

ÜBERSETZUNG

Geschäftsverzeichnismrn. 4421, 4422, 4423, 4431 und 4441
Urteil Nr. 25/2009 vom 18. Februar 2009

URTEILSAUSZUG

In Sachen: Präjudizielle Fragen in Bezug auf die Artikel 47*sexies* § 3, 47*septies* § 2, 235*ter* und 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches, gestellt vom Kassationshof.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Vorsitzenden M. Bossuyt und M. Melchior, und den Richtern P. Martens, R. Henneuse, L. Lavrysen, J.-P. Moerman und E. Derycke, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Vorsitzenden M. Bossuyt,

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

*

* *

I. Gegenstand der präjudiziellen Fragen und Verfahren

a. In drei Urteilen vom 15. Januar 2008 in Sachen H.E. und I.E., P.V. beziehungsweise K.S. und J.S., deren Ausfertigungen am 29. Januar 2008 in der Kanzlei des Hofes eingegangen sind, hat der Kassationshof jeweils folgende präjudizielle Frage gestellt:

« Verstößt Artikel 235ter und/oder Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, indem darin keine direkte Kassationsbeschwerde gegen ein Urteil der Anklagekammer bei einer Prüfung der vertraulichen Akte gemäß den Artikeln 189ter und/oder 235ter [beziehungsweise '189ter und 235ter'] des Strafprozessgesetzbuches, wobei es sich um ein vorbereitendes Urteil handelt, vorgesehen ist, während Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in Abweichung von Absatz 1 dieses Artikels eine direkte Kassationsbeschwerde gegen das in Anwendung von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches bezüglich der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens verkündete Urteil der Anklagekammer ermöglicht, das ein ähnliches vorbereitendes Urteil ist wie jenes, das in Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches ergeht? ».

b. In seinem Urteil vom 29. Januar 2008 in Sachen V.I., dessen Ausfertigung am 14. Februar 2008 in der Kanzlei des Hofes eingegangen ist, hat der Kassationshof folgende präjudizielle Fragen gestellt:

1. « Verstößt Artikel 235ter und/oder Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, indem darin keine direkte Kassationsbeschwerde gegen ein Urteil der Anklagekammer bei einer Prüfung der vertraulichen Akte gemäß den Artikeln 189ter und/oder 235ter des Strafprozessgesetzbuches, wobei es sich um ein vorbereitendes Urteil handelt, vorgesehen ist, während Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in Abweichung von Absatz 1 dieses Artikels eine direkte Kassationsbeschwerde gegen das in Anwendung von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches bezüglich der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens verkündete Urteil der Anklagekammer ermöglicht, das ein ähnliches vorbereitendes Urteil ist wie jenes, das in Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches ergeht? »;

2. « Verstößt Artikel 235ter § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, insofern Personen, die Gegenstand einer Observation sind, im Hinblick auf die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit dieser Observation keine Kopie der Strafakte erhalten dürfen und nur über einen Zeitraum von 48 Stunden verfügen, um die Strafakte einzusehen, während andere Personen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, weil sie Gegenstand einer ebenso tiefgreifenden Verletzung ihres Privatlebens sind, wie dies bei einem Haussuchungsbeschluss oder einem Beschluss zum Abhören von Telefongesprächen der Fall ist, deren Ordnungsmäßigkeit sehr wohl anhand einer Kopie der Strafakte prüfen können und ebenfalls über einen längeren Zeitraum als 48 Stunden verfügen, um diese Ordnungsmäßigkeit zu prüfen? »;

3. « Verstoßen die Artikel 47sexies § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 und 47septies § 2 in Verbindung mit Artikel 235ter § 2 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, insofern die Personen, die Gegenstand der besonderen Ermittlungsmethode der Observation

sind, nicht in einer kontradiktorischen Debatte, in Anwesenheit aller Verfahrensparteien, anhand aller Bestandteile der Strafakte, innerhalb der erforderlichen Zeit, mit den erforderlichen Fazilitäten und mit kontradiktorischer Anhörung von Zeugen die Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethode der Observation bestreiten können, während andere Personen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, weil sie Gegenstand eines Haussuchungsbeschlusses oder eines Beschlusses zum Abhören von Telefongesprächen sind, sehr wohl in einer kontradiktorischen Debatte, in Anwesenheit aller Verfahrensparteien, anhand aller Bestandteile der Strafakte, innerhalb der erforderlichen Zeit, mit den erforderlichen Fazilitäten und mit kontradiktorischer Anhörung von Zeugen die Ordnungsmäßigkeit des Haussuchungsbeschlusses oder des Beschlusses zum Abhören von Telefongesprächen bestreiten können? ».

c. In seinem Urteil vom 19. Februar 2008 in Sachen W.S., dessen Ausfertigung am 3. März 2008 in der Kanzlei des Hofes eingegangen ist, hat der Kassationshof folgende präjudizielle Frage gestellt:

« Verstößt Artikel 235^{ter} und/oder Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, indem darin keine direkte Kassationsbeschwerde gegen ein Urteil der Anklagekammer bei einer Prüfung der vertraulichen Akte gemäß den Artikeln 189^{ter} und/oder 235^{ter} des Strafprozessgesetzbuches, wobei es sich um ein vorbereitendes Urteil handelt, vorgesehen ist, während Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in Abweichung von Absatz 1 dieses Artikels eine direkte Kassationsbeschwerde gegen das in Anwendung von Artikel 235^{bis} des Strafprozessgesetzbuches bezüglich der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens verkündete Urteil der Anklagekammer ermöglicht, das ein ähnliches vorbereitendes Urteil ist wie jenes, das in Anwendung von Artikel 235^{ter} des Strafprozessgesetzbuches ergeht? ».

Diese unter den Nummern 4421, 4422, 4423, 4431 und 4441 ins Geschäftsverzeichnis des Hofes eingetragenen Rechtssachen wurden verbunden.

(...)

III. In rechtlicher Beziehung

(...)

In Bezug auf die präjudizielle Frage in den Rechtssachen Nrn. 4421, 4422, 4423 und 4441 sowie die erste präjudizielle Frage in der Rechtssache Nr. 4431

B.1. Mit den vorstehend zitierten präjudiziellen Fragen - die in jeder der verbundenen Rechtssachen auf identische Weise formuliert sind - fragt der Kassationshof, ob die Artikel 235ter und 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in der Fassung vor ihrer Abänderung durch das Gesetz vom 16. Januar 2009 « zur Abänderung der Artikel 189ter, 235ter, 335bis und 416 des Strafprozessgesetzbuches » (*Belgisches Staatsblatt* vom 16. Januar 2009, zweite Ausgabe) (nachstehend: Gesetz vom 16. Januar 2009) mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung vereinbar seien, da dieser Artikel 416 Absatz 2 keine Möglichkeit vorsehe für eine direkte Kassationsbeschwerde gegen ein vorbereitendes Urteil der Anklagekammer über die auf der Grundlage der vertraulichen Akte erfolgende Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung gemäß Artikel 189ter oder Artikel 235ter in der Fassung vor ihrer Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009, während aufgrund von Artikel 416 Absatz 2 wohl eine direkte Kassationsbeschwerde möglich sei gegen die vorbereitenden Urteile der Anklagekammer über die Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens gemäß Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches.

In seinem Urteil Nr. 111/2008 vom 31. Juli 2008 hat der Hof identische präjudizielle Fragen beantwortet.

Der Hof äußert sich nicht zu den etwaigen Auswirkungen des Gesetzes vom 16. Januar 2009 auf die Rechtssachen, die zu den gegenwärtigen präjudiziellen Fragen Anlass gegeben haben.

B.2.1. Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 12. März 1998 zur Verbesserung des Strafverfahrens im Stadium der Voruntersuchung und der gerichtlichen Untersuchung (*Belgisches Staatsblatt*, 2. April 1998), bestimmt:

« § 1. Bei der Regelung des Verfahrens überprüft die Anklagekammer auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder auf Antrag einer der Parteien die Regelmäßigkeit des ihr vorgelegten Verfahrens. Sie kann dies auch von Amts wegen tun.

§ 2. Die Anklagekammer verfährt auf die gleiche Weise in den anderen Fällen, in denen sie mit der Sache befasst wird.

§ 3. Wenn die Anklagekammer von Amts wegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens überprüft und ein Nichtigkeits-, Unzulässigkeits- oder Erlöschensgrund für die Strafverfolgung bestehen könnte, ordnet sie die Wiedereröffnung der Verhandlung an.

§ 4. Die Anklagekammer hört - in öffentlicher Sitzung, wenn sie sich auf Antrag einer der Parteien dafür entscheidet - die Ausführungen des Generalprokurators, der Zivilpartei und des Beschuldigten an.

§ 5. Die in Artikel 131 § 1 erwähnten beziehungsweise den Verweisungsbeschluss betreffenden Unregelmäßigkeiten, Versäumnisse oder Nichtigkeitsgründe, die von der Anklagekammer überprüft worden sind, können nicht mehr vor dem Tatsachenrichter aufgeworfen werden, unbeschadet der Gründe, die sich auf die Beweiswürdigung beziehen oder die öffentliche Ordnung betreffen. Gleiches gilt für die die Strafverfolgung betreffenden Unzulässigkeits- oder Erlöschensgründe, außer wenn sie nach der Verhandlung vor der Anklagekammer entstanden sind. Die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen sind nicht anwendbar auf Parteien, die erst nach der Verweisung an das erkennende Gericht am Verfahren beteiligt worden sind, außer wenn die Aktenstücke gemäß Artikel 131 § 2 beziehungsweise § 6 des vorliegenden Artikels aus der Akte entfernt werden.

§ 6. Stellt die Anklagekammer eine Unregelmäßigkeit, ein Versäumnis oder einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von Artikel 131 § 1 oder einen die Strafverfolgung betreffenden Unzulässigkeits- oder Erlöschensgrund fest, spricht sie gegebenenfalls die Nichtigkeit der davon betroffenen Handlung und eines Teils oder der Gesamtheit des darauf folgenden Verfahrens aus. Die für nichtig erklärten Aktenstücke werden aus der Akte entfernt und nach Ablauf der Frist für eine Kassationsbeschwerde bei der Kanzlei des Gerichts Erster Instanz hinterlegt ».

B.2.2. Der in den präjudiziellen Fragen ebenfalls erwähnte Artikel 189ter des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005 zur Abänderung verschiedener Bestimmungen des Strafprozessgesetzbuches und des Gerichtsgesetzbuches im Hinblick auf die Verbesserung der Untersuchungsmethoden im Kampf gegen den Terrorismus und das schwere und organisierte Verbrechen (*Belgisches Staatsblatt*, 30. Dezember 2005), bestimmte vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009:

« Das Gericht kann auf der Grundlage konkreter Elemente, die erst nach der gemäß Artikel 235ter ausgeübten Kontrolle durch die Anklagekammer ans Licht gekommen sind, entweder von Amts wegen oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder auf Ersuchen des Angeklagten, der Zivilpartei oder ihrer Rechtsanwälte, die Anklagekammer damit beauftragen,

die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung in Anwendung von Artikel 235ter zu kontrollieren.

Dieser Antrag oder dieses Ersuchen muss, um nicht zu verfallen, vor jeglichem anderen Rechtsmittel vorgebracht werden, außer wenn dieses Rechtsmittel konkrete und neue Elemente betrifft, die während der Sitzung ans Licht gekommen sind.

Das Gericht übermittelt der Staatsanwaltschaft die Akte, um die Sache zu diesem Zweck vor die Anklagekammer zu bringen ».

B.2.3. Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, ebenfalls eingefügt durch das vorerwähnte Gesetz vom 27. Dezember 2005, bestimmte vor der Nichtigerklärung seines Paragraphen 6 durch das Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007 und vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009:

« § 1. Die Anklagekammer ist damit beauftragt, die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung zu kontrollieren.

Sobald die Ermittlung, bei der die besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung angewandt worden sind, abgeschlossen ist und bevor die Staatsanwaltschaft die direkte Ladung vornimmt, untersucht die Anklagekammer auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Ordnungsmäßigkeit dieser Methoden.

Sobald der Untersuchungsrichter dem Prokurator des Königs aufgrund von Artikel 127 § 1 Absatz 1 seine Akte übermittelt, untersucht die Anklagekammer auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung, die im Rahmen der gerichtlichen Untersuchung oder der ihr vorangegangenen Ermittlung angewandt worden sind.

§ 2. Die Anklagekammer befindet binnen dreißig Tagen nach Erhalt des Antrags der Staatsanwaltschaft. Diese Frist wird auf acht Tage herabgesetzt, wenn einer der Beschuldigten sich in Untersuchungshaft befindet.

Die Anklagekammer hört die Ausführungen des Generalprokurators separat und in Abwesenheit der Parteien an.

Auf die gleiche Weise hört sie die Zivilpartei und den Beschuldigten an, nachdem diese spätestens achtundvierzig Stunden vor der Sitzung per Telefax oder per Einschreibebrief vom Greffier vorgeladen worden sind. In der Vorladung teilt der Greffier ihnen ebenfalls mit, dass die Strafakte ihnen während dieses Zeitraums in der Gerichtskanzlei im Original oder als Abschrift zur Einsichtnahme zur Verfügung steht.

Die Anklagekammer kann, was die angewandten besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung betrifft, den Untersuchungsrichter und den in den Artikeln 47sexies § 3 Nr. 6 und 47octies § 3 Nr. 6 erwähnten Gerichtspolizeioffizier separat und in Abwesenheit der Parteien anhören.

Die Anklagekammer kann den Untersuchungsrichter damit beauftragen, die mit der Durchführung der Observation und Infiltrierung beauftragen Polizeibeamten und die in Artikel 47^{octies} § 1 Absatz 2 erwähnte Zivilperson in Anwendung von Artikel 86^{bis} und 86^{ter} anzuhören. Sie kann beschließen, der vom Untersuchungsrichter geführten Anhörung beizuwohnen oder eines ihrer Mitglieder zu diesem Zweck abzuordnen.

§ 3. Die Staatsanwaltschaft legt dem Vorsitzenden der Anklagekammer die in den Artikeln 47^{septies} § 1 Absatz 2 oder 47^{novies} § 1 Absatz 2 erwähnte vertrauliche Akte vor, die sich auf die in § 1 erwähnte Ermittlung oder gerichtliche Untersuchung bezieht. Nur die Magistrate der Anklagekammer haben das Recht, diese vertrauliche Akte einzusehen.

Der Vorsitzende der Anklagekammer ergreift die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung der vertraulichen Akte. Nachdem er von der vertraulichen Akte Kenntnis genommen hat, gibt er sie der Staatsanwaltschaft unverzüglich zurück.

§ 4. Im Entscheid der Anklagekammer darf weder der Inhalt der vertraulichen Akte noch irgendein Element, das die verwendeten technischen Mittel und die polizeilichen Untersuchungstechniken oder die Gewährleistung der Sicherheit und der Anonymität des Informanten, der Polizeibeamten, die mit der Durchführung der Observation oder Infiltrierung beauftragt sind, und der in Artikel 47^{octies} § 1 Absatz 2 erwähnten Zivilperson gefährden könnte, Erwähnung finden.

§ 5. Im Übrigen wird gemäß Artikel 235^{bis} §§ 5 und vorgegangen.

§ 6. Gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer kann kein Rechtsbehelf eingelegt werden ».

B.2.4. Artikel 416 des Strafprozessgesetzbuches in der durch die Gesetze vom 12. März 1998 (*Belgisches Staatsblatt*, 2. April 1998), 19. Dezember 2002 (*Belgisches Staatsblatt*, 14. Februar 2003) und 13. Juni 2006 (*Belgisches Staatsblatt*, 19. Juli 2006) abgeänderten Fassung bestimmte vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009:

« Eine Kassationsbeschwerde gegen vorbereitende Urteile und Untersuchungsurteile oder gegen in letzter Instanz ergangene Urteile gleicher Art kann erst nach dem Endurteil eingelegt werden; die freiwillige Vollstreckung dieser vorbereitenden Urteile kann auf keinen Fall als Unzulässigkeitsgrund geltend gemacht werden.

Der vorige Absatz findet weder Anwendung auf Urteile über die Zuständigkeit oder in Anwendung der Artikel 135 und 235^{bis}, noch auf Urteile über Zivilklagen in Bezug auf den Grundsatz der Haftbarkeit, noch auf Urteile, mit denen gemäß Artikel 524^{bis} § 1 über die Strafverfolgung befunden und eine besondere Untersuchung über die Vermögensvorteile angeordnet wird, noch auf Verweisungsurteile gemäß Artikel 57^{bis} des Gesetzes vom 8. April 1965 über den Jugendschutz, die Betreuung Minderjähriger, die eine als Straftat qualifizierte Tat begangen haben, und die Wiedergutmachung des durch diese Tat verursachten Schadens ».

B.3. Die Nichtigerklärung von Paragraph 6 von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches durch das angeführte Urteil Nr. 105/2007 beruhte auf folgenden Erwägungen:

« B.16.1. Die Parteien führen sodann an, Artikel 235ter § 6 des Strafprozessgesetzbuches verstoße gegen die Rechte der Verteidigung, indem er bestimme, dass gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer kein Rechtsmittel möglich sei. So werde ohne Rechtfertigung ein Behandlungsunterschied im Vergleich zu anderen Verfahren eingeführt, wie dasjenige von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches, in denen gegen die Entscheidung der Anklagekammer über die Ordnungsmäßigkeit des Strafverfahrens sehr wohl ein Rechtsmittel eingelegt werden könne.

B.16.2. Die Artikel 407, 408, 409 und 413 des Strafprozessgesetzbuches sehen eine Kassationsbeschwerde für alle endgültigen Urteile vor. Gemäß Artikel 416 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches ist eine Kassationsbeschwerde gegen vorbereitende Urteile und Untersuchungsurteile oder gegen Urteile in letzter Instanz derselben Art erst nach dem endgültigen Urteil möglich. Artikel 416 Absatz 2 gestattet ausnahmsweise in einer begrenzten Anzahl von Fällen eine unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen Urteile, die nicht endgültig sind. Zu diesen Ausnahmen gehören unter anderem die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches über die Ordnungsmäßigkeit des Strafverfahrens.

B.16.3. Indem Artikel 235ter § 6 bestimmt, dass ‘ gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer [...] kein Rechtsbehelf eingelegt werden [kann] ’, beschränkt er sich nicht darauf, die Regel anzuwenden, wonach eine Kassationsbeschwerde erst nach dem endgültigen Urteil möglich ist. Er schließt aus, dass selbst eine nach dem endgültigen Urteil eingereichte Kassationsbeschwerde sich auf die durch die Anklagekammer ausgeübte Kontrolle der vertraulichen Akte nach Beendigung der Ermittlung oder der gerichtlichen Untersuchung beziehen kann.

Eine solche Abweichung von den in B.16.2 in Erinnerung gerufenen Regeln ist nur annehmbar, wenn es vernünftigerweise gerechtfertigt ist, einer Kategorie von Personen die Möglichkeit einer Beschwerde vor dem Kassationshof vorzuenthalten.

B.16.4. Der Ausschluss der Kassationsbeschwerde gegen Urteile, die in Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gefällt werden, wurde durch die notwendigerweise geheime Beschaffenheit der Angaben der vertraulichen Akte gerechtfertigt, die ausschließlich durch die Magistrate der Anklagekammer kontrolliert werden können (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, S. 63).

Eine solche Sorge könnte rechtfertigen, dass nur die Magistrate des Kassationshofes das Recht auf Einsichtnahme in die vertrauliche Akte haben könnten und dass der Vorsitzende der befassten Kammer die erforderlichen Maßnahmen ergreifen würde, um den Schutz der vertraulichen Akte zu gewährleisten, wie dies in Bezug auf das Verfahren vor der Anklagekammer in Artikel 235ter § 3 vorgesehen ist. Indem der Gesetzgeber jedoch jedes Rechtsmittel gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte ausgeschlossen hat, hat er die Grenzen dessen überschritten, was notwendig war, um die Geheimhaltung der in dieser Akte enthaltenen sensiblen Daten zu gewährleisten.

B.16.5. Die bemängelte Maßnahme wurde durch einen Vergleich ‘ mit dem Zustand, der durch das Gesetz vom 8. April 2002 über die Anonymität der Zeugen entstanden ist ’ gerechtfertigt, wobei der Kassationshof ‘ keine direkte Kontrolle ausüben darf, um zu prüfen, ob die Vorschriften von Artikel 156 des Strafprozessgesetzbuches eingehalten werden, oder der Zeuge eine Person ist, der das Recht, als Zeuge aufzutreten, entzogen wurde, oder ein Minderjähriger unter 15 Jahren, die folglich keinen Eid ablegen können ’, da diese Angaben zur Identität in einem geheimen oder vertraulichen Register eingetragen sind, das ‘ dem Berufsgeheimnis unterliegt und in keinem Fall der Straftakte beigelegt werden kann ’ und das ‘ folglich dem Kassationshof nicht mitgeteilt werden darf ’ (ebenda).

Die Rechtfertigung einer Maßnahme kann sich nicht daraus ergeben, dass eine ähnliche Maßnahme in einer anderen, nicht vergleichbaren Angelegenheit ergriffen wurde. Die Maßnahmen der Infiltrierung und Observation können eine Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung darstellen, die durch Verfassungs- und Vertragsnormen gewährleistet werden, in Bezug auf die der Kassationshof, selbst von Amts wegen, eine Kontrolle der Gerichtsentscheidungen ausüben kann, was voraussetzt, dass er Zugang zu den vertraulichen Daten hat. Darüber müssen diese Maßnahmen den Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität im Sinne der Artikel 47^{sexies} § 2 und 47^{octies} § 2 des Strafprozessgesetzbuches entsprechen, was zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit gehört, die der Kassationshof ausüben muss.

B.16.6. Sodann wird angeführt, dass der Schutz der vertraulichen Akte ein höheres Interesse sei und dass man keinerlei Risiko eingehen könne, da namentlich das Leben der Infiltrierer auf dem Spiel stehe.

Da jeder Magistrat an das Berufsgeheimnis gebunden ist, ist es nicht zu rechtfertigen, dass dem Kassationshof der Zugang zu einer durch die Anklagekammer kontrollierten Akte verweigert wird, da die Vertraulichkeit dieser Akte auf die gleiche Weise innerhalb dieser beiden Gerichte gewährleistet werden kann.

B.16.7. In der Begründung des fraglichen Gesetzes wurden ebenfalls die ‘ weitgehenden Verfahrensgarantien, die das Recht auf ein faires Verfahren während der Behandlung vor der Anklagekammer auf der Grundlage von Artikel 235^{ter} des Strafprozessgesetzbuches gewährleisten müssen ’ hervorgehoben (ebenda, S. 82; *Parl. Dok.*, Senat, 2005-2006, Nr. 3-1491/3, S. 17).

B.16.8. Der Umstand, dass weitgehende Garantien bei der von der Anklagekammer durchgeführten Kontrolle vorgesehen sind, kann nicht rechtfertigen, dass die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit durch den Kassationshof ausgeschlossen wird, die insbesondere die Einhaltung dieser Garantien umfassen muss.

B.16.9. Es wird auch angeführt, dass der Kassationshof eine Kontrolle über die juristischen Folgen der Kontrolle der Anklagekammer ausübt, wenn beim Kassationshof eine Rechtssache anhängig gemacht wird in Anwendung von Artikel 235^{bis}. Diese Kontrolle erlaubt es dem Kassationshof jedoch nicht, Kenntnisse über Daten zu erlangen, deren Untersuchung die Anklagekammer gegebenenfalls dazu veranlasst hat, auf die Gesetzmäßigkeit oder die Gesetzwidrigkeit der bemängelten Maßnahmen zu schließen.

B.16.10. Schließlich wird angeführt, dass die Entscheidung der Anklagekammer nicht endgültig sei und dass der Tatsachenrichter in Anwendung der Artikel 189^{ter} und 335^{bis} des

Strafprozessgesetzbuches die Anklagekammer beauftragen könne, die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung erneut zu kontrollieren, in Anwendung von Artikel 235^{ter}.

Diese Möglichkeit, die nur für den Fall vorgesehen ist, dass konkrete Angaben ‘ nach der Kontrolle durch die Anklagekammer ans Licht gekommen sind ’, ist nicht der vom Kassationshof in Strafsachen ausgeübte Kontrolle der Gesetzmäßigkeit gleichzusetzen.

B.16.11. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass Artikel 235^{ter} § 6 einen Behandlungsunterschied einführt, der nicht vernünftigerweise gerechtfertigt ist. Diese Bestimmung ist für nichtig zu erklären ».

B.4. Nach der Nichtigkeitsklärung von Artikel 235^{ter} § 6 des Strafprozessgesetzbuches durch sein Urteil Nr. 105/2007 hat der Hof eine Reihe von präjudiziellen Fragen für gegenstandslos erklärt, insofern sie sich auf das Fehlen einer Berufungsmöglichkeit gegen die Urteile der Anklagekammer über die Prüfung der vertraulichen Akte bezogen (Urteile Nrn. 107/2007 vom 26. Juli 2007, 109/2007 vom 26. Juli 2007, 126/2007 vom 4. Oktober 2007, 6/2008 vom 17. Januar 2008 und 18/2008 vom 14. Februar 2008).

B.5. Als der Gesetzgeber durch das Gesetz vom 12. März 1998 zur Verbesserung des Strafverfahrens im Stadium der Voruntersuchung und der gerichtlichen Untersuchung, wodurch Artikel 235^{bis} in das Strafprozessgesetzbuch eingefügt wurde, vorschrieb, dass Unregelmäßigkeiten, Versäumnisse oder Nichtigkeitsgründe im Sinne von Artikel 131 § 1 oder in Bezug auf den Verweisungsbeschluss, die durch die Anklagekammer untersucht wurden, grundsätzlich nicht mehr vor dem Tatsachenrichter geltend gemacht werden können, mit Ausnahme der Gründe im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung oder der öffentlichen Ordnung (Artikel 235^{bis} § 5), hat er in Bezug auf die Urteile der Anklagekammer auf der Grundlage des vorerwähnten Artikels 235^{bis} gleichzeitig eine zusätzliche Ausnahme zu der Regel von Artikel 416 Absatz 1 vorgesehen, die bestimmt, dass eine Kassationsbeschwerde erst nach dem Endurteil möglich ist.

In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es diesbezüglich:

« Insofern die Gründe, die durch Ausübung des im Entwurf von Artikel 135 des Strafprozessgesetzbuches vorgesehenen Rechtsmittels angeführt oder im Rahmen des Entwurfs von Artikel 235 des Strafprozessgesetzbuches vorgelegt werden, nicht mehr vor dem Tatsachenrichter geltend gemacht werden können, musste der Beschuldigte die Möglichkeit erhalten, unmittelbar eine Kassationsbeschwerde gegen eine negative Entscheidung der Anklagekammer einzulegen. Der Entwurf soll hier eine neue Ausnahme zu der Regel vorsehen,

die im heutigen Artikel 416 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches enthalten ist und die bestimmt, dass eine Kassationsbeschwerde gegen vorbereitende Urteile oder Untersuchungsurteile unzulässig sind, bevor eine endgültige Entscheidung zur Sache verkündet wurde. Da die Fragen über die Ordnungsmäßigkeit der Untersuchung bei der Regelung des Verfahrens endgültig behandelt werden können, ist es notwendig, dass sie gegebenenfalls durch den Kassationshof geprüft werden können » (*Parl. Dok.*, Kammer, 1996-1997, Nr. 857/1, S. 71).

B.6. Aufgrund von Artikel 235*bis* des Strafprozessgesetzbuches obliegt es der Anklagekammer, die Ordnungsmäßigkeit des ihr unterbreiteten Verfahrens zu kontrollieren, entweder von Amts wegen oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder auf Antrag einer der Parteien. Gegebenenfalls werden die mit Mängeln behafteten Handlungen für nichtig erklärt und die für nichtig erklärten Aktenstücke aus der Akte entfernt und nach Ablauf der Frist für eine Kassationsbeschwerde bei der Kanzlei des Gerichts erster Instanz hinterlegt (Artikel 235*bis* § 6). Aufgrund von Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in der durch das Gesetz vom 12. März 1998 abgeänderten Fassung ist gegen die Entscheidung der Anklagekammer gemäß Artikel 235*bis* unmittelbar eine Kassationsbeschwerde möglich.

B.7. Infolge des Urteils des Hofes Nr. 202/2004 vom 21. Dezember 2004 hat der Gesetzgeber durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005 Artikel 235*ter* in das Strafprozessgesetzbuch eingefügt. Aufgrund dieser Bestimmung kontrolliert die Anklagekammer die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung anhand der vertraulichen Akte.

B.8. In seinem vorerwähnten Urteil Nr. 105/2007 hat der Hof Paragraph 6 von Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches - der jegliches Rechtsmittel gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer aufgrund von Artikel 235*ter* ausschloss - für nichtig erklärt, weil er ohne Rechtfertigung die Kategorie von Personen, die Gegenstand einer Untersuchungsmethode der Observation und Infiltrierung waren, von der Möglichkeit ausschloss, Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidung der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches einzureichen, während diese Möglichkeit wohl gegen die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235*bis* des Strafprozessgesetzbuches geboten wurden.

Aus der Nichtigerklärung von Paragraph 6 von Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches ergab sich, dass ebenfalls eine Kassationsbeschwerde möglich sein musste gegen die

Entscheidungen der Anklagekammer, die in Anwendung von Artikel 189ter oder Artikel 235ter getroffen werden, ebenso wie diejenigen, die in Anwendung von Artikel 235bis getroffen werden.

Unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Gesetzgebers, die in B.5 dargelegt wurde, gegen die Urteile der Anklagekammer über die Ordnungsmäßigkeit des ihr unterbreiteten Verfahrens in Anwendung von Artikel 235bis eine direkte Kassationsbeschwerde zu ermöglichen durch Abweichung von der in Absatz 1 von Artikel 416 enthaltenen Regel, ist es nicht gerechtfertigt, dass die Urteile der Anklagekammer über die Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung anhand der vertraulichen Akte in Anwendung von Artikel 189ter oder Artikel 235ter nicht ebenfalls Gegenstand einer unmittelbaren Kassationsbeschwerde sein können.

Dieser ungerechtfertigte Behandlungsunterschied ergab sich daraus, dass in Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches eine Gesetzesbestimmung fehlte, die für die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235ter die gleiche Tragweite hatte wie in Bezug auf die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235bis.

B.9. Daraus ergab sich, dass Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in der Fassung vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009 nicht mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung vereinbar war, insofern er keine Möglichkeit für eine direkte Kassationsbeschwerde gegen ein Urteil der Anklagekammer vorsah, wenn diese eine Kontrolle einer vertraulichen Akte in Anwendung der Artikel 189ter oder 235ter des Strafprozessgesetzbuches in der Fassung vor deren Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009 ausübte.

B.10. Was schließlich die Anmerkung des Ministerrates betrifft, wonach der Hof eine Gesetzeslücke feststellen, diese jedoch nicht beheben könne, obliegt es, wenn die Lücke sich in dem Text befindet, der dem Hof unterbreitet wurde, dem vorlegenden Richter, der durch den Hof festgestellten Verfassungswidrigkeit ein Ende zu setzen, wenn diese Feststellung ausreichend präzise und vollständig formuliert ist, damit die fragliche Bestimmung unter Einhaltung der

Artikel 10 und 11 der Verfassung angewandt werden kann (vgl. EuGHMR, 29. November 1991, *Vermeire gegen Belgien*, § 25).

B.11. Die präjudiziellen Fragen in den Rechtssachen Nrn. 4421, 4422, 4423 und 4441 sowie die erste präjudizielle Frage in der Rechtssache Nr. 4431 sind bejahend zu beantworten.

In Bezug auf die zweite und dritte präjudizielle Frage in der Rechtssache Nr. 4431

B.12.1. Mit der zweiten präjudiziellen Frage in der Rechtssache Nr. 4431 möchte der Kassationshof in Erfahrung bringen, ob Artikel 235^{ter} § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches in der Fassung vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009 mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vereinbar sei, da dieser Artikel 235^{ter} § 2 Absatz 3 nicht vorgesehen habe, dass die Personenkategorie, die Gegenstand der besonderen Ermittlungsmethode der Observation sei, im Hinblick auf die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit dieser besonderen Ermittlungsmethode eine Kopie der Strafakte erhalten dürfe, und diese Personenkategorie nur über einen Zeitraum von 48 Stunden verfüge, um die Strafakte einzusehen, während jene Personenkategorie, die Gegenstand einer ebenso tiefgreifenden Verletzung ihres Privatlebens sei, wie dies bei einem Haussuchungsbeschluss oder einem Beschluss zum Abhören von Telefongesprächen der Fall sei, deren Ordnungsmäßigkeit sehr wohl anhand einer Kopie der Strafakte prüfen könne und dazu über einen längeren Zeitraum als 48 Stunden verfüge. Das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009 hat diese Situation nicht geändert.

B.12.2. Mit der dritten präjudiziellen Frage in der Rechtssache Nr. 4431 möchte der Kassationshof in Erfahrung bringen, ob Artikel 47^{sexies} § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 und Artikel 47^{septies} § 2 des Strafprozessgesetzbuches in Verbindung mit Artikel 235^{ter} § 2 - in der Fassung vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009 – desselben Gesetzbuches mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar seien, da die vorerwähnten Bestimmungen des Strafprozessgesetzbuches nicht die Möglichkeit vorgesehen haben, dass die Personenkategorie, die Gegenstand der besonderen Ermittlungsmethode der Observation sei, in

einer kontradiktorischen Debatte die Ordnungsmäßigkeit dieser Observation bestreiten könne, während jene Personenkategorie, die Gegenstand eines Haussuchungsbeschlusses oder eines Beschlusses zum Abhören von Telefongesprächen sei, deren Ordnungsmäßigkeit sehr wohl in einer kontradiktorischen Debatte bestreiten könne.

B.12.3. In diesen präjudiziellen Fragen wird die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethode der Observation mit der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der « ordentlichen » Ermittlungsmethoden der Haussuchung und des Abhörens von Telefongesprächen verglichen, und zwar insbesondere aus dem Blickwinkel (1) der Besorgung einer Kopie der Strafakte, (2) der Frist von 48 Stunden für die Einsichtnahme in die Strafakte und (3) der kontradiktorischen Beschaffenheit des Verfahrens.

Befragt wird der Hof somit zur Vereinbarkeit der betreffenden Bestimmungen mit den in diesen Fragen angeführten Prüfungsnormen, da einige Verfahrensregeln, die für bestimmte « ordentliche » Ermittlungsmethoden gelten, nicht auf die besondere Ermittlungsmethode der Observation anwendbar sind.

B.12.4. In Anbetracht des Zusammenhangs der zweiten und dritten präjudiziellen Frage in der Rechtssache Nr. 4431 werden die beiden Fragen gemeinsam geprüft.

B.13.1. Artikel 235ter § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch das vorerwähnte Gesetz vom 27. Dezember 2005, bestimmte vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009:

« Auf die gleiche Weise hört [die Anklagekammer] die Zivilpartei und den Beschuldigten an, nachdem diese spätestens achtundvierzig Stunden vor der Sitzung per Telefax oder per Einschreibebrief vom Greffier vorgeladen worden sind. In der Vorladung teilt der Greffier ihnen ebenfalls mit, dass die Strafakte ihnen während dieses Zeitraums in der Gerichtskanzlei im Original oder als Abschrift zur Einsichtnahme zur Verfügung steht ».

B.13.2. Artikel 47sexies § 3 desselben Gesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 6. Januar 2003 « über besondere Ermittlungsverfahren und einige andere Untersuchungsverfahren », bestimmt:

« Die Ermächtigung zur Observation bedarf der Schriftform und enthält folgende Vermerke:

1. die ernsthaften Indizien der Straftat, die die Observation begründen, und in dem Fall, wo die Observation im Rahmen der proaktiven Untersuchung im Sinne von Artikel 28*bis* § 2 zu erfolgen hat, die besonderen Indizien bezüglich der in der letztgenannten Bestimmung beschriebenen Elemente;

2. die Gründe, weshalb die Observation zur Wahrheitsfindung unerlässlich ist;

3. der Name oder – falls dieser nicht bekannt ist – eine möglichst genaue Beschreibung der observierten Person oder Personen sowie der Gegenstände, Orte oder Ereignisse im Sinne von § 1;

[...]

5. die Zeitspanne, in der die Observation durchgeführt werden kann und die nicht länger als einen Monat ab dem Datum der Ermächtigung dauern kann;

[...] ».

B.13.3. Artikel 47*septies* desselben Gesetzbuches, eingefügt durch das vorerwähnte Gesetz vom 6. Januar 2003 und ersetzt durch das vorerwähnte Gesetz vom 27. Dezember 2005, bestimmt:

« § 2. Die Ermächtigung zur Observation und die Beschlüsse zur Änderung, Ergänzung oder Verlängerung werden der vertraulichen Akte hinzugefügt.

Der Gerichtspolizeioffizier, auf den sich Artikel 47*sexies* § 3 Nr. 6 bezieht, erstellt ein Protokoll über die verschiedenen Phasen der Durchführung der Observation, erwähnt darin jedoch keine Elemente, die die Absicherung der verwendeten technischen Hilfsmittel und der polizeilichen Untersuchungstechniken oder die Gewährleistung der Sicherheit und Absicherung der Identität des Informanten und der mit der Durchführung der Observation beauftragten Polizeibeamten gefährden könnten. Diese Elemente werden ausschließlich in den schriftlichen Bericht im Sinne von § 1 Absatz 1 aufgenommen.

In einem Protokoll wird auf die Ermächtigung zur Observation Bezug genommen; darin werden die Vermerke im Sinne von Artikel 47*sexies* § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 aufgenommen. Der Prokurator des Königs bestätigt mittels eines schriftlichen Beschlusses das Vorhandensein der von ihm erteilten Ermächtigung zur Observation.

Die erstellten Protokolle und der in Absatz 3 erwähnte Beschluss werden spätestens nach Beendigung der Observation der Straftakte hinzugefügt ».

B.14. In seinem Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007 hat der Hof über Klagen auf völlige oder teilweise Nichtigkeitserklärung des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 befunden.

Im besagten Urteil erkannte der Hof:

« B.3.1. Die Bekämpfung gewisser Formen der Kriminalität, insbesondere schwerer Verbrechen oder solcher, die von kriminellen Organisationen, die über bedeutende Mittel verfügen, begangen werden, kann die mit der Ermittlung von Straftaten und mit der Verfolgung ihrer Urheber beauftragten Behörden zwingen, Ermittlungsmethoden anzuwenden, die hinsichtlich der Personen, gegen die diese Untersuchungen geführt werden, notwendigerweise einen Eingriff in gewisse Grundrechte zur Folge haben. Es obliegt dem Gesetzgeber, unter der Aufsicht des Hofes die Bestimmungen, die die Inanspruchnahme dieser Ermittlungsmethoden genehmigen und kontrollieren, so zu formulieren, dass die damit verbundenen Verletzungen der Grundrechte auf das zum Erreichen der beschriebenen Zielsetzung Notwendige begrenzt werden.

B.3.2. Den besonderen Ermittlungs- und Untersuchungsmethoden, die den Gegenstand des angefochtenen Gesetzes bilden, ist gemein, dass sie einen schweren Eingriff in gewisse Grundrechte zur Folge haben können. Sowohl aus der durchgreifenden Beschaffenheit dieser Methoden als auch aus der Sorgfalt, mit der der Gesetzgeber den Rechtsrahmen ihrer Anwendung festgelegt hat, ist zu schlussfolgern, dass im Fall der Nichteinhaltung der wesentlichen Bedingungen für die Anwendung dieser Methoden der unter deren Übertretung erhaltene Beweis ungültig ist.

Der Hof prüft die angeführten Klagegründe unter Berücksichtigung dieser Darlegungen.

[...]

B.9.3. Auch wenn die Bekämpfung gewisser Formen der Kriminalität die Anwendung bestimmter besonderer Ermittlungsmethoden, die notwendigerweise eine Einmischung in bestimmte Grundrechte zur Folge haben, rechtfertigen kann, muss der Gesetzgeber trotzdem darauf achten, dass bei der richterlichen Kontrolle der Anwendung dieser Methoden das Recht auf ein faires Verfahren gewährleistet wird. Der Hof prüft nachstehend die verschiedenen Beschwerden der klagenden Parteien.

a) *Die Unmöglichkeit für den Beschuldigten und die Zivilpartei, die vertrauliche Akte einzusehen*

B.9.4.1. Nach Auffassung der klagenden Parteien verstießen die angefochtenen Bestimmungen gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, insofern im Rahmen der Kontrolle der Anklagekammer in Bezug auf die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung der Zivilpartei und dem Beschuldigten keine Einsichtnahme in die vertrauliche Akte gewährt werde, während die Ordnungsmäßigkeit anderer Ermittlungsmethoden entweder vor den Untersuchungsgerichten oder vor den erkennenden Gerichten angefochten werden könne anhand aller Elemente der Straftakte.

B.9.4.2. Die Artikel 47^{septies} und 47^{novies} des Strafprozessgesetzbuches bestimmen, dass der Prokurator des Königs, der die Genehmigung zur Observation oder zur Infiltrierung erteilt oder diese ausführt, ' eine getrennte und vertrauliche ' Akte führen muss.

In Bezug auf die Observation und die Infiltrierung enthält die vertrauliche Akte die Genehmigung des Prokurators des Königs oder des Untersuchungsrichters, diese Methoden anzuwenden, wobei in dieser Genehmigung die Indizien, die die Inanspruchnahme dieser Methode rechtfertigen, die Gründe für ihre Unentbehrlichkeit, der Name oder die Beschreibung der betroffenen Personen, die Weise der Durchführung der Methode, der Zeitraum, in dem sie durchgeführt wird sowie der Name und die Funktion des Gerichtspolizeioffiziers, der die Maßnahme leitet, angegeben werden (Artikel 47*sexies* § 3 und 47*octies* § 3). Die vertrauliche Akte enthält auch die dem Polizeibeamten durch den Prokurator des Königs erteilten Genehmigungen, während der Durchführung der Ermittlungsmethode strafbare Handlungen zu begehen (Artikel 47*sexies* § 4 und 47*octies* § 4), die Entscheidungen der Abänderung, der Ergänzung oder der Verlängerung (Artikel 47*septies* § 2 und 47*novies* § 2) sowie die dem Prokurator des Königs durch den Gerichtspolizeioffizier vorgelegten Berichte über jede Phase der Durchführung der Methode (Artikel 47*septies* § 1 und 47*novies* § 1).

B.9.4.3. Das Bestehen einer vertraulichen Akte bedeutet nicht, dass die Strafakte keinerlei Angaben über die Umsetzung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung enthalten würde.

Der Gerichtspolizeioffizier, der die Durchführung der Observation oder der Infiltrierung leitet, muss nämlich ein Protokoll über die verschiedenen Phasen ihrer Durchführung erstellen, ohne dabei jedoch Elemente anzugeben, die die verwendeten technischen Mittel und die Untersuchungstechniken sowie die Gewährleistung der Sicherheit und der Anonymität der betreffenden Informanten und der Polizeibeamten gefährden könnten. Außerdem muss im Protokoll auf die Genehmigung zur Anwendung der Observation oder der Infiltrierung verwiesen werden und müssen die Vermerke im Sinne von Artikel 47*sexies* § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 (im Fall der Observation) und Artikel 47*octies* § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 (im Fall der Infiltrierung) aufgenommen werden. Diese Vermerke sind die schwerwiegenden Indizien der strafbaren Handlung, die die Observation oder die Infiltrierung rechtfertigen, die Gründe, aus denen die Anwendung dieser Methode unentbehrlich ist zur Wahrheitsfindung, der Name oder die Beschreibung der Person oder Personen, auf die sich die Methode bezieht, und der Zeitraum, in dem die Observation oder Infiltrierung ausgeführt werden kann.

Diese Protokolle werden mit der schriftlichen Entscheidung, mit der der Prokurator des Königs oder der Untersuchungsrichter das Bestehen der von ihm verliehenen Genehmigung zur Observation oder Infiltrierung bestätigt, der Strafakte beigelegt, nach der Beendigung der Observation oder der Infiltrierung (Artikel 47*septies* § 2 und 47*novies* § 2).

B.10. Bei der durch Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches vorgeschriebenen Kontrolle legt die Staatsanwaltschaft den Magistraten der Anklagekammer die vertrauliche Akte vor. Die Zivilpartei oder der Beschuldigte sind nicht berechtigt, die vertrauliche Akte einzusehen. Der Untersuchungsrichter hat ein Recht auf Einsichtnahme, wenn er selbst eine Genehmigung zur Observation erteilt hat oder wenn eine gerichtliche Untersuchung in einer Rechtssache gefordert wird, in deren Rahmen bereits eine Observation oder Infiltrierung stattgefunden hat.

B.11.1. Die Rechte der Verteidigung und das Recht auf ein faires Verfahren sind grundlegend in einem Rechtsstaat. Der Grundsatz der Waffengleichheit zwischen der verfolgten Partei und der Verteidigung sowie die kontradiktorische Beschaffenheit des Prozesses, einschließlich des Verfahrens, stellen grundsätzliche Elemente des Rechtes auf ein faires Verfahren dar. Das Recht auf einen kontradiktorischen Strafprozess bedeutet, dass sowohl die verfolgte Partei als auch die Verteidigung die Möglichkeit haben müssen, die Bemerkungen oder

Beweiselemente der anderen Partei zur Kenntnis zu nehmen und zu beantworten. Daraus ergibt sich ebenfalls die Verpflichtung für die verfolgende Behörde, der Verteidigung grundsätzlich alle Beweiselemente mitzuteilen.

Das Recht auf Einsichtnahme in alle Beweiselemente der verfolgenden Behörde ist jedoch nicht absolut. In gewissen strafrechtlichen Verfahren kann es abweichende Interessen geben, wie die nationale Sicherheit, die Notwendigkeit des Schutzes von Zeugen oder der Geheimhaltung von Untersuchungsmethoden, die mit den Rechten des Angeklagten abzuwägen sind. In gewissen Fällen kann es notwendig sein, bestimmte Beweiselemente vor dieser Partei geheim zu halten, um die Grundrechte von anderen Personen oder ein wichtiges Allgemeininteresse zu wahren.

Die Einmischung in die Rechte der Verteidigung ist jedoch nur zu rechtfertigen, wenn sie streng verhältnismäßig ist zur Bedeutung der zu erreichenden Ziele und durch ein Verfahren ausgeglichen wird, das es einem unabhängigen und unparteiischen Richter ermöglicht, die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu prüfen (EuGHMR, 22. Juli 2003 und 27. Oktober 2004, *Edwards und Lewis gegen Vereinigtes Königreich*).

B.11.2. Das Ziel des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit der Personen, die an den besonderen Ermittlungsmethoden beteiligt sind, ist rechtmäßig und so wichtig, dass es rechtfertigt, dass ihre Anonymität gegenüber den Verfahrensparteien und der Öffentlichkeit vollständig gewährleistet wird. Die Notwendigkeit, die Wirksamkeit der angewandten Methoden für die Zukunft zu gewährleisten, indem bestimmte Techniken verhüllt werden, kann auch rechtfertigen, dass sie eine vertrauliche Beschaffenheit aufweisen.

B.12.1. Wie dies in B.9.2 dargelegt wurde, hat der Hof im Urteil Nr. 202/2004 jedoch erkannt, dass gegen das Erfordernis eines fairen Verfahrens verstoßen wird, wenn die vertrauliche Akte nicht durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter geprüft werden kann.

Mit Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches möchte der Gesetzgeber eine vollständige und tatsächliche Prüfung der Gesetzmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung gewährleisten, ohne dabei jedoch die erforderliche geheime Beschaffenheit bestimmter Informationen in der vertraulichen Akte preiszugeben.

B.12.2. Die Angaben, die nicht von den Parteien eingesehen werden können, werden vom Gesetzgeber strikt und einschränkend beschrieben. Das Gesetz könnte nicht umgangen werden, indem in die vertrauliche Akte Elemente aufgenommen würden, die sich in der Strafakte befinden müssen (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/005, S. 32, 36 und 66). Die Angaben der vertraulichen Akte können nicht als Beweis zum Nachteil des Beschuldigten verwendet werden (ebenda, SS. 66-67).

B.12.3. Nur die Informationen, die den Schutz der Ausführenden und die eigentliche Anwendung der Ermittlungsmethoden gefährden können, werden der Einsichtnahme der Verteidigung entzogen. Es handelt sich um die Informationen in Bezug auf die Straftaten, die die Polizeidienste und die Personen im Sinne von Artikel 47quinquies § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches im Rahmen der Observation (Artikel 47sexies §§ 4 und 7) oder der Infiltrierung (Artikel 47octies §§ 4 und 7) begehen können, da diese Informationen die Identität und die Sicherheit der betroffenen Personen und die Anwendung selbst der Ermittlungsmethode gefährden können.

Alle anderen Informationen über die Anwendung und die Durchführung dieser Ermittlungsmethoden müssen in die Strafakte aufgenommen werden, die im Rahmen des Verfahrens im Sinne von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches durch die Zivilpartei und den Beschuldigten eingesehen werden können. Diese Akte enthält Informationen über die Anwendung und die Art der angewandten Ermittlungsmethoden, die Gründe, die diese Anwendung rechtfertigen, sowie die verschiedenen Phasen ihrer Ausführung. Die Parteien sind über die vollständige Durchführung der genehmigten besonderen Ermittlungstechniken der Observation und der Infiltrierung informiert, und im Gegensatz zu dem, was einige klagende Parteien behaupten, kann der Beschuldigte das in Artikel 30 des einleitenden Titels des Strafprozessgesetzbuches vorgesehene Verbot zur Anwendung einer Provokation geltend machen.

Wenn die Anklagekammer den Untersuchungsrichter anhört und dieser Einsichtnahme in die vertrauliche Akte erhält, verfügen die Parteien über die Garantie, dass der Untersuchungsrichter, der die Untersuchung *à charge* und *à décharge* führt, die Gesetzmäßigkeit der Beweismittel und die Loyalität, mit der diese gesammelt werden, überwacht.

B.12.4. Der Wille des Gesetzgebers, die schwere Kriminalität wirksam zu bekämpfen, und die Notwendigkeit, hierzu gewisse sensible Angaben geheim zu halten, wären gefährdet, wenn die Beschuldigten bei dieser Art der Kriminalität bei der Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer Zugang zu dieser Akte erhalten würden. Es ist nicht unvernünftig, ein Verfahren zu organisieren, das sich von dem Verfahren unterscheidet, für das eine Geheimhaltung nicht erforderlich ist und in dem die Parteien alle Schriftstücke der Strafakte einsehen können.

B.12.5. Insofern in den Klagegründen bemängelt wird, dass es der Zivilpartei und dem Beschuldigten nicht möglich ist, die vertrauliche Akte im Rahmen der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung durch die Anklagekammer einzusehen, sind sie unbegründet.

b) *Die bestrittene Unparteilichkeit der Anklagekammer*

[...]

B.13.3. Die Elemente, die der Einsichtnahme durch die Verteidigung entzogen werden, hat der Gesetzgeber strikt und einschränkend festgelegt. Die Information in Bezug auf die Anwendung und die Durchführung der Observation und der Infiltrierung, mit Ausnahme der sensiblen Daten, befinden sich in der Strafakte, die sowohl im Rahmen des Verfahrens von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches als auch im Rahmen der Regelung des Verfahrens von den Parteien eingesehen werden kann.

Der Umstand, dass die Verteidigung Daten aus der vertraulichen Akte, die die Anklagekammer zur Kenntnis genommen hat, nicht einsehen kann, kann nicht zu einem gesetzmäßigen Zweifel bezüglich der Unparteilichkeit dieses Rechtsprechungsorgans bei der Regelung des Verfahrens führen.

B.13.4. Die faire Beschaffenheit eines Prozesses ist unter Berücksichtigung des gesamten Verlaufs des Verfahrens zu prüfen. Die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer wird in der Vorbereitungsphase des Prozesses ausgeübt, ehe die Rechtssache bei

den erkennenden Gerichten anhängig gemacht wird, die selbst keine Einsicht in die vertrauliche Akte erhalten und somit in dieser Hinsicht nicht anders behandelt werden als die Parteien. Diese Rechtsprechungsorgane entscheiden also nicht auf der Grundlage von Daten, die ihnen, den Parteien jedoch nicht bekannt sind, so dass nicht gegen die Erfordernisse des fairen Verfahrens verstoßen wird.

B.13.5. Insofern die Klagegründe die Unparteilichkeit der Anklagekammer anzweifeln, sind sie unbegründet.

c) Die getrennte Vernehmung der Parteien und die nichtkontradiktorische Beschaffenheit des Verfahrens

B.14.1. Nach Auffassung der klagenden Parteien verstoße Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Rechte der Verteidigung, insofern die Parteien bei den Verfahren vor der Anklagekammer getrennt angehört würden.

B.14.2. Gemäß Artikel 235ter § 2 des Strafprozessgesetzbuches hört die Anklagekammer die Anmerkungen des Generalprokurators getrennt und in Abwesenheit der Parteien an. Sie hört auf die gleiche Weise die Zivilpartei und die Beschuldigten an, nachdem ihnen spätestens achtundvierzig Stunden vor der Sitzung eine Aufforderung notifiziert wurde, in der ihnen mitgeteilt wird, dass die Straftakte während dieses Zeitraums in der Kanzlei des Gerichtes zur Einsichtnahme vorliegt.

Die Anklagekammer kann auch den Untersuchungsrichter anhören. Wenn der Untersuchungsrichter die Genehmigung zur Observation erteilt hat oder wenn eine gerichtliche Untersuchung in der Rechtssache geführt wird, in der bereits eine Observation oder Infiltrierung stattgefunden hat, hat der Untersuchungsrichter Einsichtnahme in die vertrauliche Akte (Artikel 56bis des Strafprozessgesetzbuches).

Schließlich kann die Anklagekammer den Gerichtspolizeioffizier, der die Durchführung der besonderen Ermittlungsmethoden leitet, getrennt und in Abwesenheit der Parteien anhören oder den Untersuchungsrichter beauftragen, die mit der Ausführung der besonderen Ermittlungsmethoden beauftragten Polizeibeamten und den bürgerlichen Experten in Anwendung der Artikel 86bis und 86ter des Strafprozessgesetzbuches anzuhören, und beschließen, bei dieser Anhörung anwesend zu sein oder eines ihrer Mitglieder damit zu beauftragen.

B.14.3. Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches verpflichtet die Anklagekammer, die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung beim Abschluss der Ermittlung zu kontrollieren, ehe die Staatsanwaltschaft die direkte Vorladung vornimmt, oder am Ende der gerichtlichen Untersuchung, wenn der Untersuchungsrichter dem Prokurator des Königs seine Akte übermittelt gemäß Artikel 127 § 1 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches. Die Kontrolle findet also grundsätzlich am Ende der Ermittlung oder der gerichtlichen Untersuchung statt, da diese in ihrer vorbereitenden Phase grundsätzlich inquisitorisch und geheim ist.

B.14.4. Der Gesetzgeber konnte den Standpunkt vertreten, dass eine effektive Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer es erfordert, dass sie die in B.14.2 erwähnten Anhörungen vornehmen kann. Um die Vertraulichkeit der sensiblen Daten zu gewährleisten, ist es gerechtfertigt, dass eine solche Untersuchung in Abwesenheit der Parteien stattfinden kann.

Obwohl die Debatte vor der Anklagekammer nicht kontradiktorisch ist, bietet das Gesetz die Garantie, dass alle betroffenen Parteien angehört werden, so dass das Untersuchungsgericht möglichst vollständig informiert wird, ehe es entscheidet. Da die Parteien die Möglichkeit haben, vorher die Strafakte einzusehen, die mit Ausnahme der sensiblen Daten alle Informationen über die angewandten Ermittlungsmethoden enthält, können sie sich angemessen verteidigen (vgl. EuGHMR, 16. Februar 2000, *Jasper gegen Vereinigtes Königreich*, §§ 55 und 56).

B.14.5. Insofern die Kontrolle im Sinne von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches sich auf die vertrauliche Akte bezieht und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Schriftstücke aus der vertraulichen Akte nicht als Beweis verwendet werden können, werden die Rechte der Verteidigung nicht auf unverhältnismäßige Weise dadurch beeinträchtigt, dass die Parteien getrennt angehört werden.

d) Die Frist für die Einsichtnahme in die Strafakte

B.14.6. Im Vergleich zu den Fristen, die bei einem anderen Erscheinen vor den Untersuchungsgerichten anwendbar sind, kann die in Artikel 235ter § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches vorgesehene Frist von achtundvierzig Stunden, die den Parteien für die Einsichtnahme in die Strafakte zur Verfügung steht, nicht als unverhältnismäßig kurz angesehen werden.

e) Das Verfahren für die Kontrolle der vertraulichen Akte und der Strafakte durch die Anklagekammer

B.15.1. Das Verfahren von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches schließt nicht aus, dass die Anklagekammer nach der Kontrolle der vertraulichen Akte die Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung anhand der Strafakte vornimmt. Sie kann insbesondere dazu bewogen werden, wenn nach der Kontrolle der vertraulichen Akte aufgrund von Artikel 235ter § 5 gemäß Artikel 235bis §§ 5 und 6 vorgegangen wird.

B.15.2. Nach Darlegung der klagenden Parteien verstoße Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung und das Recht auf ein faires Verfahren, wenn diese Bestimmung in dem Sinne ausgelegt werde, dass die Strafakte in diesem Fall nicht Gegenstand eines kontradiktorischen Verfahrens sei, während in den Fällen, in denen die Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches über die Ordnungsmäßigkeit der Anwendung anderer Ermittlungsmethoden und über die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens insgesamt befinde, eine kontradiktorische Debatte in Bezug auf die Elemente der Strafakte organisiert werde.

B.15.3. Eine solche Auslegung ist nicht vereinbar mit dem Text der Artikel 235, 235bis und 235ter des Strafprozessgesetzbuches. Artikel 235ter gestattet die getrennte Anhörung der Parteien nur dann, wenn die Kontrolle sich auf den Inhalt der vertraulichen Akte bezieht.

B.15.4. Wenn die Anklagekammer anlässlich der Kontrolle der vertraulichen Akte, die sie aufgrund von Artikel 235ter ausführt, beschließt, eine Untersuchung der Ordnungsmäßigkeit des ihr vorgelegten Verfahrens vorzunehmen, einschließlich der Gesetzmäßigkeit und der

Ordnungsmäßigkeit der Observation und der Infiltrierung anhand der Strafakte, muss sie die Wiedereröffnung der Debatten anordnen in Anwendung von Artikel 235*bis* § 3 und die kontradiktorische Beschaffenheit des Verfahrens im Sinne von Paragraph 4 desselben Artikels beachten, wonach sie ‘ in öffentlicher Sitzung, wenn sie dies auf Ersuchen einer Partei beschließt, die Anmerkungen des Generalprokurators, der Zivilpartei und des Beschuldigten ’ anhört (Kass., 31. Oktober 2006, P.06.0841.N und P.06.0898.N, und Kass., 5. Dezember 2006, P.06.1232.N).

B.15.5. Die Klagegründe, mit denen die nichtkontradiktorische Beschaffenheit des Verfahrens vor der Anklagekammer und die Frist, über die die Parteien für die Vorbereitung ihrer Verteidigung verfügen, bemängelt werden, sind unbegründet ».

B.15. In seinem Urteil Nr. 107/2007 vom 26. Juli 2007, das auf präjudizielle Fragen hin verkündet worden ist, hat der Hof die vorerwähnten Erwägungen seines Urteils Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007 bestätigt.

B.16. Die gegenwärtigen Beschwerdegründe stimmen im Wesentlichen mit mehreren Beschwerdegründen überein, die der Hof in seinen Urteilen Nrn. 105/2007 und 107/2007 geprüft hat.

Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, anders zu entscheiden.

B.17. Indem den Parteien nicht die Möglichkeit geboten wird, eine Kopie der Strafakte zu beantragen, die ihnen während 48 Stunden zur Verfügung gestellt wird, beeinträchtigt Artikel 235*ter* § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches überdies nicht in unverhältnismäßiger Weise die Rechte der Parteien, da Artikel 127 § 2 desselben Gesetzbuches ihnen die Möglichkeit bietet, bei der Regelung des Verfahrens eine Kopie der Akte anzufordern.

B.18. Die zweite und die dritte präjudizielle Frage in der Rechtssache Nr. 4431 sind verneinend zu beantworten.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

erkennt für Recht:

1. Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in der Fassung vor seiner Abänderung durch das Gesetz vom 16. Januar 2009 « zur Abänderung der Artikel 189ter, 235ter, 335bis und 416 des Strafprozessgesetzbuches » verstößt gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, insofern er keine direkte Kassationsbeschwerde gegen ein Urteil der Anklagekammer bezüglich der aufgrund der vertraulichen Akte durchgeführten Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung in Anwendung der Artikel 189ter oder 235ter des Strafprozessgesetzbuches vorsieht.

2. Artikel 235ter § 2 des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 und in der Fassung vor seiner Abänderung durch das vorerwähnte Gesetz vom 16. Januar 2009, verstößt nicht gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, an sich oder in Verbindung mit den in den präjudiziellen Fragen erwähnten Vertragsbestimmungen.

Verkündet in niederländischer und französischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989, in der öffentlichen Sitzung vom 18. Februar 2009.

Der Kanzler,

Der Vorsitzende,

(gez.) P.-Y. Dutilleux

(gez.) M. Bossuyt