

## **Ausnahmen vom Umweltinformationszugang vor dem EuGH: Ist Verordnungsgebung Gesetzgebung?**

*Dieser Beitrag analysiert ein neues EuGH-Urteil zum Umweltinformationsrecht. Es führt den Weg des Hindernisabbaus für den Informationszugang fort, der über die Kostenfrage und die Betriebsgeheimnisse nunmehr die Frage erreicht hat, ob an der Rechtsetzung beteiligte Organe ihre Kontakte zu Lobbygruppen vor der Öffentlichkeit verbergen dürfen oder nicht. Der seit der UVP-Richtlinie in den 1980er Jahren beschrittene Weg gestärkter prozeduraler Umweltschutzinstrumente wird damit fortgeführt. Freund und Feind gleichermaßen drohen freilich deren ökologische, ökonomische und demokratische Relevanz (etwas) zu überschätzen. Auch in der konkreten Herleitung des EuGH bleiben Fragen offen.*

### **I. Das EuGH-Urteil zum umweltinformationsrechtlichen Behördenbegriff**

Gestärkte prozedurale Elemente im europäischen Umweltrecht sind spätestens seit der UVP-Richtlinie von 1985 ein rechtspraktisch und rechtswissenschaftlich stark erörtertes Thema, völkerrechtlich seit 1998 stark untermauert durch die Aarhus-Konvention (AK).<sup>1</sup> Dass speziell die EU ein Interesse etwa an informationsrechtlichen Regelungen hat, erklärt sich nicht nur aus theoretischen Umschwüngen und einer Kritik des traditionellen Ordnungsrechts<sup>2</sup>, sondern auch aus ihren fehlenden Vollzugskompetenzen zur Durchsetzung des von ihr gesetzten materiellen Umweltrechts: Die Umweltverträglichkeitsprüfung, der Umweltinformationszugang und das Bemühen um mehr Partizipation und Rechtsschutz und Umweltbelange sind gerade auch eine Folge dessen, dass die EU die Bürger verstärkt gegen die oft europarechtsabgeneigten nationalen Behörden mobilisieren will. Neben diesem Steuerungsgedanken mag die demokratiethoretische Erwägung stehen, angesichts der leicht eingeschränkten repräsentativ-demokratischen Struktur der EU europaweit partizipative usw. Substitute zu stärken. Umgekehrt werden von wirtschaftlicher Seite die ausgebauten prozeduralen Instrumente freilich seit langem mit vielerlei Befürchtungen verbunden. Nicht umsonst wird die europäische Ausweitung von Information, Partizipation und Rechtsschutz seit den 1990er Jahren mit gegenläufigen – in Teilen wohl europa- und völkerrechtswidrigen – deutschen Beschleunigungsbemühungen zugunsten von Investitionsentscheidungen beantwortet.<sup>3</sup>

---

\* Der Verfasser leitet die Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik in Leipzig ([www.nachhaltigkeit-gerechtigkeit-klima.de](http://www.nachhaltigkeit-gerechtigkeit-klima.de)) und lehrt Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

<sup>1</sup> Ausführlich dazu m.w.N. Schenderlein, Rechtsschutz und Partizipation im Umweltrecht: Europa- und völkerrechtliche Bürgerfreundlichkeit versus nationale Verfahrensbeschleunigung – insbesondere zur Aarhus-Konvention, 2013; Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz: Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union – unter besonderer Berücksichtigung der Aarhus-Konvention, 2. Aufl. 2010; Schlacke/ Schrader/ Bunge, Aarhus-Handbuch, 2010; Schlecht, Die Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern im deutschen Umweltrecht, 2010.

<sup>2</sup> Dazu neben den beiden ersten Nachweisen in Fn. 1 auch – zu den Steuerungsinstrumenten – Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, Neuausgabe 2011, § 6; Zu den Chancen und Grenzen speziell von Partizipation auch Ekardt/ Heitmann/ Hennig, Sicherung sozial-ökologischer Standards durch Partizipation, 2012; aus dem Fokus genommen bei Steinberg, Die Repräsentation des Volkes: Menschenbild und demokratisches Regierungssystem, 2013.

<sup>3</sup> Zur rechtlichen Würdigung ebenso wie zu Debatte und Entwicklung die beiden ersten Nachweise in Fn. 1.

Ein neues EuGH-Urteil im Vorabentscheidungsverfahren<sup>4</sup> behandelt die Frage, inwieweit Behörden, sofern sie gesetzgebend tätig sind, aus dem umweltinformationsrechtlichen Behördenbegriff herausfallen – mit der Konsequenz, dass die diesbezügliche Tätigkeit dann von Zugangsansprüchen zu Umweltinformationen frei bliebe. Der EuGH entscheidet dies dahingehend, dass nur der parlamentarische Gesetzgeber, nicht jedoch der Verordnungsgeber vom Informationsanspruch jedes Bürgers freigestellt bleibt.

## II. Die Argumentation des EuGH

Die die EuGH-Entscheidung herbeiführende verwaltungsgerichtliche Vorlage erging im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Deutsche Umwelthilfe e.V. und der Bundesrepublik Deutschland wegen eines Antrags des Vereins auf Zugang zu beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vorhandenen Informationen über den Schriftverkehr, den dieses Ministerium mit Vertretern der deutschen Automobilindustrie zur Abstimmung im Vorfeld des Erlasses einer Regelung zur Energieverbrauchskennzeichnung geführt hat. Hintergrund ist erkennbar zum einen die Befürchtung, die Bundesregierung setze sich unter lobbyistischen Druck zu wenig für den Klimaschutz ein, zum anderen ein wachsendes Unbehagen am Einfluss organisierter Interessengruppen auf die Politik gewählter Repräsentanten.<sup>5</sup>

Es geht in dem Rechtsstreit um die Norm des Art. 2 Nr. 2 Satz 2 der EU-Umweltinformationsrichtlinie von 2003 (UURL) und dahinterstehend die Art. 2, 4 und 8 der völkerrechtlichen Aarhus-Konvention von 1998 (AK). Art. 2 Nr. 2 UURL stellt zunächst klar, dass als Behörden und damit als Adressaten des Umweltinformationsanspruchs jedes Bürgers auch Regierungen gelten und ergänzt sodann: „Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass diese Begriffsbestimmung keine Gremien oder Einrichtungen umfasst, soweit sie in gerichtlicher oder gesetzgebender Eigenschaft handeln.“ Der Erwägungsgrund 5 der UURL lautet, offenbar bezogen auf die UURL: „(5) ... Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts müssen im Hinblick auf den Abschluss des Übereinkommens (gemeint ist die AK – Anm. vom F.E.) durch die Europäische Gemeinschaft mit dem Übereinkommen übereinstimmen.“ Als Hintergrund definiert Art. 2 Nr. 2 AK den Behördenbegriff als „a) eine Stelle der öffentlichen Verwaltung auf nationaler, regionaler und anderer Ebene ... Diese Begriffsbestimmung umfasst keine Gremien oder Einrichtungen, die in gerichtlicher oder gesetzgebender Eigenschaft handeln.“ Art. 8 des Übereinkommens von Aarhus („Öffentlichkeitsbeteiligung während der Vorbereitung exekutiver Vorschriften und/oder allgemein anwendbarer rechtsverbindlicher normativer Instrumente“) sieht ferner vor: „Jede Vertragspartei bemüht sich, zu einem passenden Zeitpunkt und solange Optionen noch offen sind, eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung während der durch Behörden erfolgenden Vorbereitung exekutiver Vorschriften und sonstiger allgemein anwendbarer rechtsverbindlicher Bestimmungen, die eine erhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können, zu fördern.“

Im Urteil Flachglas Torgau<sup>6</sup> hatte der EuGH auf dieser Basis festgestellt, dass Ministerien in ihrer Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren nicht dem Umweltinformationsrecht unterliegen (wobei es damals vom Hintergrund um das Informationsinteresse von Unternehmen gegangen

---

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, NVwZ 2013, ...

<sup>5</sup> Vgl. zum veränderten politisch-diskursiven Gesamtbild einschließlich der Rolle des Lobbyismus Bussemer, Die erregte Republik: Wutbürger und die Macht der Medien, 2011.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, NVwZ 2012, 491 ff.

war). Anders ist es nach Auffassung des EuGH allerdings nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens. Doch was gilt im Falle eines Rechtsetzungsverfahrens unterhalb der gesetzlichen Ebene? Dies wollte das Instanzgericht per Vorlage vom EuGH erfahren. Der EuGH urteilt nunmehr, dass Art. 2 Nr. 2 Satz 2 UIRL dahin auszulegen ist, dass die den Mitgliedstaaten darin eingeräumte Befugnis, gesetzgebende Gremien nicht als informationspflichtige Behörden anzusehen, die Zugang zu den bei ihnen vorhandenen Umweltinformationen gewähren müssen, nicht für Ministerien gelten kann, wenn sie Recht ausarbeiten und setzen, das im Rang unter einem Gesetz steht. Die Vorgänge rund um den Erlass von untergesetzlichen Rechtssätzen unterliegen damit in vollem Umfang dem Umweltinformationszugang.

Zur Begründung seines Judikats führt der EuGH zunächst den Wortlaut an. Dazu tritt der systematische Hinweis auf die oben zitierten Normen: Die UIRL soll nach dem Willen des EU-Gesetzgebers im Lichte der AK interpretiert werden, und diese sieht in Art. 8 AK eine Öffentlichkeit bei allgemeinen Normen unterhalb der Ebene des Gesetzes vor. Ferner verweist der EuGH darauf, dass nur das von einer Norm als schützenswert Intendierte geschützt werden dürfe, und ein ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren i.e.S. solle eben gegen Störungen von außen gesichert werden, was jedoch nur auf genau dieses Verfahren zutreffe. Das Gesetzgebungsverfahren i.e.S. habe hier inhärente Eigenheiten. Was indes ein „Gesetz“ sei, richte sich nach dem Recht der Mitgliedstaaten.

Ohne es explizit auszusprechen, hat der EuGH damit möglicherweise – zu einem Vorbehalt im nächsten Abschnitt – das deutsche UIG einmal mehr<sup>7</sup> für teilweise unionsrechtswidrig erklärt: Denn in § 2 Abs. 1 Nr. 1a) UIG wird unmissverständlich ausgedrückt, dass Ministerien auch in der Verordnungsgebung keinen Umweltinformationsansprüchen unterliegen. Wörtlich heißt es dort: „Zu den informationspflichtigen Stellen gehören nicht die obersten Bundesbehörden, soweit sie im Rahmen der Gesetzgebung oder beim Erlass von Rechtsverordnungen tätig werden.“ Dies wird nun geändert werden müssen. Bis dahin kommt eine unmittelbare Anwendung der UIRL in diesem Punkt in Betracht.

### **III. Rechtsdogmatische Kritik der EuGH-Argumente**

Das Urteil des EuGH ist brisant und mag vielen Beteiligten nicht gefallen: Denn damit werden die Aktivitäten der Lobbygruppen in höherem Maße transparent als bisher, was die einen begrüßen und die anderen als ungebührlich empfinden werden. Doch wie überzeugend ist das Urteil argumentativ aus rechtsdogmatischer Sicht?

Problematisch ist zunächst, dass das Urteil an einem Kernpunkt unklar sein könnte. Denn der EuGH führt aus: „Da es im Unionsrecht an einer Klarstellung fehlt, was für die Anwendung von Art. 2 Nr. 2 Satz 2 der Richtlinie 2003/4 unter einem Gesetz oder einer gleichrangigen Rechtsnorm zu verstehen ist, richtet sich diese Beurteilung unter dem Vorbehalt, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie nicht beeinträchtigt wird, nach dem Recht der Mitgliedstaaten.“<sup>8</sup> Nimmt man dies wörtlich, bleibt es der deutschen Judikatur überlassen, ob sie die Unionsrechtswidrigkeit des § 2 Abs. 1 Nr. 1a) UIG doch noch abwendet, indem sie den deutschen materiellen Gesetzesbegriff, nach welchem Verordnungen als materielle Gesetze gelten, anwendet. Allerdings wäre die europarechtliche Vorgabe dann trivial, weil die Mit-

---

<sup>7</sup> Vgl. schon EuGH, Slg. 1999, 5087 ff.; Heselhaus, EuZW 2000, 298 (300 ff.); Ekardt, NJ 1997, 175 ff.

<sup>8</sup> Vgl. EuGH, NVwZ 2013, ...

gliedstaaten dem Zugangsgebot der UIRL durch einen beliebig weiten Gesetzesbegriff ausweichen könnten. In Deutschland z.B. könnte man fragen, ob nicht jedweder abstrakter Rechtssatz, z.B. auch Satzungen, konsequenterweise vom Informationszugang ausgenommen werden sollten. Derartiges scheint der EuGH dann doch nicht zu wünschen, wenn er auf den Effet-utile-Grundsatz respektive das europarechtliche Vereitelungsverbot verweist. Unklar ist allerdings wie eine „praktische Wirksamkeit“ des EuGH-Urteils überhaupt noch sinnvoll bestimmt werden soll, wenn den Mitgliedstaaten gleichzeitig freigestellt wird, den Gegenstand der praktischen Wirksamkeit – nämlich den Gesetzesbegriff bezogen auf die jeweils gebotene informationelle Transparenz – nach freiem Belieben zu definieren. Letztlich kann dies jedoch nicht gemeint sein: Denn der EuGH referiert im Urteil ausdrücklich, dass es um eine Verordnung und ggf. um die Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 1 UIG geht und gibt durch den Argumentationsgang letztlich zu erkennen, dass er den Bedenken des Instanzgerichts folgt.

Versteht man das EuGH-Urteil im zuletzt beschriebenen Sinne, erscheint das teleologische Argument für die Transparenz (allein) bei untergesetzlichen Rechtsnormen, das auf den Schutzzweck der Norm verweist, nicht vollauf überzeugend, wenn nicht gar zirkelschlüssig. Dabei zeigt sich das doppelte Grundproblem teleologischer Auslegung, dass sowohl der jeweilige Schutzzweck einer Norm als auch die Prognosen über die Folgen für diesen Schutzzweck von – einmal normativen, einmal tatsächlichen – Unsicherheiten geprägt sind (weswegen die teleologische Auslegung ohne eindeutige Zwecke und klare Faktenbestimmung auch eher unterbleiben sollte).<sup>9</sup> Bezogen auf den Schutzzweck ist in der UIRL schon seine Bestimmung schwierig, weil zwar ersichtlich mehr Publizität einschließlich Informationsverfügbarkeit und Transparenz erstrebt ist, gleichzeitig aber gerade die Ausnahmen (und auch generell die Determinanten einer freiheitlichen Ordnung, die über die Grundrechte auf die Interpretation systematisch einstrahlt) zeigen, dass auch Geheimhaltung und Privatheit eine Rolle spielen dürfen.<sup>10</sup> Unklar ist insbesondere, wie man erkennen soll, dass der Schutzzweck der UIRL eine besondere Ungestörtheit bei parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren erfordert, bei Verordnungsgebungsverfahren dagegen nicht. Auch dass in förmlichen Gesetzgebungsverfahren durch mehr mediale Aufmerksamkeit usw. auch ohne Informationszugangsansprüche per se Transparenz herrsche, wird der hohen Komplexität moderner Politik ebenso wenig gerecht wie den Realitäten einer multimedialen, von vielfältigen Zerstreungen und Optionen geprägten Gesellschaft. Und worin genau bestehen empirisch überhaupt die Effekte, wenn man in Rechtsetzungsverfahren Transparenz herstellt? Möglicherweise verlagern sich einfach nur noch mehr Kontakte mit Lobbygruppen in mündliche Gespräche statt in schriftlich einsehbare Korrespondenzen (wie sie Gegenstand des EuGH-Urteils waren). Und dagegen richtet dann die beste Akteneinsichts-Transparenz durch das UIG nichts mehr aus.

Auch das Wortlautargument des EuGH für die informationelle Transparenz allein für Rechtsetzungsverfahren unterhalb von förmlichen Gesetzen erscheint nicht zwingend. Denn als „gesetzgebend“ kann nicht nur bei teleologischer, sondern auch bei grammatischer Betrachtung auch die Tätigkeit der Rechtsetzung unterhalb der Ebene förmlicher Gesetzgebung cha-

---

<sup>9</sup> Dazu m.w.N. Ekardt, Theorie, § 1 D. III. 4.; optimistischer (und wenig auf die genannten Probleme eingehend) die deutsche Rechtsprechungstradition seit BVerfGE 11, 126 (130).

<sup>10</sup> Vgl. zum Ganzen Jestaedt, AöR 2001, 204 ff.; Gallwas, NJW 1992, 2785 ff.; Rössler, Der Wert des Privaten, 2001; Heitsch, Die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane im Lichte des Transparenzprinzips, 2003, S. 71 f.; Kloepfer, in: Falke/ Schlacke (Hg.), Neue Entwicklungen im Umwelt- und Verbraucherrecht, 2004, S. 84.

rakterisiert werden; und dies gilt nicht allein für die deutsche Sprache – auch der Begriff „legislation“ im Englischen z.B. ist durchaus offen bezüglich der Frage, ob eher Parlamentsgesetze oder eher ein weites Feld abstrakt-genereller Rechtssätze gemeint ist.

Nicht ganz klar ist ferner der Umgang des EuGH schon im Flachglas-Torgau-Urteil mit dem einschränkenden Zusatz in § 2 Nr. 2 Satz 3 UIRL, nach welchem der Informationszugangsausschluss für die Gesetzgebung davon abhängig gemacht wird, dass die handelnden Organe im jeweiligen Land keinem gerichtlichen Überprüfungsverfahren unterliegen. Diese Normierung erklärt der EuGH für unbeachtlich, ohne dies freilich näher zu begründen.<sup>11</sup> In Deutschland hätte die Formulierung, wenn man sie ernst nimmt, unklare Folgen, da es hierzulande traditionell vor dem Aufkommen der europäischen Regelungen seit 1990 kein Umweltinformationsrecht einschließlich eines Rechtsschutzes gab – gleichzeitig aber ein Rechtsschutz auch gegen die Gesetzgebung in Deutschland grundsätzlich sehr wohl existiert.

Einleuchtend erscheint dagegen das systematische Argument des EuGH aus Art. 8 AK i.V.m. dem Erwägungsgrund 5 der UIRL, welcher – wie oben zitiert – eine Übereinstimmung von Unionsrecht und AK einfordert und untergesetzliche Rechtsnormen der Transparenz unterwirft.<sup>12</sup> Die eingangs dieses Abschnitts aufgeworfene Frage, ob denn nun – kurz gesagt – für Verordnungsverfahren informationelle Transparenz geboten ist oder nicht, bleibt damit freilich unverändert offen. Denn man kann erneut fragen, ob Verordnungen im Sinne des Art. 8 AK als „exekutivische Vorschriften“ oder zumindest als „allgemein anwendbare rechtsverbindliche Bestimmung“ zu betrachten sind. Tendenziell mag man dies bejahen und damit dem EuGH-Urteil dann vielleicht doch noch einen relativ konkreten Gehalt entnehmen.

#### **IV. UIG, Wissen und prozedurales Umweltrecht – überschätzt von Freund und Feind?**

Der von Anfang an hochkontroversen Debatte um das Umweltinformationsrecht und seine Implikationen für einen besseren Umweltschutz, eine gestärkte Demokratie und/ oder einen beeinträchtigten Wirtschaftsstandort<sup>13</sup> wird mit der absehbaren Kontroverse um die EuGH-Entscheidung ein weiteres Kapitel hinzugefügt. Bereits beim Streit um die weiteren prozeduralen Umweltrechtsinstrumente Verbandsklage und die UVP ist eine Frontstellung deutlich geworden, dass ein Thema aus ganz unterschiedlichen Gründen von gegensätzlichen Seiten als gleichermaßen zentral erlebt wird, ohne dass dies der realen Bedeutung der prozeduralen Instrumente immer entspricht. Dieser andernorts gestellte Befund<sup>14</sup> sei hier nicht erneut vertieft, sondern es sei konkret zu informationellen Instrumenten nur auf eines hingewiesen, das vielleicht die verhärteten Fronten im Informationsrecht ein wenig relativieren könnte. Informationszugangsansprüche zielen auf Wissen. „Wissen ist Macht“, schrieb zur Reformationszeit Francis Bacon. Doch der Faktor Wissen wird in seiner Relevanz für das Verhalten von

---

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, NVwZ 2012, 491 ff.

<sup>12</sup> Die h.M. lehnt im Übrigen – vom EuGH unerörtert – das weitere denkbare systematische Argument, dass informationelle Transparenz schon grundrechtlich geschuldet ist, ab; vgl. Düwel, Das Amtsgeheimnis, 1965, S. 114 (115); Krieger, Das Recht des Bürgers auf behördliche Auskunft, 1972, S. 105 ff.; Schwan, Amtsgeheimnis oder Aktenöffentlichkeit? Der Auskunftsanspruch des Betroffenen, das Grundrecht auf Datenschutz und das Prinzip der Aktenöffentlichkeit, 1984, S. 92 ff.; Windsheimer, Die „Information“ als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, 1968, S. 158; Schmitt Glaeser, Jura 1987, 567 (571); a.A. Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, BT-Drs. VI/ 3826 Anlage 1, S. 62 ff.; Ekardt, Information, § 3 A.

<sup>13</sup> Vgl. zur Debatte m.w.N. Ekardt, Information, § 3 A.-B.

<sup>14</sup> Vgl. Ekardt/ Schenderlein, NVwZ 2008, 1059 ff. und die beiden ersten Nachweise in Fn. 1.

Menschen (mögen es Behördenmitarbeiter, Politiker, Unternehmer oder Bürger sein) mitunter auch überschätzt. Die Verhaltensforschung in der Schnittmenge von Soziologie, Psychologie, Ökonomik, Biologie u.a.m. hat gezeigt, dass Normalitätsvorstellungen, Gefühle, Pfadabhängigkeiten, tradierte Wertvorstellungen menschliches Verhalten oft stärker prägen als bloßes Wissen.<sup>15</sup> Wenn man mehr wissen wollte, etwa über den Umweltschutz, könnte man dies heute regelmäßig schon. Zudem: Wohl niemand bezweifelt – mit oder ohne entsprechenden Informationszugang – ernstlich den starken Einfluss von Lobbygruppen auf das praktische Handeln öffentlicher Gewalten, auch wenn diese Faktizität bestimmten normativen Idealen ggf. nicht voll entspricht, und trotzdem scheint dies die meisten Bürger (leider) nicht zu interessieren. Auch ein – eventuell – durch EuGH-Urteile ermöglichtes *Wissen* erspart einer liberal-demokratischen Gesellschaft daher nicht die Frage, welche demokratischen Standards ihre Bürger mit Nachdruck einfordern *wollen*.

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu m.w.N. Steinberg, Repräsentation, S. 100 ff.; Ekardt, Theorie, § 2; grundlegend z.B. Simon, Quarterly Journal of Economics 1955, 99 ff.