

Geschäftsverzeichnismrn. 3985 und 3986
Urteil Nr. 107/2007 vom 26. Juli 2007

URTEILSAUSZUG

---

*In Sachen:* Präjudizielle Fragen in Bezug auf die Artikel 47*sexies*, 47*septies*, 235*ter* und 235*quater* des Strafprozessgesetzbuches, gestellt vom Appellationshof Gent.

Der Verfassungsgerichtshof,

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

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

\*

\* \*

## I. Gegenstand der präjudiziellen Fragen und Verfahren

a. In seinem Urteil vom 25. April 2006 in Sachen der Staatsanwaltschaft gegen J.L. und andere, dessen Ausfertigung am 11. Mai 2006 in der Kanzlei des Hofes eingegangen ist, hat die Anklagekammer des Appellationshofes Gent folgende präjudizielle Fragen gestellt:

1. « Verstößt Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, dahingehend ausgelegt, dass bei der Bereinigung der Straftakte gemäß Artikel 131 des Strafprozessgesetzbuches während der Regelung des Verfahrens gemäß den Artikeln 127, 135 und 235bis des Strafprozessgesetzbuches die Parteien jegliche Beanstandung vorbringen können und dass darüber hinaus bei Bemerkungen von Amts wegen die Verhandlung wiedereröffnet werden muss, während Artikel 235ter § 5 des Strafprozessgesetzbuches unter Bezugnahme auf Artikel 235bis §§ 5 und 6 des Strafprozessgesetzbuches diese Möglichkeit nicht bietet, auch bei Feststellung von Amts wegen seitens der aufgrund von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches befassten Richter, zumal die Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches in Verbindung mit Artikel 189ter oder 335bis des Strafprozessgesetzbuches eine Verhandlung zur Hauptsache diesbezüglich fast unmöglich macht, was nicht der Fall ist bei der Anwendung von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches? »;

2. « Verstößt Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, indem die Überprüfung gemäß Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches obligatorisch in der Ermittlungsphase und gerade vor der Regelung des Verfahrens stattfindet, dahingehend ausgelegt, dass in dieser Phase der Ermittlung Entscheidungen getroffen werden bezüglich einer Akte, die vertraulich ist, von der nur die Richter in Kenntnis gesetzt werden, deren Urteil diese vertrauliche Akte unterliegt, damit über die Regelmäßigkeit der angewandten Technik entschieden wird in einem Urteil, gegen das keine Rechtsmittel eingelegt werden können, und ohne echte kontradiktorische Beschaffenheit, wobei die Richter in einer späteren Phase, bei der Regelung des Verfahrens, die ggf. zum Teil von denselben Richtern bereinigte Straftakte erneut zur Kenntnis nehmen können, und dann nach einer kontradiktorischen Untersuchung, ggf. auch in Bezug auf die Observation und/oder die Infiltrierung, erneut darüber werden befinden müssen in der Phase der Regelung des Verfahrens, jedoch in Kenntnis des Inhalts einer vertraulichen Akte, die außerhalb der kontradiktorischen Beschaffenheit des Verfahrens gehalten wird, die aber das Urteil nach der kontradiktorischen Verhandlung beeinflussen kann? Verstößt Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, in Verbindung mit den vorerwähnten Artikeln des Strafprozessgesetzbuches und den Vertragsbestimmungen in diesen Umständen gegen das Recht auf einen unparteiischen Richter, indem die Richter, die während der eventuellen Anwendung der Artikel 235 und 235bis des Strafprozessgesetzbuches in Kenntnis sind von der vertraulichen Akte gemäß Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches ohne echte kontradiktorische Beschaffenheit, um über die Regelmäßigkeit der Straftakte sowie über die damit verbundene Folge zu befinden, in einer späteren Phase in Kenntnis sind von Gegebenheiten, über die die Parteien nicht verfügen und wobei sie auch keine Beanstandung vorbringen können? »;

3. « Verstößt Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung sowie gegen die Artikel 6 und 8 der Europäischen

Menschenrechtskonvention, dahingehend ausgelegt, dass er während der Ermittlungsphase - somit vor der Regelung des Verfahrens und ohne eigentliche kontradiktorische Beschaffenheit -, sei es durch einen unparteiischen Richter, die Möglichkeit einer Gesetzmäßigkeitskontrolle der Techniken der Observation und der Infiltrierung bietet aufgrund von u.a. Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, um nachher, bei der Regelung des Verfahrens zu ermöglichen, dass dieselben Richter, in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, über eine kontradiktorische Verhandlung in Bezug auf Elemente und Mittel erkennen, die ihnen bereits zur Beurteilung vorgelegt wurden innerhalb der Grenzen der einseitigen kontradiktorischen Beschaffenheit gemäß Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches und worüber sie geurteilt haben, diesmal jedoch aufgrund der Artikel 135, 235 und 235<sup>bis</sup> des Strafprozessgesetzbuches, und wobei sie durch ihr Urteil gemäß Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches gebunden sind, und wobei sie in Kenntnis der Strafinformation sind, über die die Parteien selber nicht verfügen, und dies alles bezüglich der besonderen Informationstechniken, die nicht zur Observation und/oder Infiltrierung gehören, die aber ebenfalls eine gravierende Beeinträchtigung des Privatlebens gemäß Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellen? ».

b. In seinem Urteil vom 25. April 2006 in Sachen der Staatsanwaltschaft gegen J. V.d.B. und andere, dessen Ausfertigung am 11. Mai 2006 in der Kanzlei des Hofes eingegangen ist, hat die Anklagekammer des Appellationshofes Gent folgende präjudizielle Fragen gestellt:

1. « Verstößt Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, dahingehend ausgelegt, dass die Anklagekammer im Rahmen des durch diesen Artikel eingeführten besonderen, nicht kontradiktorischen Verfahrens ebenfalls über Diskussionen bezüglich der Gültigkeit oder der Regelmäßigkeit von Observationshandlungen befinden kann, die nicht aus der 'vertraulichen Akte' im Sinne von Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches folgen, sondern aus der ordentlichen Straftakte, die von allen Parteien eingesehen werden kann und auf die die Verfolgung eigentlich zurückzuführen ist, indem

- in diesem Fall den Beschuldigten auch keine kontradiktorische Verhandlung gewährt wird bei der Beurteilung der Gültigkeit oder der Regelmäßigkeit dieser Ermittlungsmethode der Observation, auch im Falle, wo diese Beurteilung eine Diskussion aufgrund der 'ordentlichen Straftakte', die von allen Parteien eingesehen werden kann, betrifft;

- während den Beschuldigten wohl eine kontradiktorische Verhandlung gewährt wird bei jeder Beurteilung einer Diskussion bezüglich der Gültigkeit oder der Regelmäßigkeit anderer Ermittlungsmethoden und Ermittlungshandlungen, die auf Daten derselben 'ordentlichen' Straftakte basiert;

- und dies während der Behandlungsunterschied zwischen der Observation und Infiltrierung einerseits und den anderen Ermittlungsmethoden und Ermittlungshandlungen andererseits nicht auf irgendeine erforderliche Geheimhaltung der Daten zurückzuführen ist, angesichts der Tatsache, dass es in beiden Fällen geht um eine Diskussion aufgrund von Elementen aus der 'ordentlichen' Straftakte, die von allen Parteien eingesehen werden kann, und somit auch keine Geheimhaltung den Parteien gegenüber erforderlich ist? »;

2. « Verstoßen die Artikel 47<sup>sexies</sup>, 47<sup>septies</sup> und 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, insofern sie Personen, die Gegenstand der besonderen Ermittlungsmethode der Observation sind, nicht ermöglichen, die Regelmäßigkeit

des Anordnens und Durchführens dieser Ermittlungsmethode vor einem Gericht anzufechten, während (1) einer kontradiktorisch geführten Verhandlung, (2) wobei die eine Verfahrenspartei die Argumentation einer anderen Verfahrenspartei zur Kenntnis nehmen und diesbezüglich Beanstandungen vorbringen kann, (3) anhand aller relevanten Aktenstücke, (4) wobei ihr das Gesetz eine ausreichende Frist gewährt, um ihre Verteidigung vorzubereiten, (5) wobei nicht alle Verteidigungsmittel eingesetzt werden können, wie z.B. die Ladung von Zeugen, und sie somit nicht über die Möglichkeit verfügt, alle Argumente anhand aller Beweismittel vor Gericht zu bringen, und (6) kein Rechtsmittel eingelegt werden kann gegen die diesbezügliche Entscheidung der Anklagekammer, während die Personen, die Gegenstand der gewöhnlichen oder 'nicht besonderen' Ermittlungsmethoden sind, wohl die Regelmäßigkeit des Anordnens sowie des Durchführens dieser Ermittlungsmethode anfechten können, und dies nach Wahl der Verfahrenspartei sowohl vor Untersuchungsgerichten als vor erkennenden Gerichten (manchmal vor beiden) und zwar wohl während (1) einer kontradiktorisch geführten Verhandlung, (2) wobei die eine Verfahrenspartei die Argumentation einer anderen Verfahrenspartei zur Kenntnis nehmen und diesbezüglich Beanstandungen vorbringen kann, (3) anhand aller relevanten Aktenstücke, (4) wobei ihr das Gesetz eine ausreichende Frist gewährt, um ihre Verteidigung vorzubereiten, (5) wobei sie über die Möglichkeit verfügt, alle Verteidigungsmittel anhand aller Beweismittel vor Gericht zu bringen, und sie (6) ebenfalls ein Rechtsmittel einlegen kann gegen die Entscheidung des zur Sache befassten Richters? »;

3. « Verstößt Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, indem er die Überprüfung der in Artikel 47<sup>sexies</sup> des Strafprozessgesetzbuches festgelegten besonderen Ermittlungsmethoden auf die Observation und Infiltrierung beschränkt, unter Ausschluss der Inanspruchnahme von Informanten, dabei berücksichtigend, dass

- das Urteil der Anklagekammer aufgrund von Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches verbindlich ist, wenigstens für die Untersuchungsgerichte,

- die Verhandlung in Bezug auf die Regelmäßigkeit der Inanspruchnahme von Informanten in diesem Stand des Verfahrens nicht vorgebracht werden kann, und ggf. Gegenstand der Regelung des Verfahrens in einer späteren Phase aufgrund der Artikel 131 und 235<sup>bis</sup> des Strafprozessgesetzbuches ist,

- weder die Ratskammer noch die Anklagekammer somit die vertrauliche Akte und die eventuell darin erwähnte Inanspruchnahme von Informanten zur Kenntnis nehmen kann,

- obwohl Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention nur beschränkt Anwendung findet auf die Untersuchungsgerichte, Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches, in Verbindung mit den Artikeln 47<sup>ter</sup> § 1, 131, 235 und 235<sup>bis</sup> des Strafprozessgesetzbuches das Recht auf ein faires Verfahren verhindert, angesichts der Tatsache, dass eine kontradiktorische Verhandlung in Bezug auf die vertrauliche Akte für diese besondere Ermittlungstechnik nicht besteht? »;

4. « Verstößt Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches in Verbindung mit den Artikeln 235<sup>bis</sup> und 235<sup>quater</sup> des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, und die Artikel 127, 131, 135, 136, 136<sup>ter</sup>, 228, 235 und 235<sup>bis</sup> des Strafprozessgesetzbuches, dahingehend ausgelegt, dass

- Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches keine kontradiktorische Beschaffenheit im Sinne einer gegenseitigen kontradiktorischen Verhandlung ermöglicht, wenn die Anklagekammer von Amts wegen eine Bereinigung wegen Unregelmäßigkeiten, Versäumnissen oder Nichtigkeitsgründen durchführt, die aus der Überprüfung der angewandten Observations- und/oder Infiltrierungstechniken folgen können, während in allen anderen Fällen, wo die Anklagekammer eine Überprüfung der zugänglichen Strafakte durchführt, diese Bereinigung erst möglich ist, nachdem die Parteien gehört wurden, wie aus Artikel 235bis § 3 des Strafprozessgesetzbuches hervorgeht, was somit zu einer ungleichen Behandlung der Parteien führen kann, denen je nach dem Gegenstand der Überprüfung und soweit diese auf sie Anwendung findet, entweder keine kontradiktorische Verhandlung gewährt wird im Falle einer Bereinigung von Amts wegen gemäß Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, oder gerade wegen eines von Amts wegen erhobenen Mittels wohl eine kontradiktorische Verhandlung gewährt wird (Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches),

- Artikel 235quater des Strafprozessgesetzbuches, der dieselbe Überprüfung ermöglicht im Falle der Anwendung der Techniken der Observation/Infiltrierung, während der Durchführung dieser Überprüfung der Anklagekammer nicht die Bereinigungsmöglichkeiten von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches bietet, und somit ggf. die Anklagekammer über die Technik der Bereinigung von Amts wegen gemäß Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches die Verhandlung eröffnen muss, um es den Parteien zu ermöglichen, eine kontradiktorische Verhandlung zu führen, was zu einem Unterschied zwischen den Parteien, die Gegenstand der Anwendung von Artikel 235quater des Strafprozessgesetzbuches waren, und den Parteien, die nur Gegenstand der Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches waren, führt,

- Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, insofern die Anklagekammer eine Bereinigung durchführte wegen Unregelmäßigkeiten, Versäumnissen oder Nichtigkeitsgründen gemäß Artikel 131 des Strafprozessgesetzbuches, ohne kontradiktorische Beschaffenheit, es den Parteien, die Gegenstand einer angewandten Technik der Observation und/oder Infiltrierung waren, nicht ermöglichen, dagegen ein Rechtsmittel einzulegen, während anderen Parteien, die Gegenstand ebenso eingreifender Maßnahmen wie die Inanspruchnahme von Informanten waren, diese Beschränkung nicht auferlegt wird,

- die Inanspruchnahme von Informanten, was den vertraulichen Charakter angeht, der Überprüfung der Anklagekammer entzogen wird, die sie sowohl für die vertrauliche als für die zugängliche Akte durchführt, und somit eine Ungleichheit entstehen kann für Parteien, die Gegenstand einer Technik der Observation und/oder Infiltrierung waren und auf die Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches zur Anwendung gebracht werden kann, während diejenigen, die nur Gegenstand einer Inanspruchnahme von Informanten sind, wobei diese Technik eine ebenso tief greifende Einmischung in das Privatleben im Sinne von Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellen kann, kein Anrecht auf eine ähnliche Überprüfung haben, wodurch ggf. gegen die Rechte der Verteidigung verstoßen werden kann, ohne dass jegliche Überprüfung durch ein vollwertiges und unparteiisches Gericht möglich ist,

- Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches die Anklagekammer als vollwertiges und unparteiisches Gericht bestimmt, das als einziges gerade vor der Regelung des Verfahrens die Regelmäßigkeit der ggf. angewandten besonderen Ermittlungstechniken der Observation

und/oder der Infiltrierung anhand der vertraulichen Akte und der für die Parteien zugänglichen Strafakte untersucht, wobei nichts zu verhindern scheint, es sei denn das Recht eines jeden auf ein vollwertiges unparteiisches Gericht, dass die Anklagekammer in der gleichen Zusammensetzung urteilt, ggf. bei der Regelung des Verfahrens, über die zugängliche Strafakte nach einer kontradiktorischen Verhandlung und dies in Kenntnis des Inhalts der vertraulichen Akte, die nur sie hat einsehen können, und die möglicherweise den Parteien entzogene Information enthalten kann in Bezug auf z.B. die Inanspruchnahme von Informanten, wobei Parteien, die nicht Gegenstand der Technik der Observation und/oder der Infiltrierung waren, während der Anwendung von Artikel 235*bis* des Strafprozessgesetzbuches somit vor einem vollwertigen und unparteiischen Gericht stehen, das infolge der Anwendung von Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches möglicherweise über mehr Informationen verfügt, als diejenigen, die aus der zugänglichen Strafakte folgen, wodurch sein Urteil somit zum Nachteil einer oder mehrerer Parteien in irreparabler Art und Weise beeinflusst werden kann? ».

Diese unter den Nummern 3985 und 3986 ins Geschäftsverzeichnis des Hofes eingetragenen Rechtssachen wurden verbunden.

(...)

### III. *In rechtlicher Beziehung*

(...)

#### *In Bezug auf die fraglichen Bestimmungen*

B.1.1. Die präjudiziellen Fragen beziehen sich auf die Artikel 47*sexies*, 47*septies*, 235*ter* und 235*quater* des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt beziehungsweise abgeändert 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.

B.1.2. Die Artikel 47*sexies* und 47*septies* des Strafprozessgesetzbuches regeln die besondere Ermittlungsmethode der Observation. Artikel 235*quater* bezieht sich auf die vorläufige Kontrolle, die durch die Anklagekammer während der gerichtlichen Untersuchung ausgeübt wird. Artikel 235*ter* beauftragt die Anklagekammer mit der Kontrolle über die

Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung. Aus der Prüfung der präjudiziellen Fragen geht hervor, dass der Hof ausschließlich bezüglich des Verfahrens vor der Anklagekammer und nicht bezüglich der eigentlichen Observation befragt wird. Der Hof begrenzt seine Untersuchung daher auf Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches; diese Bestimmung, eingefügt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005, lautete vor ihrer teilweisen Nichtigerklärung durch das Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007:

« § 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 47octies § 1 Absatz 2 erwähnte Zivilperson in Anwendung von Artikel 86bis und 86ter 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 6 vorgegangen.

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

B.1.3. Paragraph 6 dieser Bestimmung wurde durch das vorerwähnte Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007 für nichtig erklärt.

B.2.1. Mit der Einfügung der Artikel 235*ter*, 235*quater*, 189*ter* und 335*bis* in das Strafprozessgesetzbuch wollte der Gesetzgeber dem Urteil Nr. 202/2004 Rechnung tragen. In diesem Urteil hat der Hof festgestellt, dass « mögliche Ungesetzmäßigkeiten bei der Anwendung der Observation oder der Infiltrierung, die ausschließlich anhand der in der vertraulichen Akte enthaltenen Schriftstücke zu erkennen wären, nicht Gegenstand einer Kontrolle durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter sein können und dass diese Ungesetzmäßigkeiten *a fortiori* nicht sanktioniert werden können » (B.27.9). Der Hof hat erkannt, dass « die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Anwendung gewisser besonderer Ermittlungsmethoden unzureichend ist, damit geprüft wird, ob die dadurch verursachte Beeinträchtigung der Grundrechte gerechtfertigt ist und ob nicht auf unverhältnismäßige Weise gegen die Erfordernisse des fairen Verfahrens verstoßen wird, das durch Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert wird » (B.28).

B.2.2. Artikel 235*ter* beauftragt die Anklagekammer mit der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung. Die Kontrolle ist verpflichtend und findet nach dem Abschluss der Ermittlung statt, ehe die Staatsanwaltschaft zur



direkten Vorladung übergeht, oder am Ende der gerichtlichen Untersuchung, wenn der Untersuchungsrichter seine Akte dem Prokurator des Königs übermittelt gemäß Artikel 127 § 1 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches. Die Anklagekammer kann diese Kontrolle auch vorläufig vornehmen im Laufe der gerichtlichen Untersuchung, entweder von Amts wegen oder auf Ersuchen des Untersuchungsrichters oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin (Artikel 235*quater* desselben Gesetzbuches). Diese Kontrolle kann ebenfalls durch das erkennende Gericht (Artikel 189*ter* desselben Gesetzbuches) oder durch den Vorsitzenden des Assisenhofes (Artikel 335*bis* desselben Gesetzbuches) angeordnet werden, wenn nach der Kontrolle durch die Anklagekammer neue und konkrete Elemente ans Licht gekommen sind, die auf das Bestehen einer Unregelmäßigkeit in Bezug auf diese besonderen Ermittlungsmethoden hindeuten würden.

#### *In Bezug auf den Gegenstand der präjudiziellen Fragen*

B.3.1. Einige präjudizielle Fragen beziehen sich ausschließlich auf die besondere Ermittlungsmethode der Observation, während andere Fragen Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches insgesamt betreffen und sich somit auch auf die Infiltrierung beziehen. Da die Kontrolle über beide Ermittlungsmethoden durch die fragliche Bestimmung auf identische Weise geregelt wird, muss der Hof bei der Beantwortung der präjudiziellen Fragen nicht danach unterscheiden, ob sie sich nur auf die Observation oder auch auf die Infiltrierung beziehen.

B.3.2. Der Gegenstand der präjudiziellen Fragen in beiden Rechtssachen ist teils der gleiche und teils unterschiedlich. Kurz gefasst muss der Hof zur Verfassungsmäßigkeit von Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches Stellung beziehen, insofern:

- bei der Kontrolle der Anklagekammer über die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung der Zivilpartei und dem Beschuldigten kein Einblick in die vertrauliche Akte gewährt wird;

- die Kontrolle der Anklagekammer anvertraut wird, die in einer späteren Phase und möglicherweise in der gleichen Zusammensetzung über die Regelung des Verfahrens urteilen muss;

- bei der Kontrolle durch die Anklagekammer die Parteien getrennt angehört werden und das Verfahren folglich nicht kontradiktorisch ist, was insbesondere in dem Fall kritisierbar wäre, wenn sich das Untersuchungsgericht nicht nur zur Ordnungsmäßigkeit der vertraulichen Akte, sondern auch der Strafakte äußert;

- die Frist, die den Parteien zur Verfügung steht, um ihre Verteidigung vorzubereiten, zu kurz sein würde;

- gegen das Urteil der Anklagekammer keine Rechtsmittel möglich sind;

- die Kontrolle über die Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden nur die Observation und Infiltrierung betrifft, jedoch nicht die Inanspruchnahme von Informanten.

### *Zur Hauptsache*

B.4.1. Die fraglichen Bestimmungen sind Bestandteil einer Politik, die darauf abzielt, global gegen die organisierte Kriminalität und das schwere Verbrechen vorzugehen.

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.4.2. Den besonderen Ermittlungs- und Untersuchungsmethoden, die den Gegenstand der fraglichen Bestimmungen 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 präjudiziellen Fragen unter Berücksichtigung dieser Darlegungen.

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

B.5.1. Der Hof wird gefragt, ob Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung verstoße, 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, nicht besonderer Ermittlungsmethoden entweder vor den Untersuchungsgerichten oder vor den erkennenden Gerichten angefochten werden könne anhand aller Elemente der Strafakte.

B.5.2. Die Artikel 47<sup>septies</sup> und 47<sup>novies</sup> 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<sup>sexies</sup> § 3 und 47<sup>octies</sup> § 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<sup>sexies</sup> § 4 und 47<sup>octies</sup> § 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.5.3. 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.6. 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.7.1. 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.7.2. 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.8.1. Wie dies in B.2.1 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 235<sup>ter</sup> 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.8.2. 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 Strafsakte 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.8.3. Nur die Informationen, die den Schutz der Ausführenden und die eigentliche Anwendung der Ermittlungsmethoden gefährden können, werden der Einsichtnahme der Verteidigung entzogen. Alle anderen Informationen über die Anwendung dieser Ermittlungsmethoden müssen in die Strafsakte aufgenommen werden, die im Rahmen des Verfahrens im Sinne von Artikel 235<sup>ter</sup> 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.

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.8.4. 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) *Die Unparteilichkeit der Anklagekammer*

B.9.1. Der Hof wird ebenfalls gefragt, ob die Zuteilung der Kontrolle der vertraulichen Akte an die Anklagekammer den Artikeln 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit den Artikeln 6 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte Abbruch tue, indem dieses Untersuchungsgericht in einer späteren Phase und möglicherweise in der gleichen Zusammensetzung über die Regelung des Verfahrens urteilen müssen, wobei es seine Entscheidung treffen werde in Kenntnis der vertraulichen Akte und somit nach Kenntnisnahme von Elementen, die den Parteien nicht vorlägen und über die keine kontradiktorische Debatte stattgefunden habe.

B.9.2. Die Entscheidung, die Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung der Anklagekammer anzuvertrauen, hat der Gesetzgeber wie folgt gerechtfertigt:

« Wie bereits erwähnt, soll mit dem Gesetzentwurf der Situation abgeholfen werden, indem die Anklagekammer als unabhängige und unparteiische richterliche Instanz mit der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung beauftragt wird.

Der Gesetzgeber hat im Übrigen bereits früher in den Artikeln 136, 136*bis*, 235 und 235*bis* des Strafprozessgesetzbuches, die der Anklagekammer eine entscheidende Rolle bei der Kontrolle der gerichtlichen Untersuchungen zuweisen, die Grundlage dieser neuen Rolle festgelegt, die die Anklagekammer in Zukunft im Rahmen der Kontrolle und der Beobachtung der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden erfüllen wird. Die Entscheidung für die Anklagekammer als unabhängige und unparteiische richterliche Kontrollinstanz ist somit logisch und offensichtlich » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, SS. 54 und 55).

B.9.3. 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 235<sup>ter</sup> 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.9.4. 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.

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

B.10.1. Der Hof wird des Weiteren gefragt, ob Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches die Rechte der Verteidigung beeinträchtigt, indem die Parteien bei den Verfahren vor der Anklagekammer getrennt angehört würden und indem die Frist, über die sie verfügten, um ihre Verteidigung vorzubereiten, zu kurz wäre. Die fehlende kontradiktorische Beschaffenheit sei vor allem kritisierbar, wenn die Anklagekammer nicht nur die Ordnungsmäßigkeit der vertraulichen Akte sondern auch der Strafakte beurteile.

B.10.2. Gemäß Artikel 235<sup>ter</sup> § 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 Strafakte 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 56*bis* 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 86*bis* und 86*ter* des Strafprozessgesetzbuches anzuhören, und beschließen, bei dieser Anhörung anwesend zu sein oder eines ihrer Mitglieder damit zu beauftragen.

B.10.3. Artikel 235*ter* 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.10.4. Der Gesetzgeber konnte den Standpunkt vertreten, dass eine effektive Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer es erfordert, dass sie die in B.10.2 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.10.5. Insofern die Kontrolle im Sinne von Artikel 235<sup>ter</sup> 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.10.6. Im Vergleich zu den Fristen, die bei einem anderen Erscheinen vor den Untersuchungsgerichten anwendbar sind, kann die in Artikel 235<sup>ter</sup> § 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.11.1. 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.11.2. Der vorlegende Richter fragt den Hof, ob Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung und das Recht auf ein faires Verfahren verstoße, 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.11.3. Grundsätzlich geht der Hof bei der Beantwortung der präjudiziellen Fragen von der zur Prüfung vorgelegten Norm in der Auslegung des vorlegenden Richters aus.

Im vorliegenden Fall hat der Hof in seinem Urteil Nr. 105/2007 (Urteil in den Rechtssachen Nrn. 4003 u.a.) erkannt, dass die vom vorlegenden Richter unterbreitete Auslegung nicht mit dem Text der Artikel 235, 235bis und 235ter des Strafprozessgesetzbuches vereinbar ist.

B.11.4. 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 235bis § 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).

f) *Der Unterschied zwischen dem Verfahren nach Artikel 235ter und dem Verfahren nach Artikel 235quater*

B.11.5. Der vorlegende Richter befragt den Hof nach dem Behandlungsunterschied zwischen dem Kontrollverfahren, das in Artikel 235ter vorgesehen ist und eine Möglichkeit der Bereinigung vorsieht, und demjenigen, das in Artikel 235quater vorgesehen ist und diese Möglichkeit nicht vorsieht. Im Gegensatz zu der Kontrolle auf der Grundlage von Artikel 235ter, die jedes Mal verpflichtend stattfindet, wenn die besonderen Ermittlungsmethoden der Observation oder Infiltrierung im Rahmen einer Ermittlung oder einer gerichtlichen Untersuchung angewandt werden, ist die auf der Grundlage von Artikel 235quater durchgeführte Kontrolle fakultativ, wird sie vorläufig durchgeführt und erfolgt sie während der gerichtlichen Untersuchung.

Diese Kontrolle erfolgt « unbeschadet der Ausübung der in Artikel 235ter erwähnten Kontrolle », was bedeutet, dass in dem Fall, wo eine Observation oder Infiltrierung während einer Ermittlung oder einer gerichtlichen Untersuchung stattgefunden hat, die Anklagekammer nach deren Ablauf verpflichtend eine Kontrolle auf der Grundlage von Artikel 235ter durchführt, auch wenn sie vorher die Anwendung derselben Untersuchungstechniken auf der Grundlage von Artikel 235quater kontrolliert hat. Dieselbe Bereinigungsmöglichkeit auf der Grundlage von Artikel 235ter besteht folglich ungeachtet dessen, ob zuvor von der durch Artikel 235quater gebotenen Kontrollmöglichkeit Gebrauch gemacht wurde.

Daraus ergibt sich, dass der Unterschied zwischen den Verfahren, die in den Artikeln 235ter und 235quater vorgesehen sind, nicht unvereinbar mit den in der präjudiziellen Frage erwähnten Bestimmungen ist.

*g) Das Fehlen eines Rechtsmittels gegen das Urteil der Anklagekammer*

B.12.1. Der Hof wird ferner gefragt, ob Artikel 235<sup>ter</sup> § 6 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Rechte der Verteidigung verstoße, 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 235<sup>bis</sup> des Strafprozessgesetzbuches, in denen gegen die Entscheidung der Anklagekammer über die Ordnungsmäßigkeit des Strafverfahrens sehr wohl ein Rechtsmittel eingelegt werden könne.

B.12.2. Nachdem Artikel 235<sup>ter</sup> § 6 des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005, durch das Urteil Nr. 105/2007 für nichtig erklärt wurde, sind die präjudiziellen Fragen gegenstandslos geworden, insofern sie sich auf das Fehlen eines Rechtsmittels gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer beziehen.

*h) Das Fehlen einer Kontrolle über die Anwendung der Inanspruchnahme von Informanten*

B.13.1. Schließlich muss der Hof prüfen, ob Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches einen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung beinhaltet, indem die Kontrolle über die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung durchgeführt wird, jedoch keine Kontrolle über die Anwendung der Inanspruchnahme von Informanten.

B.13.2. Mit der Einführung von Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches wollte der Gesetzgeber den Einwänden gerecht werden, die der Hof in seinem Urteil Nr. 202/2004 in Bezug auf das Gesetz vom 6. Januar 2003 über die besonderen Ermittlungsmethoden und einige andere Untersuchungsmethoden festgestellt hat, da die vertrauliche Akte über die Observation und Infiltrierung nicht Gegenstand einer Kontrolle durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter sein konnte.

B.13.3. Bezüglich der Inanspruchnahme von Informanten führt der Hof in diesem Urteil an:

« B.27.2. Die vertrauliche Akte über die Informanten hat weder die gleiche Tragweite noch den gleichen Inhalt wie die vertrauliche Akte über die Anwendung einer Observation oder einer Infiltrierung. Sie enthält grundsätzlich keine Beweise, die in einem späteren Verfahren verwendet werden. Diese müssen nämlich Gegenstand des Protokolls im Sinne von Artikel 47*decies* § 6 Absatz 4 sein. Die vertrauliche Akte ist hingegen von wesentlicher Bedeutung, damit die Anonymität und somit die Sicherheit der Informanten gewahrt werden. [...] ».

B.13.4. Die gesetzliche Regelung über die Inanspruchnahme von Informanten wurde zwar durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005 abgeändert, indem Artikel 47*decies* § 7 des Strafprozessgesetzbuches es den Informanten erlaubte, unter bestimmten Voraussetzungen Straftaten zu begehen. In seinem Urteil Nr. 105/2007 hat der Hof die letztgenannte Bestimmung jedoch für nichtig erklärt. Er stellt diesbezüglich fest:

« B.8.20. Insofern dieser Artikel schließlich die Kontrolle der Anwendung von Artikel 47*decies* § 7 nicht einem unabhängigen und unparteiischen Richter anvertraut, verstößt er gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Die vertrauliche Akte über die Informanten enthält fortan Elemente, die eine ähnliche Tragweite haben wie die vertrauliche Akte über die Anwendung einer Infiltrierung, was vorher nicht der Fall war, wie der Hof dies in B.27.2 seines Urteils Nr. 202/2004 festgestellt hat. Diese Akte muss also in Bezug auf diese Elemente durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter geprüft werden.

B.8.21. Die Klagegründe sind in dem vorstehend beschriebenen Maße begründet.

B.8.22. Artikel 47*decies* § 7 des Strafprozessgesetzbuches ist für nichtig zu erklären ».

B.13.5. Wegen der Nichtigerklärung durch das Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007 und aus den im Urteil Nr. 202/2004 vom 21. Dezember 2004 dargelegten Gründen ist Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches, indem er keine Kontrolle in Bezug auf die Anwendung der Inanspruchnahme von Informanten vorsieht, nicht unvereinbar mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

erkennt für Recht:

1. Die präjudiziellen Fragen sind gegenstandslos geworden, insofern sie sich auf Artikel 235<sup>ter</sup> § 6 des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005, beziehen.

2. Artikel 235<sup>ter</sup> §§ 1 bis 5 des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005, verstößt nicht gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, an sich oder in Verbindung mit den in den präjudiziellen Fragen genannten Vertragsbestimmungen.

Verkündet in niederländischer und französischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989, in der öffentlichen Sitzung vom 26. Juli 2007.

Der Kanzler,

Der Vorsitzende,

(gez.) P.-Y. Dutilleux

(gez.) A. Arts