

Geschäftsverzeichnisnr. 4685
Urteil Nr. 196/2009 vom 3. Dezember 2009

## URTEIL

---

*In Sachen:* Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 2 und 3 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 zur Abänderung der Artikel 189*ter*, 235*ter*, 335*bis* und 416 des Strafprozessgesetzbuches, erhoben von M.K. und anderen.

Der Verfassungsgerichtshof,

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

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

\*

\* \*

## I. *Gegenstand der Klage und Verfahren*

Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 15. April 2009 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 16. April 2009 in der Kanzlei eingegangen ist, erhoben Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 2 und 3 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 zur Abänderung der Artikel 189ter, 235ter, 335bis und 416 des Strafprozessgesetzbuches (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 16. Januar 2009, zweite Ausgabe): M.K., F.M., J.M., F.S., T.V. H., O.V., B.V., S.V., O.O., C.M., C.V., A.H., A.K. und A.P., die alle in 9000 Gent, Recollettenlei 39-40, Domizil erwählt haben.

Die von denselben klagenden Parteien erhobene Klage auf einstweilige Aufhebung derselben Bestimmungen wurde mit Urteil Nr. 98/2009 vom 10. Juni 2009, das im *Belgischen Staatsblatt* vom 7. August 2009 veröffentlicht wurde, zurückgewiesen.

Der Ministerrat hat einen Schriftsatz eingereicht, die klagenden Parteien haben einen Erwiderungsschriftsatz eingereicht und der Ministerrat hat auch einen Gegenerwiderungsschriftsatz eingereicht.

Auf der öffentlichen Sitzung vom 12. November 2009

- erschienen

. RA H. Rieder, in Gent zugelassen, für die klagenden Parteien,

. RA J. Bourtembourg und RA F. Vandevoorde, *loco* RA F. Belleflamme, in Brüssel zugelassen, für den Ministerrat,

- haben die referierenden Richter T. Merckx-Van Goey und M. Melchior Bericht erstattet,

- wurden die vorgenannten Rechtsanwälte angehört,

- wurde die Rechtssache zur Beratung gestellt.

Die Vorschriften des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989, die sich auf das Verfahren und den Sprachgebrauch beziehen, wurden eingehalten.

## II. In rechtlicher Beziehung

(...)

### *In Bezug auf die angefochtenen Bestimmungen*

B.1.1. Die klagenden Parteien beantragen die Nichtigerklärung der Artikel 2 und 3 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 zur Abänderung der Artikel 189ter, 235ter, 335bis und 416 des Strafprozessgesetzbuches.

B.1.2. Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 bestimmt:

« Artikel 189ter des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005, wird um einen Absatz 4 mit folgendem Wortlaut ergänzt:

‘ Außer in dem in Absatz 1 vorgesehenen Fall kann der Tatsachenrichter oder der Kassationshof bei einem Zwischenstreit in Bezug auf die Gesetzmäßigkeit hinsichtlich der Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung der Staatsanwaltschaft die Sache übermitteln, damit diese vor die zuständige Anklagekammer im Hinblick auf die Kontrolle im Sinne von Artikel 235ter gebracht wird. ’ ».

Die ersten drei Absätze von Artikel 189ter des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005, bestimmen:

« 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.1.3. Artikel 3 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 bestimmt:

« In Artikel 235ter § 2 Absatz 3 desselben Gesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005, wird die Wortfolge ‘ Auf die gleiche Weise hört sie die Zivilpartei und den Beschuldigten an ’ durch die Wortfolge ‘ In Anwesenheit des Generalprokurators hört sie separat die Zivilparteien und die Beschuldigten an ’ ersetzt ».

Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005, bestimmte vor der Nichtigerklärung seines Paragraphen 6 durch das Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007 und vor der Abänderung durch das 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 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 vorgegangen.

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

B.1.4. Der durch das vorerwähnte Urteil Nr. 105/2007 für nichtig erklärte Paragraph 6 von Artikel 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches wurde durch den nicht angefochtenen Artikel 4 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 wieder aufgenommen und bestimmt nunmehr:

« § 6. Die Kassationsbeschwerde muss innerhalb einer Frist von fünfzehn Tagen mittels einer Erklärung bei der Kanzlei der Anklagekammer eingereicht werden. Diese Frist setzt am Tag der Urteilsverkündung ein.

Ist jedoch einer der Beschuldigten Gegenstand einer Freiheitsentziehung, so muss die Kassationsbeschwerde innerhalb einer Frist von vierundzwanzig Stunden eingereicht werden, die für die Staatsanwaltschaft und für jede der Parteien am Tag der Urteilsverkündung einsetzt ».

B.2.1. Die angefochtenen Bestimmungen beziehen sich im Besonderen auf die Kontrolle der vertraulichen Akte, die im Fall der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation oder Infiltrierung angelegt werden muss.

Die vom Prokurator des Königs verwaltete Akte enthält 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 werden kann, sowie der Name und die Eigenschaft des Gerichtspolizeioffiziers, der die Maßnahme leitet, angegeben werden (Artikel 47*sexies* § 3 und 47*octies* § 3 des Strafprozessgesetzbuches). Die vertrauliche Akte enthält auch die den Polizeibeamten durch den Prokurator des Königs erteilte Genehmigung, 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).

Neben der Akte, die vertraulich ist, um die körperliche Unversehrtheit von Personen zu schützen, die an den besonderen Ermittlungsmethoden teilnehmen, und um bestimmte Techniken zu verhüllen, damit die Wirksamkeit der angewandten Methoden für die Zukunft gewährleistet wird, enthält die normale Strafakte ein Protokoll des Gerichtspolizeioffiziers, der die Durchführung der Observation oder der Infiltrierung leitet, über die verschiedenen Phasen ihrer Durchführung unter Auslassung der vertraulichen Angaben. Dieses Protokoll verweist auf die Genehmigung zur Anwendung der Observation oder der Infiltrierung und enthält auch die Angaben im Sinne von Artikel 47*sexies* § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 (im Fall der Observation) und von Artikel 47*octies* § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 (im Fall der Infiltrierung). Diese Angaben sind die ernsthaften Indizien der strafbaren Handlung, die die Observation oder Infiltrierung rechtfertigen, die Gründe, aus denen die Anwendung dieser Methode unentbehrlich für die Wahrheitsfindung ist, der Name oder die Beschreibung der Person oder der Personen, auf die sich die Methode bezieht, sowie der Zeitraum, in dem die Observation oder Infiltrierung durchgeführt werden dürfen.

Die betreffenden Protokolle werden mit der schriftlichen Entscheidung, mit der der Prokurator des Königs oder der Untersuchungsrichter das Bestehen seiner Genehmigung zur Observation oder Infiltrierung bestätigt, der Strafakte nach dem Abschluss der Observation oder der Infiltrierung beigelegt (Artikel 47*septies* § 2 und 47*novies* § 2).

B.2.2. Nachdem der Hof in seinem Urteil Nr. 202/2004 vom 21. Dezember 2004 das Fehlen einer gerichtlichen Kontrolle der vertraulichen Akte für verfassungswidrig erklärt hatte, hat der

Gesetzgeber die Anklagekammer mit der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung beauftragt (Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005). Die Kontrolle ist zwingend vorgeschrieben; sie wird beim Abschluss der Ermittlungen durchgeführt, bevor die Staatsanwaltschaft eine direkte Ladung vornimmt, oder beim Abschluss 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 durchführen während der gerichtlichen Untersuchung, entweder von Amts wegen oder auf Verlangen des Untersuchungsrichters oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft (Artikel 235<sup>quater</sup> desselben Gesetzbuches). Diese Kontrolle kann ebenfalls durch das erkennende Gericht angeordnet werden (Artikel 189<sup>ter</sup> desselben Gesetzbuches) oder durch den Vorsitzenden des Assisenhofes (Artikel 335<sup>bis</sup> desselben Gesetzbuches), wenn nach der Kontrolle durch die Anklagekammer neue und konkrete Elemente ans Licht kommen, die auf eine Unregelmäßigkeit bezüglich dieser besonderen Ermittlungsmethoden hindeuten könnten.

B.2.3. Der Hof hat in seinem Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007 bereits unter anderem über die Beschwerde geurteilt, dass die Zivilpartei und der Beschuldigte die vertrauliche Akte nicht einsehen können. Der Hof gelangte zu der Schlussfolgerung, dass der Wille des Gesetzgebers, die schwere Kriminalität wirksam zu bekämpfen, und die Notwendigkeit, hierzu gewisse sensible Angaben geheim zu halten, gefährdet wären, wenn die Beschuldigten bei dieser Art der Kriminalität bei der Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer Zugang zu dieser Akte erhalten würden; der Hof erkannte, dass es nicht unvernünftig ist, 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. Der Hof berücksichtigte dabei unter anderem, dass Angaben der vertraulichen Akte nicht als Beweis zum Nachteil des Beschuldigten verwendet werden dürfen und dass nur die Informationen, die den Schutz der Ausführenden und die eigentliche Anwendung der Ermittlungsmethoden gefährden können, der Einsichtnahme der Verteidigung entzogen werden, während alle anderen Informationen über die Anwendung und die Durchführung dieser Ermittlungsmethoden in die Strafakte aufgenommen werden müssen, die im Rahmen des Verfahrens im Sinne von Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches durch die Zivilpartei und den Beschuldigten eingesehen werden können. Der Klagegrund, in dem ein Verstoß 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, angeführt wurde, wurde deshalb für unbegründet erklärt (B.9.4.1 bis B.12.5 des Urteils Nr. 105/2007).

B.2.4. Der Hof hat sich in dem vorerwähnten Urteil Nr. 105/2007 ebenfalls zu der Beschwerde geäußert, dass die Parteien vor der Anklagekammer separat angehört würden und dass das Verfahren nicht kontradiktorisch sei. Diesbezüglich hat der Hof erkannt:

« B.14.4. Der Gesetzgeber konnte den Standpunkt vertreten, dass eine effektive Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer es erfordert, dass sie die [...] Anhörungen [gemäß Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches] 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 ».

Weder bei dieser Gelegenheit, noch in seinen Urteilen Nrn. 107/2007 vom 26. Juli 2007 und 25/2009 vom 18. Februar 2009 hat der Hof sich zur ständigen Anwesenheit der Staatsanwaltschaft während der Anhörungen im Sinne von Artikel 235ter § 2 des Strafprozessgesetzbuches geäußert.

#### *In Bezug auf das Interesse der klagenden Parteien*

B.3. Ohne dass es nötig wäre, die Situation jeder der klagenden Parteien einzeln zu prüfen, genügt die Feststellung, dass sie geltend machen, dass sie an individuellen Strafverfahren beteiligt seien, bei denen sich die Frage nach der Gesetzmäßigkeit der Kontrolle der Verwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung gemäß Artikel 235ter des



Strafprozessgesetzbuches erhebe. Die klagenden Parteien weisen ein Interesse an der Nichtigerklärung der angefochtenen Bestimmungen auf, die sich eben auf das Verfahren vor der Anklagekammer gemäß dem vorerwähnten Artikel 235<sup>ter</sup> beziehen.

Der vom Ministerrat geltend gemachte Umstand, dass der Kassationshof in einem Urteil vom 3. März 2009 erkannt habe, dass die erkennenden Gerichte an den Beschluss der Anklagekammer gebunden seien, entzieht den klagenden Parteien nicht ihr Interesse an der Anfechtung der Bestimmungen, die auf die Verfahren, an denen sie beteiligt sind, Anwendung finden und die es den erkennenden Gerichten ermöglichen, eine erneute Kontrolle durch die Anklagekammer durchführen zu lassen.

Die Einrede wird abgewiesen.

#### *Zur Hauptsache*

#### *In Bezug auf den ersten Klagegrund*

B.4.1. In einem ersten Klagegrund, der gegen Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 gerichtet ist, führen die klagenden Parteien einen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit den Artikeln 6 Absatz 1 und 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention an.

Sie führen an, der Gesetzgeber verfolge mit diesem Artikel kein rechtmäßiges Ziel, die Maßnahme sei nicht notwendig und sei ebenfalls unverhältnismäßig zum Ziel.

Nach Auffassung der klagenden Parteien verstoße Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 gegen die im Klagegrund angeführten Referenznormen, insbesondere dadurch, dass es möglich sei, dass ein Richter - auf einen Hinweis eines anderen Richters hin und nicht immer des Kassationsrichters - seine rechtskräftige Entscheidung abändere.

Die klagenden Parteien führen weiterhin an, die angefochtene Bestimmung verstoße auch gegen die « Grundsätze der ordnungsmäßigen Gesetzgebung », und die Möglichkeit der durch

einen Richter vorgenommenen neuen Beurteilung einer Streitsache, die durch eine rechtskräftige Entscheidung entschieden worden sei, führe zu einer vollständigen Rechtsunsicherheit, so dass auch gegen das Legalitätsprinzip und den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen werde.

B.4.2. Der Hof ist befugt, über die Vereinbarkeit von Gesetzesnormen mit den in Artikel 142 der Verfassung und in Artikel 1 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 angeführten Referenznormen zu befinden, kann jedoch keine direkte Prüfung anhand der « Grundsätze der ordnungsmäßigen Gesetzgebung » und des Grundsatzes der Rechtssicherheit vornehmen.

B.5.1. Der Ministerrat führt an, der Klagegrund sei undeutlich und somit unzulässig.

B.5.2. Der Klagegrund ist ausreichend deutlich, insofern er vernünftigerweise so ausgelegt werden kann, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Sinne der Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit dem Recht auf ein faires Verfahren, das durch Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet wird, angeführt wird, wobei die Kategorie von Personen, in Bezug auf die gegen dieses Grundrecht verstoßen werde, mit der Kategorie von Personen zu vergleichen ist, der dieses Grundrecht gewährleistet werde.

B.6. Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention findet zwar im Prinzip nicht Anwendung in der Phase vor dem Strafverfahren bei den über die Begründetheit der Strafverfolgung urteilenden Rechtsprechungsorganen; es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Erfordernisse von Artikel 6, und insbesondere von dessen Absatz 3, eine Rolle spielen können, bevor die Rechtssache beim Tatsachenrichter anhängig gemacht wird, wenn und insofern deren ursprüngliche Missachtung die faire Beschaffenheit des Verfahrens ernsthaft in Gefahr zu bringen droht (EuGHMR, 24. November 1993, *Imbrioscia* gegen Schweiz).

Im Übrigen stellen die besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung eine Beeinträchtigung des Rechtes auf Privatleben oder der Unverletzlichkeit der Privatwohnung dar, die sich auf das beschränken muss, was zur Bekämpfung bestimmter Formen der schwerwiegenden Kriminalität notwendig ist. Jeder, der sich durch eine solche Einmischung bedroht fühlt, muss gegebenenfalls Zugang zu einem Richter erhalten, der in der Lage ist zu beurteilen, ob die diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften eingehalten wurden, ob solche

Maßnahmen notwendig sind in einer demokratischen Gesellschaft, und ob sie in einem vernünftigen Verhältnis zur Zielsetzung stehen. Nicht nur Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Rechts auf ein faires Verfahren und der Rechte der Verteidigung müssen beachtet werden.

B.7. Mit dem Gesetz vom 16. Januar 2009 sollen hauptsächlich die Folgen von Abweichungen in der Rechtsprechung bezüglich der Anwesenheit der Staatsanwaltschaft bei den Anhörungen in der Anklagekammer anlässlich der Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung in Anwendung von Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches behoben werden.

Diese Abweichungen bezogen sich insbesondere auf die ehemaligen Absätze 2 und 3 von Artikel 235<sup>ter</sup> § 2, die bestimmten: « Die Anklagekammer hört die Ausführungen des Generalprokurators separat und in Abwesenheit der Parteien an » und « auf die gleiche Weise hört sie die Zivilpartei und den Beschuldigten an ».

Im Gegensatz zu den Anklagekammern der anderen Ressorts hat die Anklagekammer des Appellationshofes Gent diese Bestimmungen so ausgelegt, dass zunächst den Antrag des Generalprokurators in Abwesenheit der übrigen Parteien angehört wird, und dass anschließend die Zivilpartei und der Beschuldigte in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft angehört werden.

In seinem Urteil vom 28. Oktober 2008 (AL P.08.0706.N) hat der Kassationshof erkannt:

« Artikel 235<sup>ter</sup> § 2 Absätze 2 und 3 des Strafprozessgesetzbuches [...] impliziert nicht, dass der Generalprokurator nicht bei der Anhörung die Zivilpartei oder des Beschuldigten anwesend sein darf. Er bestimmt hingegen, dass dann, wenn der Generalprokurator nicht anwesend ist, das Verfahren im Sinne von Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches nichtig ist ».

Der Appellationshof Gent vertrat in einem Urteil vom 6. Januar 2009 (www.juridat.be Nr. N.20090106) den Standpunkt, dass die separate Anhörung der Staatsanwaltschaft und der anderen Parteien während der vorherigen Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation durch die Anklagekammer gegen das Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren und gegen das Recht auf ein faires Verfahren, das durch Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet werde, verstoße. Der Appellationshof bezog sich auf ein Urteil des Kassationshofes vom 14. Oktober 2003 (P.03.0762.N) (*Arr. Cass.*, 2003, 1862) und

vertrat die Auffassung, ein auf dieser Ermittlungsmethode beruhender Beweis sei unzulässig; er erklärte die Strafverfolgung für unzulässig, da die gerichtliche Voruntersuchung weitgehend auf diesen besonderen Ermittlungsmethoden beruhte.

Weitere Urteile des Appellationshofes Gent desselben Datums weisen in die gleiche Richtung.

B.8. Der Gesetzentwurf vom 8. Januar 2009 zur Ergänzung der Artikel 189<sup>ter</sup> und 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches bezweckte, die Unsicherheit bezüglich des Verfahrens vor der Anklagekammer bei der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden zu beseitigen und den Wortlaut des Gesetzes zu verdeutlichen, damit etwaige Verfahrensfehler nicht unverhältnismäßige Folgen für die Strafverfolgung haben (*Parl. Dok.*, Senat, 2008-2009, Nr. 4-1091/1).

Im Hinblick auf eine Lösung für dieses als akut angesehene Problem hat der Gesetzgeber sich dafür entschieden, eine neue Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung durch die Anklagekammer zu ermöglichen entsprechend der Auslegung des Kassationshofes in dem vorerwähnten Urteil vom 28. Oktober 2008, zusätzlich zu der bestehenden Möglichkeit von Artikel 189<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches, aufgrund dessen die erkennenden Gerichte auf der Grundlage konkreter Elemente, die erst nach der vorherigen Kontrolle durch die Anklagekammer ans Licht kommen, eine zusätzliche Kontrolle anordnen können.

Zu diesem Zweck ermöglicht der angefochtene Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 bei einem « Zwischenstreit in Bezug auf die Gesetzmäßigkeit » hinsichtlich der Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung eine Kontrolle auf Initiative des Tatsachenrichters oder des Kassationshofes im Rahmen einer unmittelbaren Kassationsbeschwerde gegen die betreffenden Urteile der Anklagekammer. Der ebenfalls angefochtene Artikel 3 bestimmt ausdrücklich, dass die Anhörung der Zivilpartei und des Beschuldigten in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft geschehen muss.

Der Minister der Justiz erklärte im Laufe der Vorarbeiten, dass « ein erster Schritt die unmittelbare und dringende Korrektur ist » und dass « ein zweiter Schritt in einer formalen

Verpflichtung besteht, das gesamte Verfahren zu überprüfen und später die notwendigen weiteren Korrekturen vorzunehmen » (*Parl. Dok.*, Senat, 2008-2009, Nr. 4-1091/3, S. 5).

B.9. Das Gesetz vom 16. Januar 2009 wurde am selben Tag im *Belgischen Staatsblatt* veröffentlicht und ist gemäß seinem Artikel 7 auch an diesem Datum in Kraft getreten.

Mit diesem sofortigen Inkrafttreten wollte der Gesetzgeber so schnell wie möglich Klarheit in die Auslegung von Artikel 235ter § 2 des Strafprozessgesetzbuches bringen, gemäß dem vorerwähnten Urteil des Kassationshofes vom 28. Oktober 2008. Die in Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 vorgesehene Maßnahme in Bezug auf die Kategorie von Personen in einer Strafsache, in der die besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung angewandt wurden, hat das rechtmäßige Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen und zu vermeiden, dass eine anderslautende Auslegung erneut zur Folge haben könnte, dass Personen, die schwerer Straftaten verdächtigt werden, wegen eines Formfehlers bei der Kontrolle der Beweisführung in Strafsachen der Verfolgung entgehen könnten.

Der von den klagenden Parteien geltend gemachte Umstand, dass dieses Rechtsmittel in anderen als den vom Gesetzgeber hauptsächlich ins Auge gefassten Fällen verwendet werden würde, entzieht der Maßnahme nicht ihre Rechtfertigung. Diese Verwendung ist übrigens vielmehr geeignet, die Garantie des Rechtes der Verteidigung zu erhöhen.

B.10.1. Der Hof muss noch prüfen, ob die angefochtene Bestimmung unverhältnismäßige Folgen hat.

Die klagenden Parteien führen an, die Rechtskraft richterlicher Entscheidungen werde missachtet und das durch Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierte Recht auf ein faires Verfahren werde verletzt.

B.10.2. Mit den Artikeln 2 und 3 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 soll nicht den vorerwähnten Urteilen des Appellationshofes Gent Abbruch geleistet werden, die übrigens - wie in der Sitzung anlässlich der Klage auf einstweilige Aufhebung bereits dargelegt wurde - keine Rechtskraft erlangt haben, sondern Gegenstand von Kassationsbeschwerden waren, die zur

Kassation dieser Urteile und zur Verweisung der Rechtssachen an den Appellationshof Antwerpen geführt haben, unter anderem durch Urteil vom 3. März 2009 (P.09.0079.N).

Die angefochtenen Bestimmungen finden als Verfahrensregeln gemäß Artikel 3 des Gerichtsgesetzbuches jedoch unmittelbar Anwendung auf die anhängigen Rechtssachen. Damit soll nicht rechtskräftigen Urteilen der Anklagekammer Abbruch geleistet werden, sondern sie sehen ein spezifisches Rechtsmittel vor unter Berücksichtigung der vorerwähnten Zielsetzung allgemeinen Interesses, wobei die Kontrolle der vertraulichen Akte bei der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung erneut durch dieselbe Anklagekammer erfolgt. Der Gesetzgeber bezweckt nicht, die inhaltliche Kontrolle der vertraulichen Akte zu beeinflussen, sondern er fügt lediglich eine Hypothese hinzu, in der diese Kontrolle neben den Hypothesen des ursprünglichen Artikels 189<sup>ter</sup> Absatz 1 und des Artikels 235<sup>quater</sup> des Strafprozessgesetzbuches im Nachhinein durch das hierzu ausschließlich befugte Rechtsprechungsorgan entsprechend der Auslegung des Kassationshofes vorgenommen werden kann, wobei die betreffenden Anhörungen in ständiger Anwesenheit der Staatsanwaltschaft stattfinden.

B.10.3. In ihrem Erwidierungsschriftsatz bemängeln die klagenden Parteien, dass ein « spezifisches Rechtsmittel » eingeführt werde, das nur bei Formfehlern bezüglich der Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden angewandt werden könne, und nicht bei solchen bezüglich der Kontrolle des Abhörens von Telefongesprächen oder der Haussuchungen.

Die Spezifität der in B.7 und B.8 dargelegten Problematik bezüglich der durch die Anklagekammer vorgenommenen Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung gemäß Artikel 235<sup>ter</sup> des Strafprozessgesetzbuches rechtfertigt die Annahme einer geeigneten Lösung durch den Gesetzgeber, während eine vergleichbare Maßnahme für die Kontrolle des Abhörens von Telefongesprächen oder der Haussuchungen nicht erforderlich war, da es bei diesen Maßnahmen keine vertrauliche Akte gibt.

B.10.4. In Bezug auf die angebliche Missachtung der Rechtskraft von Urteilen der Anklagekammer sind sowohl die spezifische Tragweite der Rechtskraft in Strafsachen als auch die besondere Beschaffenheit der betreffenden Urteile zu berücksichtigen.

Ohne dass im vorliegenden Fall ermittelt werden muss, ob die vorbereitenden Urteile der Anklagekammer Rechtskraft haben in Bezug auf die in Strafsachen erkennenden Gerichte, genügt die Feststellung, dass die Tragweite dieser Urteile nicht so weit reicht, dass sie einer erneuten Kontrolle der vertraulichen Akte durch die gleiche Anklagekammer verhindern würden. Diese Urteile beschränken sich auf eine Prüfung der Gesetzmäßigkeit der angewandten besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung. Im Übrigen können, wie der Hof bereits in B.12.3 seines vorerwähnten Urteils Nr. 105/2007 festgestellt hat, die Angaben der vertraulichen Akte nicht als Beweis zum Nachteil des Beschuldigten verwendet werden.

B.10.5. Schließlich weisen die klagenden Parteien nicht auf annehmbare Weise nach, dass ihr Recht auf Verteidigung verletzt würde.

In seinem Urteil Nr. 105/2007 hat der Hof erkannt, dass die Rechte der Verteidigung durch eine separate Anhörung der Parteien nicht auf unverhältnismäßige Weise verletzt werden. Das Recht der klagenden Parteien auf ein faires Verfahren wird nicht verletzt, indem nunmehr die Möglichkeit einer zusätzlichen Phase im Verfahren vor der Anklagekammer besteht, wobei die Staatsanwaltschaft während der Anhörungen der Parteien ständig anwesend ist, was ihre Möglichkeit auf eine kontradiktorische Debatte verbessert.

Als Beschuldigte kann es für die klagenden Parteien übrigens nur von Vorteil sein, wenn anlässlich einer neuen Kontrolle Unregelmäßigkeiten festgestellt werden, die eine Entfernung der für nichtig erklärten Schriftstücke aus der Akte gemäß Artikel 235*bis* § 6 des Strafprozessgesetzbuches zur Folge haben würden. Sie können vernünftigerweise nicht aufrechterhalten, sie hätten das Recht, den Anhörungen in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft beizuwohnen, oder sie könnten damit rechnen, einer Verfolgung zu entgehen, weil die vorherige Kontrolle in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft stattgefunden habe, zumal die vorerwähnten Urteile des Appellationshofes Gent vom 6. Januar 2009, die zu diesem Ergebnis geführt haben, inzwischen vom Kassationshof aufgehoben wurden.

B.10.6. Aus dem Vorstehenden geht hervor, dass der Gesetzgeber mit Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 eine Maßnahme ergriffen hat, die nicht gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstößt.

B.11. Der erste Klagegrund ist unbegründet.

*In Bezug auf den zweiten Klagegrund*

B.12. In einem zweiten Klagegrund, der gegen Artikel 3 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 gerichtet ist, führen die klagenden Parteien einen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit den Artikeln 6 Absatz 1 und 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention, an, indem er bestimme, dass die Zivilparteien und die Beschuldigten in Anwesenheit des Generalprokurators separat angehört würden.

B.13. Aus dem in B.1.3 zitierten Artikel 3 des Gesetzes vom 16. Januar 2009 geht hervor, dass die Anhörungen vor der Anklagekammer anlässlich der Kontrolle der vertraulichen Akte gemäß Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches so organisiert werden müssen, dass der Beschuldigte und die Zivilpartei separat angehört werden können, jedoch immer in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft.

B.14. Der Ministerrat führt an, dass der Klagegrund undeutlich sei.

B.15.1. Insofern im Klagegrund eine diskriminierende Verletzung des Rechtes auf ein faires Verfahren angeprangert wird, ist er aus den in B.10 angeführten Gründen unbegründet.

B.15.2. Insofern im Klagegrund bemängelt wird, dass die Staatsanwaltschaft jeweils anwesend sei, wenn der Beschuldigte beziehungsweise die Zivilpartei angehört werde, während diese Parteien separat angehört würden, ohne Möglichkeit der gegenseitigen Erwiderung, reicht neben dem, was in B.10 im Zusammenhang mit der nichtkontradiktorischen Beschaffenheit des Verfahrens vor der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches angeführt wurde, die Anmerkung, dass zwischen der Art der Interessen, die die Staatsanwaltschaft vertritt, und derjenigen der Interessen der betroffenen Parteien ein solch grundlegender Unterschied besteht, dass es nicht einer vernünftigen Rechtfertigung entbehrt, dass die Staatsanwaltschaft im Gegensatz zu diesen Parteien ständig anwesend ist.



B.15.3. Der zweite Klagegrund ist unbegründet.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

weist die Klage zurück.

Verkündet in niederländischer, französischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989, in der öffentlichen Sitzung vom 3. Dezember 2009.

Der Kanzler,

Der Vorsitzende,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt