⁴² erscheint pauschal, hypothetisch und insgesamt wenig plausibel. Mit mindestens eben solcher Wahrscheinlichkeit ließe sich das Gegenteil vermuten: soweit sich die Öffentlichkeit für Vertragsverletzungsverfahren überhaupt interessiert, sind diese bereits heute Gegenstand lebhafter rechtspolitischer Debatten. Eine gesteigerte öffentliche Aufmerksamkeit, eine informierte öffentliche Debatte und ein möglicherweise gesteigerter Druck zu einer Lösung in der einen oder anderen Richtung zu kommen, könnten dem Prozess als solchen eher zuträglich sein, als ihm spürbaren Schaden zuzufügen. Zudem sind jedenfalls die hier behandelten Mahnschreiben, die begründeten Stellungnahmen und die

⁴⁰ Vgl. etwa BT-Drs. 17/8036, 30.11.2011, S. 2, Antwort auf Frage 1; vgl. auch Antwort der parlamentarischen Staatssekretärin im Bundesumweltministerium Katharina Reiche vom 1. Februar 2013 auf die Anfrage der Abgeordneten Dorothea Steiner hinsichtlich des Standes des Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 2007/4267. Zu abschlägig beschiedenen Anfragen von Mitgliedern des Europäischen Parlaments bereits o. Fn. 8.

⁴¹ EuGH Urt. v. 14.11.2013 – C-514 und 605/11 P, Rn. 63 – LPN und Finnland/Kommission.

⁴² So aber: EuGH Urt. v. 14.11.2013 – C-514 und 605/11 P, Rn. 63 – LPN und Finnland/Kommission.

mitgliedstaatlichen Antwortschreiben von einem viel zu sehr förmlichen Charakter, als dass insoweit von einer Gefährdung eines interpersonellen Verhandlungsgeschehens ausgegangen werden müsste. Dies belegt im übrigen wiederum die Praxis von Kommission und/oder der Mitgliedstaaten selbst. Dieser Praxis geht es insoweit nämlich erkennbar nicht um eine effektive Geheimhaltung des Verhandlungsprozesses, sondern allein um die weitere Sicherung der Möglichkeit einer nur selektiven Information der Öffentlichkeit und damit um die Wahrung einer Option zum strategischen Umgang mit administrativem Herrschaftswissen im schon von *Max Weber*⁴³ treffend kritisierten Sinne.

IV. Fazit

Es ist nach alledem dringend an der Zeit, dass die EU-Kommission ihre Praxis der Regelgeheimhaltung hinsichtlich der im Vorfeld und im Kontext des Vertragsverletzungsverfahrens erstellten förmlichen Schriftsätze überdenkt und aufgibt. Gleiches sollte für die der Praxis der Kommission entsprechend handelnden Mitgliedstaaten gelten. Die Zugänglichkeit dieser Schriftstücke muss allgemein sein und darf nicht weiter auf Kreise privilegierter Interessenvertreter verengt werden. Der EuGH ist aufgerufen dieser Neuinterpretation der rechtlichen Vorgaben aus Art. 42 EU-GRCh, Art. 15 AEUV und der VO (EG) Nr. 1049/2001 entgegen seiner bisherigen Rechtsprechungslinie Geltung zu verschaffen. Die damit ermöglichte informierte öffentliche Debatte über die rechtlich richtige Um- und Durchsetzung des Unionsrechts wird das Verständnis für dieses vielfach immer noch als bürgerfern empfundene Recht verbessern. Die so geschaffene Transparenz des wichtigsten zentralen Kontrollverfahrens der Union wäre ein kleiner aber wichtiger weiterer Baustein einer demokratischer verfassten Europäischen Union.

⁴³ *Weber*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: Hellmann (Hrsg.), Die innere Politik, 1918, III. Verwaltungsöffentlichkeit: „Aber das Fachwissen allein begründet nicht die Beamtenmacht. Dazu tritt die durch die Mittel des amtlichen Apparates nur dem Beamten zugängliche Kenntnis der für sein Verhalten maßgebenden konkreten Tatsachen: das Dienstwissen. [...] das wichtigste Machtmittel des Beamtentums [bildet] die Verwandlung des Dienstwissens in ein Geheimwissen durch den berüchtigten Begriff des Dienstgeheimnisses [...]: letztlich lediglich ein Mittel, die Verwaltung gegen Kontrolle zu sichern.“