

Geschäftsverzeichnismrn. 4457, 4458, 4460 und  
4463

Urteil Nr. 45/2009  
vom 11. März 2009

URTEILSAUSZUG

---

*In Sachen:*

- Präjudizielle Fragen in Bezug auf Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches, gestellt vom Kassationshof.
- Präjudizielle Fragen in Bezug auf die Artikel 235<sup>ter</sup> und 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches, gestellt vom Kassationshof.

Der Verfassungsgerichtshof,

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

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

\*

\* \*

## I. Gegenstand der präjudiziellen Fragen und Verfahren

a) In zwei Urteilen vom 2. April 2008 in Sachen C.P. bzw. A.Y., deren Ausfertigungen am 18. April 2008 in der Kanzlei des Hofes eingegangen sind, hat der Kassationshof folgende präjudizielle Frage gestellt:

« Verstößt Artikel 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, indem er keine unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen ein in Anwendung von Artikel 235ter desselben Gesetzbuches ergangenes Urteil der Anklagekammer gestattet, während derselbe Artikel 416 Absatz 2 wohl eine unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen ein in Anwendung von Artikel 235bis des vorerwähnten Gesetzbuches ergangenes Urteil der Anklagekammer gestattet? ».

b) In seinem Urteil vom 8. April 2008 in Sachen J.L. und anderer, dessen Ausfertigung am 23. April 2008 in der Kanzlei des Hofes eingegangen ist, hat der Kassationshof 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 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? »

c) In seinem Urteil vom 22. April 2008 in Sachen K. V.M. und S. D.B., dessen Ausfertigung am 30. April 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 eines Verweisungsantrags

Verweisungsantrags sind, dessen 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? »

Diese unter den Nummern 4457, 4458, 4460 und 4463 ins Geschäftsverzeichnis des Hofes eingetragenen Rechtssachen wurden verbunden.

(...)

### III. *In rechtlicher Beziehung*

(...)

*In Bezug auf die präjudiziellen Fragen in den Rechtssachen Nrn. 4457, 4458 und 4460 und die erste präjudizielle Frage in der Rechtssache Nr. 4463*

B.1. Mit den vorstehend zitierten präjudiziellen Fragen möchte der Kassationshof in Erfahrung bringen, ob die Artikel 235<sup>ter</sup> und 416 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches in der Fassung vor ihrer Abänderung durch das Gesetz vom 16. Januar 2009 « zur Abänderung der Artikel 189<sup>ter</sup>, 235<sup>ter</sup>, 335<sup>bis</sup> und 416 des Strafprozessgesetzbuches » (*Belgisches Staatsblatt*, 16. Januar 2009, zweite Ausgabe) (nachstehend: das 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 189<sup>ter</sup> oder Artikel 235<sup>ter</sup> in der Fassung vor deren 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 235<sup>bis</sup> des Strafprozessgesetzbuches.

In seinem Urteil Nr. 111/2008 vom 31. Juli 2008 hat der Hof ähnliche 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 235*bis* 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 189*ter* 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 47*sexies* § 3 Nr. 6 und 47*octies* § 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 beauftragten 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 bestimmte 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, 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 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches durch das vorerwähnte Urteil Nr. 105/2007 beruhte auf folgenden Gründen:

« B.16.1. Die Parteien führen sodann an, Artikel 235*ter* § 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 235*bis* 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 235*bis* des Strafprozessgesetzbuches über die Ordnungsmäßigkeit des Strafverfahrens.

B.16.3. Indem Artikel 235*ter* § 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 235*ter* 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 vertraulichen 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 beigefügt 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 47sexies § 2 und 47octies § 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 235ter 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 Rechtsache 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 Nichtigerklärung 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. Anlässlich des Urteils des Hofes Nr. 202/2004 vom 21. Dezember 2004 Folge 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

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 189*ter* oder Artikel 235*ter* getroffen werden, ebenso wie diejenigen, die in Anwendung von Artikel 235*bis* 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 235*bis* eine direkte Kassationsbeschwerde zu ermöglichen durch Abweichung von der in Absatz 1 von Artikel 416 enthaltenen Regel, war 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 189*ter* oder Artikel 235*ter* nicht ebenfalls Gegenstand einer unmittelbaren Kassationsbeschwerde sein konnten.

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 235*ter* die gleiche Tragweite hat wie in Bezug auf die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235*bis*.

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 Artikeln 189*ter* oder 235*ter* 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. 4457, 4458 und 4460 und die erste präjudizielle Frage in der Rechtssache Nr. 4463 sind bejahend zu beantworten.

*In Bezug auf die zweite präjudizielle in der Rechtssache Nr. 4463*

B.12. Mit der zweiten präjudiziellen Frage in der Rechtssache Nr. 4463 möchte der Kassationshof in Erfahrung bringen, ob Artikel 235<sup>ter</sup> § 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<sup>ter</sup> § 2 Absatz 3 nicht vorgesehen habe, dass die Kategorie von Personen, die Gegenstand der besonderen Ermittlungsmethode der Observation sei, im Hinblick auf die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit dieser besonderen Ermittlungsmethode eine Kopie der Strafakte erhalten könne, und bestimmt habe, dass diese Kategorie nur über einen Zeitraum von 48 Stunden verfüge, um die Strafakte einzusehen, während die Kategorie von Personen, die Gegenstand einer ebenso tief greifenden Verletzung ihres Privatlebens sei, wie im Falle eines Haussuchungsbeschlusses oder eines Beschlusses zum Abhören von Telefongesprächen, wohl dessen Ordnungsmäßigkeit 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.13. In dieser präjudiziellen Frage wird die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethode der Observation mit der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der

« ordentlichen » Ermittlungsmethoden verglichen, insbesondere mit der Haussuchung und dem Abhören von Telefongesprächen, und zwar aus dem Blickwinkel der Besorgung einer Kopie der Strafakte und der Frist von 48 Stunden für die Einsichtnahme in diese Akte.

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

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

In diesem 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.

[...]

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 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 ».

B.15. In seinem auf präjudizielle Fragen hin verkündeten Urteil Nr. 107/2007 vom 26. Juli 2007 hat der Hof im selben Sinne entschieden.

B.16. Es gibt im vorliegenden Fall keinen Grund, anders zu urteilen.

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

B.18. Die zweite präjudizielle Frage in der Rechtssache Nr. 4463 ist 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 189<sup>ter</sup>, 235<sup>ter</sup>, 335<sup>bis</sup> 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 189<sup>ter</sup> oder 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches vorsieht.

2. Artikel 235<sup>ter</sup> § 2 des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005, 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 französischer und niederländischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989, in der öffentlichen Sitzung vom 11. März 2009.

Der Kanzler,

Der Vorsitzende,

(gez.) P.-Y. Dutilleux

(gez.) M. Melchior