

Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte

Band 22

Die Entwicklung des Richtervorbehalts im Verhaftungsrecht

von den Anfängen
bis zur Paulskirchenverfassung

Von

Thomas Ollinger



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS OLLINGER

**Die Entwicklung des Richtervorbehalts
im Verhaftungsrecht**

Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte

**Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster,
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Regensburg**

Band 22

Die Entwicklung des Richtervorbehalts im Verhaftungsrecht

**von den Anfängen
bis zur Paulskirchenverfassung**

**Von
Thomas Ollinger**



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Mathews-Stiftung
(Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Essen)

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ollinger, Thomas:

Die Entwicklung des Richtervorbehalts im Verhaftungsrecht : von den Anfängen bis zur Paulskirchenverfassung / von Thomas Ollinger. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ;
Bd. 22)

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 1996/97

ISBN 3-428-09127-2

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-3365

ISBN 3-428-09127-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meiner Familie

Die weisesten Gesetzgeber haben nie versucht, das Werk reiner Spekulation aus ihrem Kopf in die wirkliche Welt zu versetzen. Immer bauten sie auf schon vorhandenen, unvollkommenen Formen, auf Herkommen, Sitten, Meinungen auf.

Christian Wilhelm von Dohm. Entwurf einer verbesserten Constitution der Kayserlichen freyen Reichsstadt Aachen

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1996/97 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen.

Mein erster Dank gilt Prof. Dr. Knut Amelung, auf dessen Anregung die Untersuchung zurückgeht und der sie in vorbildlicher Weise förderte. Sowohl während meiner Zeit als Assistent an seinem Lehrstuhl in Trier als auch nach seinem Wechsel nach Dresden stand er stets mit Rat und Hilfe zur Verfügung und beließ mir doch jederzeit größtmögliche Freiheit.

Ebenfalls möchte ich mich bei Prof. Dr. Rainer Zaczyk bedanken. Er erstellte nicht nur das Zweitgutachten, sondern trug auch durch hilfreiche Gespräche und stete Aufmunterung zum Gelingen der Arbeit bei.

Der Mathews-Stiftung danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Frankfurt am Main, im Mai 1997

Thomas Ollinger

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| § 1 Einleitung | 21 |
| I. Thematische Begrenzung..... | 23 |
| II. Zeitliche Begrenzung..... | 28 |
| III. Räumliche Begrenzung..... | 31 |
| § 2 Das Verhaftungsrecht in römischer Republik und Kaiserzeit | 32 |
| I. Republik..... | 32 |
| 1. Verhaftungspraxis..... | 32 |
| 2. Rechtsgrundlagen der Verhaftung..... | 34 |
| 3. Möglichkeiten des Schutzes gegen Verhaftungen..... | 34 |
| II. Kaiserzeit..... | 36 |
| 1. Wandel in der Gerichtsverfassung..... | 36 |
| 2. Verhaftungspraxis und ihre Rechtsgrundlage in der Kaiserzeit..... | 37 |
| 3. „Richtervorbehalte“ in den Quellen..... | 38 |
| § 3 Mittelalterliche Verhaftungsgarantien | 41 |
| I. Zum früh- und hochmittelalterlichen Strafverfahren..... | 41 |
| 1. Allgemeines..... | 41 |
| 2. Zum Verhaftungsrecht..... | 42 |
| 3. Weiterer Gang der Untersuchung..... | 44 |
| II. Verhaftungsgarantien im deutschsprachigen Raum..... | 44 |
| 1. Die Offzialisierung des Verfahrens..... | 45 |
| a) Das Rügeverfahren..... | 45 |
| b) Religionsdelikte und Verbrechen wider die Obrigkeit..... | 47 |
| c) Die Landfriedensbewegung..... | 47 |
| d) Bekämpfung der landschädlichen Leute..... | 49 |
| e) Fiskalische Interessen; christlicher Armenschutz; städtische Schwur- gemeinschaft..... | 50 |
| f) Der Einfluß des gelehrten Rechts..... | 52 |
| g) Zusammenfassung..... | 55 |
| 2. Die Materialisierung der Beweismittel..... | 56 |
| a) Die Entwicklung des Handhaftverfahrens..... | 57 |
| b) Die Bedeutung der Offzialisierung für die Veränderung der Beweis- mittel..... | 58 |

| | |
|---|------------|
| c) Einflüsse des gelehrten Rechts..... | 59 |
| d) Die „Renaissance des 12. Jahrhunderts“..... | 59 |
| 3. Veränderungen in Prozeßstruktur und Verhaftungspraxis..... | 61 |
| a) Entstehung eines Vorverfahrens..... | 61 |
| b) Wandel der Verhaftungspraxis..... | 64 |
| 4. Die Ausbildung von Verhaftungsfreiheiten..... | 65 |
| a) Verhaftungsgarantien gegen amtliche Verfolgung..... | 66 |
| b) Verhaftungsgarantien bei amtlicher Verfolgung..... | 70 |
| c) Der Tübinger Vertrag von 1514..... | 74 |
| III. Die Entwicklung in Frankreich..... | 76 |
| 1. Vom Akkusations- zum Inquisitionsprozeß..... | 76 |
| 2. Die Einführung der Staatsanwaltschaft..... | 80 |
| 3. Verfahrensgliederung; Professionalisierung; Zentralisierung..... | 81 |
| 4. Verhaftungsgarantien..... | 84 |
| IV. Die Entwicklung in Flandern..... | 88 |
| 1. Beginn der amtlichen Verfolgung..... | 88 |
| 2. Der Inhalt der städtischen Freiheiten..... | 93 |
| a) Schutz vor Verfolgung durch subalterne Beamte..... | 93 |
| b) Die Kontrolle durch Schöffen..... | 94 |
| aa) Die Festnahme auf frischer Tat..... | 94 |
| bb) Die Festnahme im „Normalfall“..... | 95 |
| 3. Der Souveräne Baljuw als Inquisitionsrichter..... | 96 |
| V. Das Auseinanderdriften der Entwicklung..... | 99 |
| 1. Frankreich..... | 99 |
| 2. Deutschland und Flandern..... | 100 |
| a) Gemeinsame Ausgangslage..... | 100 |
| b) Tendenzen zur Auflösung der Funktionentrennung..... | 101 |
| c) Die weitere Entwicklung in Flandern..... | 103 |
| d) Die weitere Entwicklung in Deutschland..... | 104 |
| 3. Ergebnisse..... | 110 |
| § 4 Mittelalterliche Verhaftungsgarantien in anderen Staaten..... | 112 |
| I. Magna Charta und englischer Strafprozeß des Hochmittelalters..... | 112 |
| 1. Die Privatanklage (appeal)..... | 114 |
| 2. Verfolgung auf frischer Tat (hue and cry)..... | 115 |
| 3. Das Jury-Verfahren nach den Reformen Heinrichs II..... | 116 |
| 4. Öffentliche Strafverfolgung vor den Reformen Heinrichs II..... | 117 |
| 5. Die Verhaftungsgarantien der Magna Charta..... | 118 |
| II. Die Ungarische Goldene Bulle..... | 121 |
| III. Verhaftungsfreiheiten in Spanien..... | 122 |
| § 5 Der Richtervorbehalt in den Kodifikationen des 16. Jahrhunderts..... | 126 |
| I. Frankreich..... | 126 |
| II. Deutschland..... | 130 |
| 1. Der Wandel der Funktion von Richtern und Schöffen..... | 130 |

| | |
|---|------------|
| a) Die Ermessensfreiheit des Inquirenten im deutschen Verfahren | 130 |
| b) „Altdeutsches“ und „modernes“ Richterbild | 132 |
| c) Das Eindringen der neuen Vorstellung in Deutschland | 134 |
| d) Die Grundlinien einer Reform des Verfahrens | 135 |
| 2. Die Umsetzung der Reformvorstellungen in der Carolina und in der Literatur des 16. Jahrhunderts | 137 |
| a) Die Carolina | 137 |
| b) Die Literatur des 16. Jahrhunderts | 141 |
| III. Flandern und die Niederlande | 143 |
| 1. Verhaftungsgarantien bei Wielant und Damhouder | 145 |
| a) Wielants „Practijcke Criminele“ | 145 |
| b) Damhouders „Praxis Rerum Criminalium“ | 149 |
| c) Folgerungen | 151 |
| 2. Verhaftungsgarantien unter Philipp II. | 152 |
| a) Die politische Situation | 152 |
| b) Die Kriminalordonnanz Philipps II. von 1570 | 153 |
| aa) Verhaftungsgarantien in der Kriminalordonnanz | 154 |
| bb) Verhaftungsgarantien in der Ordonnanz über den Stil | 156 |
| c) Bewertung der Ordonnanz von 1570 | 158 |
| aaa) Die Qualität des Richtervorbehalts | 158 |
| bbb) Die ordonnantiën im Vergleich | 160 |
| IV. Zusammenfassender Vergleich | 161 |
| § 6 Verhaftungsrecht in England seit dem Spätmittelalter | 164 |
| I. Der Aufstieg der Friedensrichter und ihrer Verhaftungsbefugnisse | 164 |
| 1. Die Entstehung der Friedensrichter | 164 |
| 2. Der Wandel des Vorverfahrens | 166 |
| 3. Die allgemeine Verhaftungsbefugnis der Friedensrichter | 169 |
| 4. Veränderungen im 18. und 19. Jahrhundert | 172 |
| II. Verhaftungsbefugnisse anderer Organe | 173 |
| 1. Verhaftungsrechte von Privatpersonen | 174 |
| 2. Verhaftungsbefugnisse von Exekutivorganen | 174 |
| III. Ergebnisse | 179 |
| § 7 Der Einfluß des Herrschers auf Verhaftungen und seine Begrenzung | 181 |
| I. Die landesherrliche Prärogative in Frankreich | 183 |
| 1. Der König als Richter | 183 |
| 2. Die lettres de cachet | 185 |
| 3. Absolutistische Staatstheorie als Grundlage der justice retenue des Königs | 186 |
| II. Die königliche Prärogative in England | 188 |
| 1. Die königliche Prärogative im Mittelalter | 188 |
| 2. Erweiterung der Prärogative durch die Tudors | 190 |
| 3. Die theoretische Untermauerung der Prärogative durch die Stuart- könige | 193 |

| | |
|--|------------|
| III. Gewaltenbegrenzung, Gewaltenverschränkung, Gewaltenteilung | 196 |
| 1. Gewaltenbegrenzung durch Abschaffung der absoluten Prärogative..... | 196 |
| 2. Gewaltenverschrnkung durch Kontrollinstrumentarien: Das Habeas-Corpus-Recht und seine Grenzen | 199 |
| a) Die Entstehung des Habeas-Corpus-Rechts..... | 199 |
| b) Die Grenzen von Habeas Corpus | 206 |
| 3. Der Kampf gegen die Verhaftungsbefugnis der Exekutive: die Durchsetzung der Gewaltenteilung..... | 211 |
| a) Zur Entwicklung der Gewaltenteilung | 211 |
| b) Die Integration der Rechtsprechung in die Theorie der Gewaltenteilung | 214 |
| c) Die Umsetzung der neuen Vorstellungen in die englische Praxis..... | 218 |
| aa) Eingriffsbefugnisse der Exekutive im Bereich des Presserechts..... | 218 |
| bb) Die Fälle Wilkes und Entick | 220 |
| cc) Die Bedeutung dieser Entscheidung für den Richtervorbehalt..... | 223 |
| IV. Die Herausbildung materieller Eingriffsvoraussetzungen in England und seinen amerikanischen Kolonien | 225 |
| 1. Materielle Eingriffsbegrenzungen in England..... | 225 |
| 2. Die Entwicklung in Amerika..... | 228 |
| a) Der Kampf gegen General Warrants und Writs of Assistance..... | 228 |
| b) Gründe der amerikanischen Entwicklung..... | 230 |
| c) Die Umsetzung der Forderungen in den amerikanischen Rechtereklrungen | 232 |
| d) Das Verhältnis des Vierten Zusatzartikels zum Richtervorbehalt | 234 |
| § 8 Französische Revolution und Napoleonische Zeit | 238 |
| I. Reformvorstellungen in der vorrevolutionären Zeit | 239 |
| 1. Ansätze zur Reform des ordentlichen Verfahrens | 239 |
| a) Voltaire..... | 239 |
| b) Beccaria..... | 241 |
| 2. Bestrebungen zur Zurückdrängung der justice retenue und zur Abschaffung der lettres de cachet | 242 |
| a) Montesquieu | 242 |
| b) Frühe Proteste der Parlements gegen die lettres de cachet..... | 244 |
| c) Malesherbes..... | 246 |
| d) Mirabeau | 247 |
| e) Die Forderungen in den cahiers de dolances..... | 249 |
| II. Verhaftungsgarantien in der Revolutionszeit | 252 |
| 1. Die Beratungen der Nationalversammlung und die déclaration des droits..... | 252 |
| 2. Einfachgesetzliche Verhaftungsgarantien durch die Nationalversammlung..... | 257 |
| 3. Verhaftungsgarantien in der Verfassung von 1791 | 259 |
| a) Die Verhaftungsbefugnis der officiers de police..... | 260 |
| b) Die Verhaftungsbefugnis des Parlaments..... | 263 |

| | |
|--|------------|
| c) Befugnisse zur vorläufigen und vorübergehenden Festnahme | 263 |
| d) Zusammenfassende Bewertung..... | 265 |
| 4. Änderungen nach 1791 | 266 |
| a) Der girondistische Entwurf von 1793..... | 266 |
| b) Die Jakobinerverfassung von 1793 | 267 |
| c) Die Direktorsverfassung von 1795 | 267 |
| d) Der code des délits et des peines von 1795 | 268 |
| III. Die Entwicklung unter der Regierung Napoleons..... | 269 |
| 1. Die Verfassung von 1799..... | 269 |
| 2. Veränderungen in einfachen Gesetzen..... | 271 |
| 3. Der code d' instruction criminelle von 1811 | 273 |
| a) Das Amt des juge d' instruction..... | 273 |
| b) Der procureur impérial und seine Befugnisse beim flagrant délit | 275 |
| c) Bewertung..... | 276 |
| IV. Veränderungen in nachnapoleonischer Zeit | 279 |
| V. Vorbilder der französischen Regelungen | 280 |
| VI. Zusammenfassung..... | 285 |
| § 9 Die belgischen und niederländischen Verfassungen | 287 |
| I. Die politische Situation in den Niederlanden vom 16. zum 18. Jahrhun- dert..... | 287 |
| II. Verhaftungsrecht in der Republik der Niederlande im 17. und 18. Jahr- hundert..... | 289 |
| 1. Das angewendete Strafrechtsverfahren..... | 289 |
| 2. Politische Verhaftungen..... | 290 |
| 3. Der Verfassungsentwurf von 1796 | 292 |
| III. Die Verfassung von 1798..... | 294 |
| IV. Verfassungen unter dem Einfluß Napoleons | 297 |
| 1. Die Verfassung von 1801..... | 297 |
| 2. Die Verfassungen von 1805 und 1806..... | 298 |
| V. Die Verfassungen des Königreichs der Niederlande | 299 |
| 1. Der Verfassungsentwurf von 1814 | 299 |
| 2. Die Verfassung von 1815..... | 300 |
| 3. Spätere Verfassungen | 302 |
| VI. Die belgische Entwicklung..... | 303 |
| VII. Zusammenfassung | 306 |
| § 10 Die weitere Entwicklung in Deutschland seit Mitte des 18. Jahrhunderts | 307 |
| I. Einleitung..... | 307 |
| II. Verhaftungsrecht und -praxis des Herrschers im Absolutismus | 309 |
| 1. Verhaftungen ohne Verfahren unter Karl Eugen von Württemberg | 311 |
| a) Der Fall Pirker | 312 |
| b) Die Verhaftung Johann Jacob Mosers | 312 |
| c) Die Fälle Huber und Rieger..... | 315 |

| | |
|---|------------|
| d) Schubarts Verhaftung..... | 315 |
| 2. Das Verhaftungsrecht des Herrschers im friderizianischen Preußen..... | 317 |
| a) Der Müller-Arnold-Prozeß..... | 318 |
| b) Svarez' Kronprinzenvorträge und der Entwurf zum allgemeinen Gesetzbuch..... | 319 |
| c) Der Fall Zerboni..... | 323 |
| 3. Rechtsschutz gegen Verhaftungen durch die Reichsgerichte..... | 325 |
| a) Der Fall der Koblenzer Delegation..... | 327 |
| b) Bewertung..... | 331 |
| 4. Folgerungen..... | 333 |
| a) Die Herleitung des landesherrlichen Verhaftungsrechts..... | 333 |
| b) Kontrolle durch die Reichsgerichte und ständische Organe..... | 335 |
| c) Keine Forderung nach einem Richtervorbehalt..... | 336 |
| d) Mögliche Ursachen der deutschen Entwicklung..... | 337 |
| III. Verhaftungsgarantien in den ersten deutschen Verfassungen und Verfassungsentwürfen..... | 342 |
| 1. Dohms Verfassungsentwurf für Aachen..... | 342 |
| 2. Weitere Verfassungsentwürfe der neunziger Jahre..... | 347 |
| 3. Preußische Verfassungsentwürfe auf dem Wiener Kongreß..... | 349 |
| 4. Verhaftungsgarantien im süd- und mitteldeutschen Konstitutionalismus..... | 351 |
| IV. Verhaftungsgarantien in den Prozeßordnungen vor 1848..... | 354 |
| 1. Aufgeklärt-absolutistische Prozeßordnungen und Entwürfe..... | 355 |
| 2. Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813..... | 358 |
| 3. Reformbestrebungen in der Literatur..... | 359 |
| 4. Die Stafprozessreformen in Württemberg, Baden und Preußen..... | 362 |
| a) Die württembergische Strafprocess-Ordnung von 1843..... | 363 |
| b) Die badische Strafprocessordnung von 1845..... | 364 |
| c) Preußen..... | 365 |
| 5. Zusammenfassung..... | 366 |
| V. Unterminierung der prozessualen Sicherungen durch Polizeirecht und Exekutivpraxis..... | 367 |
| VI. Verhaftungsgarantien in der Paulskirchenverfassung..... | 371 |
| 1. Der Entwurf des Verfassungsausschusses..... | 372 |
| 2. Die Beratungen in der Nationalversammlung..... | 374 |
| a) Der Grundsatz des Richtervorbehalts..... | 374 |
| b) Die Begründung des Richtervorbehalts..... | 376 |
| c) Die Diskussion um vorläufige Kompetenzen für die Polizei..... | 378 |
| d) Verhältnis zwischen Verhaftungsgrundrecht und Prozeßorganisation..... | 379 |
| e) Die endgültige Fassung des Verhaftungsgrundrechts..... | 381 |
| § 11 Zusammenfassung..... | 383 |
| Quellen und Schrifttum..... | 385 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------------|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| Abs. | Absatz |
| ACR | Archiv für Criminalrecht |
| ADB | Allgemeine Deutsche Biographie |
| AELR | All England Law Report |
| AK | Alternativkommentar |
| AKKR | Archiv für katholisches Kirchenrecht |
| ALR | Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten |
| AP | Archives Parlementaires |
| Art. | Artikel |
| Bd. | Band |
| BK | Bonner Kommentar |
| c. | clause |
| C. I. | Corpus Iuris |
| C. Th. | Codex Theodosianus |
| CCC | Constitutio Criminalis Carolina |
| CJBC | Codex Juris Bavarici Criminalis |
| ders.; dens. | derselbe; denselben |
| Dig. | Digesten |
| Diss. | Dissertation |
| dt. | deutsche |
| Einl. | Einleitung |

| | |
|---------|--|
| EuGRZ | Europäische Grundrechte-Zeitschrift |
| f.; ff. | folgende, fortfolgende |
| Fn. | Fußnote |
| frz. | französische |
| FS | Festschrift |
| GA | Goldhammers Archiv für Strafrecht |
| GG | Grundgesetz |
| GS | Der Gerichtssaal |
| GS | Gedächtnisschrift |
| HEG | Handbuch zur Europäischen Geschichte |
| Hg. | Herausgeber |
| HRG | Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte |
| JR | Juristische Rundschau |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| Kap. | Kapitel |
| LQR | The Law Quarterly Review |
| LR | Löwe-Rosenberg |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| M/D | Maunz/Dürig |
| MIÖG | Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschungen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NSZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| Ord. | Ordonnance |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| Rn. | Randnummer |
| s. | section |
| S. | Seite |

| | |
|-----------------|---|
| S.T. | State Trials |
| Sp. | Spalte |
| st. | statute |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StPO | Strafprozeßordnung |
| StV | Der Strafverteidiger |
| TRG | Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis |
| US | United States |
| v. | versus bzw. von |
| Vgl. | vergleiche |
| ZiStrfVerf a.F. | Zeitschrift für Strafverfahren, alte Folge |
| zit. | zitiert |
| ZRG (GA) | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung |
| ZRG (KA) | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung |
| ZRG (RA) | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |
| ZwüLG | Zeitschrift für württembergische Landesgeschichte |

§ 1 Einleitung

Solange es Verhaftungen gibt, existieren auch Bestrebungen, die damit verbundenen Gefahren durch einschränkende Regelungen zu mindern.

In den vorstaatlichen Gesellschaften waren es der einzelne und seine Familie oder Sippe, die aus Rache, zur Bestrafung oder aus anderen Gründen andere gefangennahmen und festhielten, oft auch verletzten und töteten. In Reaktion auf die in der privaten Verfolgung liegenden Gefahren entwickelte sich im Laufe der Jahrhunderte der Gedanke, die Entscheidung über Verfolgung und Bestrafung von Übeltätern eigens dazu bestimmten Organen der Gemeinschaft zu überlassen. Durch diese Entwicklung hin zum staatlichen Gewaltmonopol entstanden freilich neue Gefahren: überließ man die Befugnis zur Strafverfolgung, zur Verhaftung und Bestrafung der staatlichen Macht, so riskierte man gleichzeitig, daß diese ihre Befugnisse mißbrauchte und die persönliche Freiheit der einzelnen willkürlich beschränkte und auf diese Weise obrigkeitliche an die Stelle privater Willkür trat.

Seit diese neuen Bedrohungen bestehen, lassen sich aber auch - allerdings nicht immer erfolgreiche - Bemühungen beobachten, durch Garantien und beschränkende Regelungen verschiedenster Art die Gefahren willkürlicher Verfolgung und Verhaftung durch staatliche Organe wenigstens zu begrenzen. Am weitesten gingen insofern Forderungen des Inhalts, staatliche Verfolgung und Verhaftungen entweder überhaupt nicht oder aber nur auf Grund der Anklage eines Privaten zuzulassen. Eine zweite Möglichkeit zur Absicherung gegen staatlich verantwortete Verhaftungen liegt in der Gewährung von Kautionen und Bürgschaften, die es den Betroffenen erlauben, trotz eines gegen sie eingeleiteten Verfahrens auf freiem Fuß bleiben zu können. Auch das Recht, gegen jede amtlich angeordnete Verhaftung Beschwerde bei einem Gericht einlegen zu können, das dann die Rechtmäßigkeit der Anordnung überprüft, ist ein denkbare Modell zur Vermeidung staatlicher Willkür bei Verhaftungen. Schließlich hat sich zum Schutz vor willkürlichen Verhaftungen auch die Garantie herausgebildet, daß Verhaftungen von vornherein nur von einem bestimmten, neutralen Organ, dem Richter, angeordnet werden dürfen.

Diesen Grundsatz von der Notwendigkeit einer vor der Verhaftung erfolgenden richterlichen Entscheidung über die Zulässigkeit der Entziehung der persönlichen Freiheit nennt man gemeinhin *Richtervorbehalt*. Er ist in Deutschland heute in der Strafprozeßordnung enthalten¹ und auch grundgesetzlich abgesichert². Neben dem Verhaftungsrecht kennt das Grundgesetz auch den Richtervorbehalt zum Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung³; in der Strafprozeßordnung ist der Vorbehalt richterlicher Entscheidung auch über das Verhaftungsrecht hinaus gängiges und offensichtlich immer beliebter werdendes Instrument zur verfahrensmäßigen Absicherung von Grundrechten⁴. In der Diskussion um neue Eingriffsbefugnisse im Ermittlungsverfahren wird immer wieder auf die nach Auffassung Vieler notwendige Sicherung der Rechte der Betroffenen durch das Erfordernis der vorherigen Zustimmung eines Richters, oder, als gesteigerte Form des Richtervorbehalts, eines Vorsitzenden oder gar einer Kammer (Vorsitzendenvorbehalt, Kammervorbehalt) hingewiesen.⁵

In einem gewissen Gegensatz zu dieser großen praktischen Bedeutung des Richtervorbehalts als Mittel zum „Grundrechtsschutz durch Verfahren“⁶ steht eine bisher vergleichsweise geringe wissenschaftliche Auseinandersetzung mit

¹ §§ 114, 125 StPO.

² Art. 104 II GG.

³ Art. 13 II GG.

⁴ Vgl. beispielsweise den Richtervorbehalt bei der Unterbringung des Beschuldigten in ein psychiatrisches Krankenhaus (§ 81 StPO), bei der körperlichen Untersuchung bzw. Entnahme einer Blutprobe beim Beschuldigten (§ 81 a II StPO) oder bei anderen Personen (§ 81 c III, V, VI StPO), bei der Beschlagnahme von Gegenständen (§ 98 I StPO) bei der Postbeschlagnahme (§ 100 I StPO), bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs (§ 100 b I StPO), bei Abhörmaßnahmen (§ 100 d I 1 StPO), bei Durchsuchungen von Wohnungen und Personen (§ 105 I 1 StPO), bei bestimmten Einsätzen verdeckter Ermittler (§ 110 b II StPO) und bei der Einrichtung von Kontrollstellen (§ 111 II StPO). Eine systematisierende Übersicht auf dem Stand von 1990 findet sich bei *Hilger*, Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren, Gedächtnisschrift für Meyer, S. 210 ff.

⁵ Siehe hierzu aus neuerer Zeit etwa *Palme/Rauen*, Zur verfassungsrechtlichen Problematik des großen Lauschangriffs, JZ 1994, S. 447 ff.; *Frister*, Das Gesetzesvorhaben der Bundesregierung zur Einführung des großen Lauschangriffs, StV 1996, S. 454 ff.

⁶ Allgemein dazu *Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantie; *Lerche*, in: *Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Åßmann*, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 97 ff.; *Amelung*, Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe, JZ 1987, S. 738.

dem Wesen⁷ und insbesondere der historischen Entwicklung⁸ des Richtervorbehalts. Soweit auf letztere überhaupt eingegangen wird, hat es meist sein Bewenden mit einigen Hinweisen auf die englische *Habeas-Corpus*-Akte von 1679⁹ und auf die französische Erklärung der Menschenrechte von 1789.¹⁰ Wie unten noch genauer darzulegen sein wird, sind freilich gerade diese beiden Normierungen ganz ohne unmittelbare Bedeutung für die Geschichte des Richtervorbehalts selbst. Ein fehlendes, falsches oder doch zumindest schiefes Vorverständnis von der Entstehungsgeschichte dieses praktisch so wichtigen Instituts erschwert aber auch das Verständnis vom Wesen des Richtervorbehalts.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es daher, gleichsam als Fundament für eine rechtliche und politische Auseinandersetzung mit Fragen des Richtervorbehalts die Ursprünge und die Entwicklung dieses Schutzmechanismus' zur Verhinderung willkürlicher Verhaftung zu ergründen und darzustellen. Es geht also nicht um die Darstellung *aller* Möglichkeiten zum Schutz vor willkürlichen Verhaftungen, sondern um die Geschichte einer bestimmten Methode des Schutzes vor willkürlichen Verhaftungen: dem Erfordernis einer vorherigen richterlichen Entscheidung über die Verhaftung.

I. Thematische Begrenzung

Versteht man unter Richtervorbehalt die *obligatorische vorgängige* Entscheidung eines *Richters* über die Vornahme einer *Verhaftung*, so ist der

⁷ Vgl. hierzu aber *Hilger*, GS Meyer, S. 209 ff., sowie in Fortsetzung dieses Artikels *ders.*, JR 1990, S. 485 ff. Siehe auch *Schnarr*, Über die Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung, NStZ 1991, S. 209 ff.; *Hantel*, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 II GG; *Gusy*, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, S. 457 ff., sowie in vielen Stellungnahmen *Lisken* (etwa: Zum Richtervorbehalt im Grundgesetz, DRiZ 1979, S. 277 f.; Über Aufgaben und Befugnisse der Polizei im Staat des Grundgesetzes, ZRP 1990, S. 15 ff.; Richter- und Behördenleitervorbehalte im neuen Polizeirecht, NVwZ 1991, S. 609 ff. (zusammen mit Reinhard *Mokros*).

⁸ Ganz ohne Hinweise zur historischen Entwicklung etwa *M/D-Dürig*, Art. 104 GG; *BK-Holtkotten*, Art. 104 GG; *Grabitz*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, S. 129 ff.; *Leibholz/Rinck/Hesselberger*, GG, Art. 104.

⁹ Siehe etwa bei *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 104, Rn. 1; *von Münch-Kunig*, GG, Art. 104, Rn. 1.

¹⁰ Ausführlicher, aber nicht speziell auf die Geschichte des Richtervorbehalts eingehend *AK-GG-Azzola*, Art. 104, Rn. 1 ff.