

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg14>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 14 (2009)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg14/062-083>

Rg **14** 2009 62–83

Pierre Hauck

Die »Verrechtlichung« heimlicher Ermittlungsmaßnahmen im Übergang vom Inquisitionsprozess des gemeinen Rechts zum reformierten Strafprozess des 19. Jahrhunderts

Abstract

The »juridification« of covert investigations in the transition from the *ius commune* inquisition process to the reformed criminal justice process of the 19th century, understood as a material (i. e. law creating) normative distinction between true or wrongful circumstances, is a complex phenomenon. This paper traces the introduction of covert investigations into the law of criminal procedure. It takes its starting point in the uncodified, but nevertheless legally sophisticated search and seizure of letters or the use of informers in the *ius commune* process. Influences of the French Revolution on the development of law, the 19th century's early individual legislation, but mainly the tumultuous times before the Revolution of 1848 and the great surge of single procedural codes in the mid 19th century are the subject-matter of this analysis. This research has unearthed some surprising facts: Juridification affects various measures in quite different ways. At the same time, it is shaped by subjects which are hardly comparable with one another (monarchs, parliaments etc.), and it is associated with the production of the criminal process as a subject that manifests itself particularly in the redefining of the pre-trial phase.



Die »Verrechtlichung« heimlicher Ermittlungsmaßnahmen im Übergang vom Inquisitionsprozess des gemeinen Rechts zum reformierten Strafprozess des 19. Jahrhunderts*

- I. Inwiefern stellt sich das Problem einer »Verrechtlichung« heimlicher Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren? – Ein Forschungsansatz

Die Aufnahme heimlicher Ermittlungsmaßnahmen in die strafprozessualen Fachgesetze und ihre damit zum Ausdruck gebrachte Etablierung im strafprozessualen Fachrecht hatten einen Ausgangspunkt, dem wiederum ein Zustand der Nichtnormierung derartiger Befugnisse vorausgegangen war. Bis in die Spätphase des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses hinein schwiegen sich die Strafverfahrensordnungen über Fragen des Einsatzes heimlicher Untersuchungsmethoden, wie z. B. der Postbeschlagnahme oder des Einsatzes von Informanten, aus. Noch 1827 formuliert Biener in seinen »Beiträgen zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses« in bezeichnender Weise die karge gesetzliche Lage, wie sie die Nichtnormierung außergerichtlicher Untersuchungsbefugnisse allgemein kennzeichnete:

»Wo particularrechtlich die Polizei den Gerichten entzogen und einer besonderen Behörde überwiesen ist, pflegt die letztere, als Criminalpolizei, ebenfalls eine Art Generaluntersuchung zu haben, und dies könnte so weit ausgedehnt werden, daß die ganze Generaluntersuchung der Polizei anvertraut würde und die Function des Criminalgerichts erst mit der Eröffnung der eigentlichen Untersuchung anfinde. Da jedoch nach der Natur der Sache die Thätigkeit der Polizei keine scharf vorgeschriebenen Regeln zulässt, sondern sich nach den Umständen richten muß, so ist dies nicht zu rathen oder man müsste für diesen Punct bestimmtere juristische Regeln vorschreiben. Selbst für die Criminalpolizei in der angeführten gewöhnlichen Beschränkung wären auch wohl genauere Bestimmungen ihrer Grenzen und Befugnisse zu wünschen, als gewöhnlich vorhanden sind.«¹

Im Zuge der spätestens mit dem reformierten Strafprozess des 19. Jahrhunderts einsetzenden »Verrechtlichung« des Strafverfahrens, d. h. einer um Vollständigkeit bemühten normativ-gesetz-

* Herrn PROFESSOR DR. WALTER GROPP (Justus-Liebig-Universität Gießen) danke ich für seine kritischen Anmerkungen zum Manuskript.

1 FRIEDRICH AUGUST BIENER, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827, 192.

lichen Ausdifferenzierung in rechte und unrechte Inhalte des Prozesses von seinem Anfang bis zu seinem Ende, nahm sich die Gesetzgebung jener Ermittlungsbefugnisse allerdings zusehends an. In einer ersten Einschätzung dürfte die Frage des »Ob« der Aufnahme in die Fachgesetze aber nur *ein*, eben die positiv-rechtliche Dimension reflektierender Aspekt dieser Verrechtlichung gewesen sein. Die Vielfalt der Ereignisse in dieser vom Inquisitionsprozess des gemeinen Rechts bis zum reformierten Strafprozess gerade einmal 60 Jahre umspannenden Übergangszeit, die zudem von hochfrequenten Periodisierungen (aufgeklärter Absolutismus, Französische Revolution, Napoleon und Rheinbund, Vormärz, deutsche Revolution, Nachmärz) geprägt ist, lässt auch ein erhebliches Potential sonstiger, zur Rechtsbildung beitragender Umstände vermuten. Diese »Verrechtlichungsfaktoren« betreffen damit – der heutigen Problemlage durchaus vergleichbar² – auch das »Wie« dieser juristischen Ausformungen und dehnen die Perspektive auf alle wesentlichen normativen Rahmenbedingungen heimlicher Ermittlungstätigkeit aus. Wie sich die Verrechtlichung dieser strafprozessualen Befugnisse gestaltete, welcher Gehalt ihr zukam und unter welchen Einflüssen sie in diesen wechselvollen Zeiten stand, ist aber noch kaum geklärt.

Wie lässt sich zunächst die Konzentration auf das Recht der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigen? Heimliche Informationsbeschaffung und verdeckte Untersuchungshandlungen sind keine allein die Strafverfahren des hier interessierenden Zeitraums kennzeichnenden Spezifika. Auf dem Weg zu einer zunehmenden Integration einer außergerichtlichen ersten Ermittlungsphase in das Strafverfahrensrecht und die damit einhergegangene anwachsende Übertragung von Ermittlungsbefugnissen auf nicht-richterliche Strafverfolgungsorgane (vor allem Polizisten und Staatsanwälte) fungieren die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen aber gewissermaßen als Marksteine der Verfahrensrechtsentwicklung. An ihrer rechtlichen Behandlung und Zuordnung zum Gesamtverfahren lassen sich die Umwälzungen dieser Übergangszeit gut ablesen. Im Sinne einer historischen Perspektivierung kann man sie definieren als auf die Erlangung personenbezogener, beweiserheblicher Informationen zur Aufklärung eines Tatverdachts im Strafverfahren gerichtete, zumindest staatlich veranlasste Ermittlungen, die auf nicht offene Art und Weise durch den Einsatz von Mensch und/oder Technik geführt werden.³ Damit ist die Informa-

2 Vgl. dazu die grundlegenden Stellungnahmen von KLAUS ROGALL, *Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1985, 1–27; JÜRGEN WELP, *Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs*, Heidelberg 1974, 18; JÜRGEN WOLTER, *Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrund-*

rechtsschutz – Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozess- und Polizeirecht –, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1988, 49–90, 129–142, und *jüngst Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen. Präventive und repressive Maßnahmen vor dem Hintergrund des 11. September 2001*, hg. von WALTER GROPP und ARNDT SINN, Baden-Baden 2006.

3 Ganz ähnlich definiert MICHAEL PAWLIK, *Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1998, 378–389, 383 f., diesen Bereich.

tionsbeschaffung durch mehr oder minder milieunahe Vertrauenspersonen der Ermittlungsbehörden, wie z. B. Informanten, Spitzel, Vigilanten, oder durch Denunziation im Rahmen der nicht öffentlichen Vernehmung von Inquisiten ebenso erfasst wie die geheime Beschlagnahme und Öffnung von Postsendungen oder der konspirative Austausch von Informationen (Verhörprotokollen, Fahndungslisten usw.).⁴ Die Heimlichkeit zeichnet diese Maßnahmen deshalb in besonderer Weise aus, weil sich die Strafverfolgungsbehörde während des Akts der Informationserlangung Dritten oder dem Beschuldigten gegenüber nicht zu erkennen gibt und Letzterer nichts von der gegen ihn gerichteten Maßnahme weiß.⁵

Was macht nun aber die Verknüpfung dieser Maßnahmen mit dem Phänomen der »Verrechtlichung« so interessant? Es entspricht seiner Eigenart, dass der »polemische Begriff«⁶ der Verrechtlichung mit der interpretationsoffenen Bestimmung seines Inhalts oft zu einem Werkzeug wird, dem man auf dem Boden einer »Realanalyse der historischen Lage«⁷ gewisse Funktionen zuschreibt. Es gilt also zu klären, was – bezogen auf den Untersuchungszeitraum – mit Verrechtlichung überhaupt gemeint sein kann. Das historische Interesse richtet sich in diesem Sinne nicht auf einen Ausdruck, den man als Synonym einer fortschreitenden Zunahme fachgesetzlicher Regelungen in bestimmten Lebensbereichen (im Sinne einer »Überregulierung« bzw. »Normenflut«) verstehen könnte.⁸ Weil demgegenüber das *erstmalige* Auftreten heimlicher Ermittlungsmaßnahmen als Phänomen des Strafprozessrechts samt seiner Rahmenbedingungen interessiert, wäre es wenig ergiebig, wollte man etwa die aufkommenden Normierungen entsprechender Untersuchungsbefugnisse mit einem solchen Verständnis von Verrechtlichung in Zusammenhang bringen. Verrechtlichung meint hier vielmehr den Eintritt eines normativ bedeutungsvollen Lebensbereichs in das Recht überhaupt, konkret in Gestalt einer den Prozess erfassenden normativen, oftmals gesetzlichen Ausdifferenzierung des Strafverfahrens in seine rechten und unrichten Inhalte.⁹ Die wertbildenden Faktoren zur rechtlichen Einordnung heimlicher Informationsbeschaffungen durch die Strafverfolgungsbehörden herauszukristallisieren, ist damit Anliegen der folgenden Analyse. Zu diesem Zweck zeichnet der Hauptteil die Entwicklung ausgehend von einem Zustand der Nichtnormierung heimlicher Ermittlungsbefugnisse im gemeinen Recht (II.), über erste Gesetzgebungsansätze im Umfeld der Französischen

4 Die Definition erfasst zudem die heute sog. »besonderen Ermittlungsmaßnahmen«, die der Gesetzgeber 1992 mit dem OrgKG in die StPO einführte. Der Begriff der »Zwangsmassnahme« ist mit ihr aber keineswegs deckungsgleich, vgl. GUNNAR DUTTGE, Der Begriff der Zwangsmassnahme im Strafprozessrecht, Baden-Baden 1995, 39 f., 204 f.

5 Diese Begriffseingrenzung ist auch der Grund dafür, dass bloße heimliche Anzeigen, die eine solche amtliche (offene oder verdeckte) Strafverfolgungstätigkeit erst auslösen, nicht erfasst sind. Vgl. dazu aber umfassend ARND KOCH, Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, Frankfurt a. M. 2006.

6 GUNTHER TEUBNER, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, hg. von FRIEDRICH KÜBLER, Baden-Baden 1984, 289–344, 293.

7 TEUBNER (Fn. 6).

8 Der Begriff hat allerdings oft diese abweichende Konnotation; vgl. statt vieler TEUBNER (Fn. 6) 294 ff.; die Diskussion hauptsächlich soziologisch weiterführend MICHAEL BOCK, Recht ohne Maß. Die Bedeutung der Verrechtli-

chung für Person und Gemeinschaft, Berlin 1988.

9 Es geht damit nicht um die diskutierten »konfliktenteignenden« oder »entpolitisierenden« Sinngehalte des Begriffs, vgl. dazu TEUBNER (Fn. 6) 296 ff., 298 ff., wohl aber um seine »materialisierende«, Rechtsmaterie neu schaffende Substanz (a. a. O. 300 ff.). So statt vieler auch HINRICH RÜPING und GÜNTER

JEROUSCHEK, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl., München 2007, Rn. 245; eine gegenwärtige Verwendung erfährt der Begriff durch EDDA WESSLAU, Polizeirecht: Die Verrechtlichung operativer Polizeiarbeit kommt wieder in Gang, in: cilip 1988, 30–37; s. auch BVerfGE 45, 187 (243): »Das Rechtsstaatsprinzip gebietet eine Verrechtlichung der Entlassungspraxis.«

Revolution (III.), eine Gegenphase der Verheimlichung staatlicher Ermittlungsgewalt im Vormärz (IV.), bis hin zu den Umständen der partikularrechtlichen Normierungen (V.) nach.

II. Die Ausgangslage im gemeinen Recht – Nichtnormierung als Nichtverrechtlichung außergerichtlicher Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren?

Am Beispiel des gemeinen Rechts, das Ausgangspunkt der Überlegungen ist, lässt sich eine erste Grundannahme zum Phänomen der Verrechtlichung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen ableiten: Die Verrechtlichung ist vom Begriff und den Quellen des Rechts abhängig. In *einer* der Quellen des gemeinen Rechts, der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. (PGO) von 1532, die als ein Hauptwerk der Rezeption für etwa 300 Jahre zu nicht mehr als einer »Leitordnung«¹⁰ für die Strafverfahren in den Territorien des Reiches werden konnte, sucht man Vorschriften, welche die heimliche Informationserlangung im Strafverfahren zum Gegenstand haben, vergeblich.¹¹ Sich der hier untersuchten Frage nur im weitesten Sinne annähernd, werden lediglich verschiedene Formen der *anzeigungen*, also verschiedene Entstehungsgründe für gewisse (Anfangs-)Verdachtslagen,¹² gesetzlich bestimmt.¹³ Ansonsten bleibt es bei einer Nichtberücksichtigung des Ablaufs und der Inhalte eines »Vorverfahrens«, das – unser heutiges Verständnis übertragen – den Prozess von der Erlangung eines Anfangsverdachts durch außergerichtliche Ermittlungsbehörden bis zur Fertigung einer Anklageschrift beschreibt. Dieser Befund ist nicht verwunderlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Normgehalt der PGO zwei verschiedene Arten des Strafverfahrens widerspiegelt, die jeweils nur das gerichtliche Verfahren betreffen. Eigentlich war die PGO verfahrensrechtlich eine Parallelkodifikation, die Elemente des alten, parteibetriebenen Akkusationsprozesses und solche des neueren, amtlich geführten Inquisitionsverfahrens nebeneinander stellte.¹⁴ Unabhängig davon, ob das Verfahren der PGO auf Privatinitiative oder von Amts wegen eingeleitet werden konnte,¹⁵ behandelte sie das Strafverfahren als einen rein gerichtlichen Prozess.¹⁶

Weil sie sich mit ihrer salvatorischen Klausel selbst der Relativierung preisgab und allgemein nicht als bindendes Gesetzeswerk

- 10 LORENZ SCHULZ, Normiertes Misstrauen. Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt a. M. 2001, 170; ebenso ALEXANDER IGNOR, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, Paderborn u. a. 2002, 42.
- 11 Im Folgenden wird die von ARTHUR KAUFMANN im Anschluss an GUSTAV RADBRUCH herausgegebene Textausgabe, 5. Aufl., Stuttgart 1980, zitiert. Vgl. zum Stellenwert der PGO als Rezeptionswerk PETER LANDAU und FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, Einleitung, in: Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina, hg. von PETER LANDAU und FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, Frankfurt a. M. 1984, 1.
- 12 Vgl. Art. 19 PGO; ferner KOCH (Fn. 5) 2 [dort Fn. 9], 69.
- 13 Vgl. vor allem Artt. 18 ff., 33 ff. PGO; umfassend SCHULZ (Fn. 10), 170 ff.
- 14 Vgl. ROSSHIRT, Ueber den Geist des deutschen Criminalprocesses, in: Abhandlungen civilistischen und criminalistischen Inhalts 2 (1837) 145–232, 156 f.; GERD KLEINHEYER, Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina, in LANDAU und SCHROEDER (Fn. 11) 7–27, 21.
- 15 Vgl. BENEDICT CARPZOV, Peinlicher Sächsischer Inquisition- und Achtsprozeß, Franckfurt am Maeyn u. a. 1638, 39, Tit. II. Art. II.: »Ob die inquisition vorzunehmen/ wann ein gewisser Ankläger vorhanden/ so in processu ordinario agiren will.«; DERS., Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, Pars III, Wittebergae 1635, 20 ff., Quaest. CIII.–CV.; JOHANNES BRUNNEMANN, Tractatus Juridicus de inquisitionis processu, Lipsiae 1659, Cap. I Rn. 1: »Duobus modis in criminalibus negotiis proceditur, primo per accusatorem, 2. per inquisitionem.«; JOHANN CHRISTIAN EDLER VON

QUISTORP, Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts, Zweyter Theil, 5. Aufl., Rostock u. a. 1794, 93; WOLFGANG SCHILD, Die Geschichte der Gerichtsbarkeit, Hamburg 1980, 166.

- 16 Vgl. JOHANNES BRUNNEMANN (Fn. 15) Rn. 2: »Est autem inquisitio informatio iudicis super delicto [...]«; typisch ist z. B. die auf eine Anzeige einsetzende gerichtliche Voruntersuchung, die PAUL

JOHANN ANSELM FEUERBACH, Merkwürdige Criminal-Rechtsfälle, 2. Bd., Gießen 1811, 6 ff., im Fall des »Mädchenschlächters« Andreas Bichel beschreibt. S. auch FERDINAND MEYER, Der Kampf um die Abschaffung des Untersuchungsprozesses in der deutschen Literatur der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Gießen 1922, 6: »Der Prozeß begann mit der Tätigkeit des Richters.«

verstanden wurde,¹⁷ vor allem aber weil sie den Inquisitionsprozess nur kursorisch behandelte, dieser sich in der Praxis aber schnell gegen den Akkusationsprozess durchsetzen konnte,¹⁸ konkurrierten bald weitere Rechtsquellen mit der PGO. Gerade diese Formen der »Rechtsetzung«, namentlich das Schrifttum des gemeinen Rechts, einzelne territoriale Edikte und Mandate und in eingeschränktem Maße auch die Verfahrenskontrolle durch das Reichskammergericht¹⁹ hatten im Unterschied zur PGO aus den genannten Gründen überhaupt erst das Potential, die außergerichtlichen Vorermittlungen zu thematisieren. Mit der Herausbildung des »dualen Inquisitionsprozesses«²⁰ oblagen solche Untersuchungen den Amtsträgern der lokalen Verwaltung (der »Obrigkeit«, also Amtsmännern, Vögten, Schultheißen usw.).²¹ Diese wurden oft auch ohne Wissen des Betroffenen mit Informationen versorgt, was man durch Anzeigepflicht und Straferlasspraxis noch zu fördern wusste.²² Die genannten Rechtsquellen erschlossen solche Vorgänge jedoch allenfalls rudimentär, sodass die Verrechtlichung dieser Ermittlungsmaßnahmen hauptsächlich prozessimmanent über das Beweisrecht erfolgte, das schon damals als Prüfstein der Vorermittlungspraxis fungierte. Weil der gemeinrechtliche Inquisitionsprozess allgemein im Geheimen betrieben wurde und die Objektstellung des Inquisiten ohnehin kaum Reglementierungen der Untersuchungspraxis erforderte, lieferte die Kontrolle des Untersuchungsverfahrens innerhalb des anschließenden Entscheidungsverfahrens kaum eine normative Differenzierung zwischen der Recht- oder Unrechtmäßigkeit der heimlichen Informationsbeschaffungen.

III. Erste Ansätze einer Verrechtlichung außergerichtlicher Untersuchungshandlungen in den Strafverfahrensrechten bis 1815: Frankreich, Preußen und Bayern

Die Geisteshaltung der Aufklärung und die erstarkende bürgerlich-freiheitliche Bewegung läuteten seit der Französischen Revolution dann die Wende ein, die eine Nichtnormierung außergerichtlicher Ermittlungsbefugnisse immer seltener tolerierte.²³ Mit dem Erstarken eines bürgerlichen Freiheitsrechtsbewusstseins, das mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789 wichtige Konkretisierungen erfuhr,²⁴ sahen sich auch

17 Zu der nur relativen Geltung der PGO und den Abweichungen in der Praxis beispielhaft HELLMUTH VON WEBER, Die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., in: ZRG GA 77 (1960) 288–310; WOLFGANG SCHILD, Geschichte des Verfahrens, in: Justiz in alter Zeit, hg. v. CHRISTOPH HINCKELDEY, Rothenburg o. d. T. 1984, 129–224, 200.

18 Vgl. statt vieler KARL HÄRTER, Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat: Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation, in: Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne, hg. von ANDREAS BLAUERT und GERD SCHWERHOFF, Konstanz 2000, 459–480, 461 ff.; AUGUST SCHOETENSACK, Der Strafprozess der Carolina, Leipzig 1904, 101 f.

19 Im Wege der sog. Nichtigkeits- oder Mandatsverfahren gem. § 5 Tit. XXVIII bzw. Tit. XXIII Teil 2 RKGO 1555.

20 HÄRTER (Fn. 18) 467.

21 Umfassend KARL HÄRTER, Policey und Strafjustiz in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat, Erster Halbband, Frankfurt a. M. 2005, 423 ff.; CARPZOV (Fn. 15), Peinlicher Sächsischer Inquisition- und Achtsprozeß, 49, Tit. III, Art. II.: »[...] mag von einer jedwedern Obrigkeit [...] vorgenommen.«

22 Vgl. HÄRTER (Fn. 21) 399 ff.; GERHARD SÄLTER, Denunziation – Staatliche Verfolgungspraxis und Anzeigeverhalten der Bevölkerung, in: ZfG 47 (1999) 153–165, 156.

23 Zur Bedeutung der Aufklärung für die Strafverfahrensrechtsreform MICHAEL HETTINGER, Das Fragerecht der Verteidigung im reformierten Inquisitionsprozeß dargestellt am badischen Strafverfahrensrecht von 1845/51 im Vergleich mit anderen Partikulargesetzen, Berlin 1985, 90 ff., 94 ff.; zur Bedeutung der Französischen Revolution KLAUS ARMBRÜSTER, Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, Berlin 1980, 96; SCHILD (Fn. 17) 202.

24 Vgl. insbesondere deren Artt. 2, 3, 7, 9 und 12.

die bisherigen Kodifikationen des Strafverfahrensrechts zusehends einer fundamentalen Kritik ausgesetzt.²⁵ Die Verheimlichung hoheitlicher Eingriffsbefugnisse wurde politisch zunächst nicht länger gebilligt und war mit einem republikanischen Staatsverständnis schlechthin unvereinbar.²⁶ Die Geltung von Freiheitsrechten bedingte eine Begrenzung derartiger Ermittlungsbefugnisse innerhalb eines nun weiter verstandenen Vorverfahrens, welches sich damit neben dem bislang bereits geregelten Hauptverfahren automatisch als gleichwertiger Bestandteil des Strafprozesses emanzipieren konnte.

In Frankreich galt zu Beginn der Revolution noch das Verfahrensrecht der alten *Grande ordonnance criminelle* Ludwigs XIV. aus dem Jahr 1670.²⁷ In ihr gab es zwar ähnlich wie in der älteren PGO Vorschriften über den Umgang mit Anzeigen und Zeugen vor Gericht.²⁸ Im Unterschied zu der Kodifikation des Alten Reichs wies die französische Verfahrensordnung aber bereits vereinzelt Regelungen auf, die den Einbezug von nichtrichterlichen Untersuchungsbeamten (*commissaires, procureurs* usw.) vor der Vernehmungsphase (*informations*) betrafen.²⁹ Mit der sehr relativen »Außerkräftsetzung« dieses Gesetzes am 9. Oktober 1789 galten derartige Normierungen vorverfahrensrechtlicher Gehalte bis zum Inkrafttreten des napoleonischen *Code d'instruction criminelle* (CIC) des Jahres 1808 in Frankreich zwar theoretisch fort.³⁰ Ohne die komplexen kriminalpolitischen Strömungen in den verschiedenen Phasen der Revolution in unzulässiger Weise zu vereinfachen, kann man aber eine wachsende politische Unnötigkeit feststellen, das strafprozessuale Vorverfahren mitsamt seinen Ermittlungsmaßnahmen gesetzlich zu regeln. Überhaupt hatten die beiden Strafrechtskodifikationen der Revolutionszeit entweder einen überwiegend materiellrechtlichen Gehalt, insbesondere zur Herausbildung neuer politischer Straftaten (C. p. 1791), oder ihre Beschuldigtengarantien und Verteidigungsrechte konzentrierten sich auf das Hauptverfahren (C. p. 1795).³¹ Stattdessen verschrieb sich revolutionäres Sonderrecht der gesetzlichen Aufweichung solcher Ermittlungsbefugnisse, sofern damit das Verfahrensergebnis, namentlich die Hinrichtung des politischen Gegners, erreicht werden konnte. Symptomatisch lesen sich die Bestimmungen zur Entbehrlichkeit von Zeugenaussagen beim Vorliegen »materieller oder moralischer Beweise« in Art. 13 des *loi du 22 prairial an II* vom 10.6.1794 (genannt Schreckensgesetz):

25 Bereits die Theresiana von 1769 hatte in ihrem Art. 25 § 7 die Heimlichkeit strafprozessualer Informationserlangung zwar andeutungsweise geregelt. Das Gesetzeswerk verstand den Strafprozess aber noch immer als auf richterliches Handeln beschränkt und erfasste keine außergerichtlichen Untersuchungen.

26 Vgl. RICHARD VOGLER, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot 2005, 49 ff.

27 Die Eingriffe des Änderungsedikts von 1788 betrafen mit Blick auf ein »Vorverfahren« nur das Folterverbot; vgl. ADHÉMAR ESMEIN, *A History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France*, New Jersey u. a. 1968, 393 ff.

28 Ihr Titre III trug die Überschrift »Des plaintes, dénonciations et accusations«.

29 Vgl. hauptsächlich Titre III Artt. 3, 4, 6 und 8.

30 JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810*, in: *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales (1780–1830)*, hg. von XAVIER ROUSSEAU, MARIE-SYLVE DUPONT-BOUCHAT und CLAUDE VAEL, Paris 1999, 109–130, 110.

31 Vgl. JEAN-MARIE CARBASSE, *État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation pénale de 1789 au Code de 1810*, in: *All'ombra dell'aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica (1802–1814)*, hg. vom MINISTERO PER I BENI CULTURALI E AMBIENTALI, Rom 1994, 313–333, 315 f., 321.

»S'il existait des preuves, soit matérielles, soit morales, indépendamment de la preuve testimoniale, il ne sera point entendu de témoins, à moins que cette formalité ne paraisse nécessaire, soit pour découvrir des complices, soit pour d'autres considérations majeures d'intérêt public.«

Das Normzitat belegt nicht nur die überdeutliche Abhängigkeit strafprozessualer Bestimmungsgestaltung von den jeweiligen kriminalpolitischen Wunschvorstellungen. Eine solchermaßen wenig detaillierte, sich in Abstraktion geradezu verflüchtigende Formulierung vorverfahrensrechtlicher Ermittlungsbefugnisse führt unweigerlich zu der Erkenntnis, dass die Verrechtlichung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen einen gewissen Grad an Konkretisierung im Umgang mit der Materie des Strafverfahrens voraussetzt. Nur wem es nicht auf eine feine, die Eigenarten des jeweiligen Ermittlungszugriffs beachtende Austarierung zwischen Aufklärungs- und Freiheitsinteressen ankommt, dem kann eine Kodifikation »irgendwelcher« Ermittlungsmaßnahmen genügen. Der *CIC* von 1808 wies solche konkret formulierten Ermittlungsbefugnisse zwar in noch stärkerem Maße als das Gesetz von 1670 auf.³² Heimliche Untersuchungstätigkeit normierte das »entscheidende Vorbild der deutschen Reform des 19. Jahrhunderts«³³ aber wieder nicht, weil die freiheitlichen Bedürfnisse des Bürgertums hauptsächlich auf eine allgemeine Einhegung staatlicher Eingriffsbefugnisse abzielten und eine Regelung heimlichen staatlichen Vorgehens politisch wohl von keiner Seite unterstützt wurde.³⁴ Dürfen wir deshalb auch im Folgenden nicht allzu viel erwarten?

Zuvor gilt es noch auf zwei wichtige Kodifikationen des nicht reformierten Verfahrens hinzuweisen: Denn die wohl wichtigsten strafprozessualen Partikulargesetze des beginnenden 19. Jahrhunderts, die preußische Criminalordnung vom 11.12.1805 und der zweite Teil von Feuerbachs bayerischem StGB von 1813, zeigten sich nur in sehr geringem Maße von den revolutionären Entwicklungen in Frankreich beeinflusst.³⁵ Die preußische Criminalordnung erlaubte z. B. auf dem Boden des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses ohne weiteres eine heimliche Observation als eine »Maaßregel« der Verhaftung des Inquisiten.³⁶ Eine Verrechtlichung solcher Überwachungsmaßnahmen stand – sofern man überhaupt von einer juristischen Ausdifferenzierung sprechen kann – abermals unter dem Vorzeichen fehlender rechtsnormativer Gegenpole. Zwar existierte durchaus ein praktisches Bewusstsein von einer Gesetzesbindung;³⁷ die gewonnenen Beweise werden

32 Vgl. etwa Artt. 11 I, II, 16, 31, 47 f., 50, 53 f., 65, 71 *CIC*. Die Bestimmungen des *CIC* sind, ebenso wie diejenigen der Strafprozessordnungen unten (V.), zitiert nach C. F. W. J. HAEBERLIN, Sammlung der neuen deutschen Strafprozessordnungen, Greifswald 1852.

33 KLAUS GEPPERT, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen

Strafverfahren, Berlin u. a. 1979, 44.

34 Vgl. zu den Hauptforderungen der Französischen Revolution an das reformierte Verfahren WILFRIED KÜPER, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967, 177 ff.

35 Zur konservativen Kompromisshaftigkeit des Feuerbachschen Strafverfahrens vgl. RUDOLF

THIERFELDER, Anselm von Feuerbach und die bayrische Strafprozessgesetzgebung von 1813, in: ZStW 53 (1934) 403–442; CLEMENS BUSCH, Das Bayerische Strafverfahrensrecht von 1813, Frankfurt a. M. 1997, 65 ff.

36 CHRISTIAN LUDEWIG PAALZOW, Kommentar über die Criminal-Ordnung für die preussischen Staaten, Erster Theil, Berlin 1807, 425.

37 PAALZOW (Fn. 36) 1: »Es ist um die Freiheit der Bürger geschehen, so bald sie nicht versichert sind, daß sie nicht anders, als nach den Gesetzen, nach der eingeführten Gerichtsordnung, und von ihren ordentlichen Richtern gerichtet werden können.«

aber unproblematisch zum Gegenstand richterlicher Erkenntnis und freiheitliche Rechtsgewährungen sind noch lange nicht hinreichend – als Kontrapunkt hoheitlicher Befugnisweite – entwickelt.³⁸

IV. Der Vormärz als Gegenphase für eine Verrechtlichung der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen

Die Restauration begegnete den aufkeimenden freiheitlichen Bestrebungen des Bürgertums auch in Gestalt eines ebenso revolutionsfeindlichen wie waffenartigen Einsatzes des Strafverfahrens. Um die liberal-republikanischen Ziele der politisch verfolgten so genannten Demagogen in Form von Strafprozessen wegen Hochverrats effektiv bekämpfen zu können, kam es mit Nolte zu einer »Flucht« der Obrigkeit »aus den Bindungen des Strafprozessrechts«.³⁹ Die strafprozessuale Lage war dabei zu Beginn des Vormärz durchaus geordnet. Die deutschen Staaten betrieben Verfahren noch immer entweder direkt oder vermittelt durch eigene Rezeptionsgesetze auf dem Boden des gemeinen deutschen Strafprozesses.⁴⁰ Allerdings zeigten sich die justiziellen Ermittlungsbefugnisse des Untersuchungsrichters und seiner unterstützend eingesetzten »Hilfsbeamten« (Gerichtsdieners, Gendarmen usw.) bald ungeeignet, das politisch in großer Zahl geforderte Vorgehen gegen »Umtriebige« zu leisten. Dies setzte allgemein einen »Tatverdacht« voraus, den der Richter entweder bereits amtlich wahrnehmen oder doch wenigstens auf eine Anzeige hin selbst feststellen musste. Oft genug existierten zunächst bloße »Gerüchte«, die auf ihren »wahren Kern« erst noch abgeklopft werden mussten, um an gerichtsfeste Beweismittel zu kommen. Weil solche Ermittlungen im politischen Untergrund, z. B. in Gestalt der verdeckten Teilnahme an Versammlungen, des geheimen Observierens von Personen oder des heimlichen Belauschens von Gesprächen, besondere Fertigkeiten, vor allem aber eine qualifizierte personelle Ausstattung erforderten, kam es zu einer Verlagerung der Ermittlungstätigkeit von der Justiz auf eine sich ausgehend von Österreich, Bayern und Preußen zusehends etablierende politische Polizei.⁴¹

Sollte diese Verfolgung der Opposition aber doch eher Zeichen einer Gefahrenabwehr gewesen sein, die mit dem Strafverfahren des

38 Vgl. GERD KLEINHEYER, Grundrechte, Menschen- und Bürgerrechte, Volksrechte, in: Geschichtliche Grundbegriffe, hg. von OTTO BRUNNER u. a., Bd. 2, Stuttgart 1975, 1047–1082, 1070.

39 JAKOB NOLTE, Demagogen und Denunzianten. Denunziation und Verrat als Methode polizeilicher Informationserhebung bei den politischen Verfolgungen im preußischen Vormärz, Berlin 2007, 189.

40 Vgl. JULIUS FRIEDRICH HEINRICH ABEGG, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses, Königsberg 1833, 13 f.

41 Vertiefend DIRK RIESENER, Polizei und Politische Kultur im 19. Jahrhundert, Hannover 1996, 181 ff.; KARIN HACHENBERG, Die Entwicklung der Polizei in Köln von 1794 bis 1871, Köln u. a. 1997, 70 f.; WALTER OBENAU, Die Entwicklung der preußischen Sicher-

heitspolizei bis zum Ende der Reaktionszeit, Berlin 1940, 89 ff.; und vor allem WOLFRAM SIEMANN, »Deutschlands Ruhe, Sicherheit und Ordnung«. Die Anfänge der politischen Polizei 1806–1866, Tübingen 1985, 41 ff., 48 ff., 61 ff.

gemeinen Rechts nichts zu tun hatte, sodass sich die bislang rein aus strafprozessualen Blickwinkel gestellte Verrechtlichungsfrage an dieser Stelle vielleicht interdisziplinär öffnen muss? Nur wenig spricht dafür. Art. II der Bundesakte von 1815 bestimmte zwar unter anderem die »Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands« zum Zweck des Deutschen Bundes. Die restaurative Politik seit dem Wiener Kongress war ebenso eher an einer zukunftsgerichteten Erhaltung und Verteidigung aristokratischer Bundesstrukturen interessiert als an einer tatrekonstruktiven, vergangenheitsorientierten Strafverfolgung.⁴² Zur Durchsetzung dieser politischen Ziele diente wenig später auch die Karlsbader Bundesgesetzgebung. Der »Beschuß betreffend die Bestellung einer Centralbehörde zur nähern Untersuchung der in mehreren Bundesstaaten entdeckten revolutionären Umtriebe«, das so genannte Untersuchungsgesetz vom 20.9.1819, formulierte in seinem Art. 2 als Aufgabe der Bundesuntersuchungskommission:

»Der Zweck dieser Commission ist gemeinschaftliche, möglichst gründliche und umfassende Untersuchung und Feststellung des Thatbestandes, des Ursprungs und der mannigfachen Verzweigungen der gegen die bestehende Verfassung und innere Ruhe, sowohl des ganzen Bundes, als einzelner Bundesstaaten, gerichteten revolutionären Umtriebe und demagogischen Verbindungen, von welchen nähere oder entferntere Indicien bereits vorliegen, oder sich in dem Laufe der Untersuchung ergeben möchten.«⁴³

Diese Sonderrechtsetzung zielte ohne Zweifel auf eine möglichst umfassende Ausermittlung politisch missliebiger Aktivitäten der Opposition ab. Solche Untersuchungen hatten ihren Schwerpunkt aber nicht in der Wahrung bzw. Wiederherstellung einer damals noch nicht definierten Inneren Sicherheit.⁴⁴ Selbst soweit den unabhängig von konkreten Gefahrenlagen statthaften Ermittlungshandlungen ein staatsschützender Charakter beigegeben wird, sollten die hieraus gewonnenen generellen Informationen doch stets zur Grundlage von gerichtlichen Strafverfahren werden.⁴⁵ So ist unstreitig, dass die Ergebnisse dieser im Schwerpunkt heimlichen Ermittlungen später in Hochverratsprozesse vor den zuständigen Kriminalgerichten mündeten.⁴⁶ Abgesehen von dieser Initiativfunktion zeigt sich der normative Einfluss der Karlsbader Beschlüsse auf das Strafprozessrecht auch darin, dass sich auf ihrem Boden neuartige Ermittlungsorgane (*Instructoren, Commis-sare*) etablieren konnten, die mit generalklauselartigen, heimliches Vorgehen umfassenden Befugnissen ausgestattet waren.⁴⁷ Die nach

42 SIEMANN (Fn. 41) 79: »stabilitätswahrender Grundgedanke der Prävention«. Die politischen Hauptkräfte dieser Zeit ordnet EBERHARD BÜSSEM, Die Karlsbader Beschlüsse von 1819, Hildesheim 1974, 8 ff.

43 Der »Provisorische Bundesbeschuß über die in Ansehung der Universitäten zu ergreifenden Maßregeln«, das sog. Universitätsgesetz vom selben Tage, umschrieb die Befugnisse der »Instructoren« noch konkreter.

44 Vgl. aber NOLTE (Fn. 39): »effektive Gefahrenabwehr«; bereits nicht mehr ganz so präventiv orientiert berichtet OBENAUS (Fn. 41) 112 immerhin von dem Drängen des Kammergerichts (!) im »Kampf zwischen Justiz und Polizei«, ihm polizeiliche Ermittlungsergebnisse unverzüglich zur weiteren Verfügung zu überlassen. Gewisse Wandlungen zwischen einem repressiven und einem präventiven Kommissionscharakter beschreibt SIEMANN (Fn. 41) 83 ff.

45 Vgl. EBERHARD WEBER, Die Mainzer Zentraluntersuchungskommission, Karlsruhe 1970, 32 ff., 34: Befugnisse zwischen der »Oberleitung rein polizeilicher Untersuchungstätigkeit« und einer »Art Revisionsinstanz in Strafsachen«.

46 GÜNTHER CUERS, Gerichtliche Strafverfolgung von Burschen-

schaftern im Herzogtum Braunschweig nach dem Frankfurter Wachensturm 1832, in: 1885–1985. 100 Jahre V. a. B. Braunschweig, hg. von der VEREINIGUNG ALTER BURSCHENSCHAFTER BRAUNSCHWEIG, Braunschweig 1985, 20–45, 23, 27.

47 Vgl. z. B. REINHARD MÜTH, Studentische Emanzipation und staatliche Repression, Tübingen 1977, 62 ff., zum Tübinger

Staatskommissar Hofacker; zum »Netz von Zuträgern, Agenten, Konfidenten, Spitzeln und Denunzianten« s. JÖRG LEONHARD, »... der heilige Eifer des Bücherkastrierens?« Wandel und Widerspruch politischer Zensur im deutschen Vormärz bis 1848, in: Zensur im modernen deutschen Kulturraum, hg. von BEATE MÜLLER, Tübingen 2003, 31–45, 33.

dem Vorbild der »Central-Untersuchungskommission« in Mainz (1819–1828) in den Einzelstaaten eingerichteten Kommissionen fungierten auch nicht wie reine Staatsschutzstellen, sondern ermittelten als »inquirierende Kriminalgerichte«. ⁴⁸ Vor allem stützten sie ihre Untersuchungen trotz ihrer Errichtung durch Bundesgesetzgebung offiziell auf die jeweiligen Straf- und Strafprozessgesetze der Staaten, die Königliche Immediat-Untersuchungskommission in Preußen etwa auf die Criminalordnung von 1805. ⁴⁹ Vor dem Hintergrund, dass Grundlage der Karlsbader Gesetzesvorlage ein hessisch-nassauisches Gutachten zur »Beurteilung der demagogischen Umtriebe in strafrechtlicher Hinsicht« war und ursprünglich neben der Untersuchungskommission auch ein Strafgericht auf Bundesebene zur Aburteilung von Angeschuldigten vorgesehen war, ⁵⁰ muss man die Karlsbader Sonderrechtsetzung im Ergebnis jedenfalls in gewichtigen Teilen als strafverfahrensrelevant verstehen. ⁵¹ Der nachfolgenden Frankfurter Bundes-Untersuchungsbehörde (1833–1842) und den zu ihrer Unterstützung gebildeten einzelstaatlichen Untersuchungsbehörden wird ein solcher »Zwitercharakter« unter Einschluss einer strafprozessualen Funktion ohnehin bescheinigt. ⁵² Gleichwohl blieb diese gesetzliche Etablierung einer in Geheimverfahren operierenden politischen Polizei ohne weitere Anknüpfung an ein bestehendes Strafverfahrensrechtsregime und damit ohne nennenswerten strafprozessualen Verrechtlichungsgehalt.

Dem standen kaum normative Begrenzungen entgegen, weil zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben, die zum Schutze freiheitlicher Verbürgungen die Festlegung notwendiger Bindungen im Strafverfahrensrecht hätten vorantreiben können, noch fehlten. Soweit zwischen 1814 und 1841 in einer »Periode der bescheiden konstitutionellen Hoffnung« ⁵³ in den deutschen Bundesstaaten Verfassungen entstanden waren, ⁵⁴ enthielten diese entweder keine Individualrechtskataloge, oder die kodifizierten subjektiven Garantien firmierten schon ihrem Namen nach zu betagt und kraftlos. ⁵⁵ Für Grundrechte bestand noch nicht einmal eine einheitliche Begriffsbildung. ⁵⁶ Die strafprozessuale Wirkmächtigkeit des Verfassungsrechts war auch deshalb sehr begrenzt, weil die Verfassungsrechtsetzungen von den herrschenden Monarchen oft als »freiwillige Zugeständnisse« zur Wahrung »dynastischer Selbsterhaltungsinteressen« ⁵⁷ an die sich ändernden gesellschaftlichen Zustände verstanden wurden, die in ihrer praktischen Umsetzung

48 Vgl. HARTMUT MANGOLD, E. T. A. Hoffmann – Dichter und Richter, Vortrag im »Forum Recht und Kultur im Kammergericht« vom 29.5.2008, S. 13, verfügbar unter <http://www.forumrechtundkultur-imkammergericht.de/Daten/Mangold2008.pdf>, der ebenso die Grundlage der Demagogenverfolgung in den Strafvorschriften sieht.

49 MANGOLD (Fn. 48) 13.

50 BÜSSEM (Fn. 42) 353 f.

51 Vgl. ERNST RUDOLF HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. I, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 1990, 746 ff.; das Untersuchungsgesetz wird aber nicht als eigentliche Rechtsgrundlage der Hochverratsverfahren verstanden, vgl. THEOPHIL GALLO, Die Verhandlungen des außerordentlichen Assisengerichts zu Landau in der

Pfalz im Jahre 1833, Sigmaringen 1996, 43 ff.

52 SIEMANN (Fn. 41) 95; ferner LEOPOLD FRIEDRICH ILSE, Geschichte der politischen Untersuchungen, welche die neben der Bundesversammlung errichteten Commissionen, der Central-Untersuchungs-Commission zu Mainz und der Bundes-Central-Behörde zur Frankfurt in den Jahren 1819 bis 1827 und 1833 bis 1842 geführt sind, Frankfurt a. M. 1860; ADOLF LÖW, Die Frankfurter Bundeszentralbehörde von 1833–1842, Frankfurt a. M. 1932, 13 ff., 17 f.

53 WILHELM SCHULZ und CARL WELCKER, Geheime Inquisition, Censur und Kabinettsjustiz im verderblichen Bunde, Karlsruhe 1845, 22 f.

54 Eine Auflistung findet sich bei KLEINHEYER (Fn. 38) Fn. 104.

55 DIETER GRIMM, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, hg. von GÜNTER BIRTSCH, Göttingen 1987, 234–266, 237: »Untertanenrechte«, »Rechte der Landesangehörigen«.

56 GRIMM (Fn. 55); das heutige Verständnis überträgt HUBER (Fn. 51) 350 ff.

57 GRIMM (Fn. 55).

nur soweit wirken konnten, wie es die bürokratische Exekutive zuließ.⁵⁸ Eine effektive Begrenzung staatlicher, auch verdeckter Machtausübung war auf diese Weise freilich nicht zu erreichen.

Heimliche Ermittlungsmaßnahmen waren in dieser Zeit auch Gegenstand abstrakt-generell formulierter hoheitlicher Rechtssetzungsakte. Von Jagemann nennt etwa das Beispiel der badischen Verordnung vom 30.5.1822, die zur Voraussetzung einer Brieferebrechung die Tatsache bestimmt, »daß Inculpant wirklich in Criminaluntersuchung steht«.⁵⁹ Eine solche »Anordnung der Inquisitionsbehörde, daß alle von einem Inculpanten ausgehende und an denselben eintreffenden Briefe, sei es durch die Post oder durch andere Gelegenheit, in ihre Hände geliefert werden«, erfolgte auch zum Zweck »der Erweiterung des Beweismaterials«.⁶⁰ Das weiterhin geltende gemeine Recht zeigt sich im Vormärz somit sowohl durch immanente Rechtsfortbildung, Bundesgesetzgebung wie auch durch solche Verordnungsgebungen beeinflusst.

Diese normative Perspektive allein würde die Verrechtlichungsfrage aber nur unzureichend beleuchten. Auch die praktische Umsetzung der heimlichen Strafverfolgung ist aufschlussreich. Eines ihrer Kennzeichen war ihr frühes Ansetzen, gewissermaßen ihr Vorfeldcharakter, verstanden als Produktion eines gerichtsfesten Tatverdachts. Aus Hessen gibt es prominente Beispiele für eine solche Übung. Neben der berühmten steckbrieflichen Fahndung nach Georg Büchner dürften die jahrelangen Ermittlungen gegen den Marburger Staatsrechtslehrer Sylvester Jordan⁶¹ beredtes Zeugnis davon ablegen, wie sehr die Obrigkeit um die Erlangung hieb- und stichfester Beweise wegen Hochverrats und dergleichen kämpfte. Die politische Situation beschreibt Günter Kleinknecht: »Kein Ständemitglied war je so bekannt, beliebt und wurde so gefeiert wie Jordan im Jahre 1832. Mit seinem »rücksichtslosen Streben« nach der Verwirklichung konstitutioneller Grundsätze befand er sich damals in vollem Einklang mit den Erwartungen der sich herausbildenden bürgerlichen Öffentlichkeit.«⁶² In den Beständen des Hessischen Staatsarchivs Marburg findet man viele Aktenstücke aus der Praxis der Strafjustiz jener Tage, welche die tatsächlichen Umstände heimlicher Strafverfolgung belegen.⁶³ In einer schriftlichen Verfügung des hessischen Innenministers an die Polizei in Marburg vom Mai 1833 heißt es:

58 Vgl. HELLMUT SEIER, Kurhessen und Deutschland im 19. Jahrhundert, in: ZHG 105 (2002) 135–147, 141 f.; die Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts macht auch das Beispiel einer Hausdurchsuchung in der Eingabe des Marburger Professors Hildebrandt an die Ständeversammlung vom 14.7.1846, abgedruckt in Akten und Eingaben aus dem kurhessischen Vormärz 1837–1848, hg. von HELLMUT SEIER, Marburg 1996, 401 ff., anschaulich.

59 LUDWIG HUGO FRANZ VON JAGEMANN, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde, Erster Band, die Theorie der Untersuchungskunde enthaltend, Frankfurt a. M. 1838, 121. Die Verordnung ist im Großherzoglich Badischen Staats- und Regierungs-Blatt Bd. 20 (1822) allerdings nicht abgedruckt.

60 VON JAGEMANN (Fn. 59) 119 mit Fn. 1; ferner ABEGG, Ueber die rechtlichen Grenzen der Befugniß, die Correspondenz Angeschuldigter als Mittel der Begründung des Verdachts und des Beweises zu benutzen, in: ArchCrimR N. F. 1842, 553–592; MITTERMAIER, Ueber das Recht des Criminal-

richters, Brieferebrechung als Wahrheitserforschungsmittel anzuwenden, in: Neues ArchCrimR 2 (1818) 452–461.

61 Zum Lebenslauf allgemein CONSTANT VON WURZBACH, Biographisches Lexikon des Kaiserthums Oesterreich, Zehnter Teil, Wien 1863, 260 ff.

62 GÜNTER KLEINKNECHT, Sylvester Jordan (1792–1861). Ein deut-

scher Liberaler im Vormärz, Marburg 1983, 107 f.

63 Zum Verfahren ferner CARL WELCKER, Die geheimen Inquisitionsprozesse gegen Weidig und Jordan, Karlsruhe 1843, 9 ff.; materialreich auch SCHULZ und WELCKER (Fn. 53) zum Parallelverfahren gegen Weidig; weitere Beispiele aus den Untersuchungsakten bei KLEINKNECHT (Fn. 62) 129 Fn. 337.

[...] 18/5 33.
Morgens 11 Uhr.

Dem unterzeichneten Ministerium ist auf offiziellem Wege die Nachricht zugegangen, daß die Pariser Propaganda am 7^{ten} d. M. einen Emissär, Namens Scherd oder Schrede, einen Hannoveraner von Geburt, an mehrere deutsche Universitäten, namentlich aber zu einer Rücksprache mit dem »berühmten« Professor »Jeridan« – ohne Zweifel Jordan – abgeschickt habe.

Die Polizei-Direction in Marburg wird davon in Kenntnis gesetzt mit der Aufforderung, dieser Sache ihre ungetheilte Aufmerksamkeit zu widmen, im Falle, daß gedachter Scherd wirklich in Marburg eintreffen sollte, ihn sorgfältigst, aber möglichst geheim zu beobachten, seinen etwaigen Verkehr mit p. Jordan nicht alsbald zu hindern, ihn jedoch nicht aus dem Auge zu verlieren und alles aufzubieten, um möglichst vollständigen Stoff zum ernstlichen Einschreiten gegen den oder die Verdächtigen zu sammeln.

[...]

Kassel am 17ten Mai 1833.

Kurfürstliches Ministerium des Innern
Hassenpflug⁶⁴

In entsprechender Weise wurde dann von der Polizei verfahren:

Rapport vom 9. auf den 10. Juny 1833.
den Professor Jordan betreffend.

Gestern Vormittag war derselbe auswärts nicht bemerkt, Nachmittags ging derselbe nach Okershausen zu spazieren, unterhielt sich auf diesem Spaziergang mit dem Professor Rehm, späther einige Augenblicke mit dem Professor Lips, welcher letzterer in Gesellschaft des Dr. med. Eichelberg, welcher in polnischen Diensten war, zusammen waren. Jordan verlies diese beyden, und passirten diese allein in die Stadt ein.

Der Polizei Commissar
[...]⁶⁵

Eine solche, sicher verallgemeinerungsfähige Einzelfallpraxis, die *expressis verbis* auf keinerlei Rechtsgrundlagen Bezug nimmt und nicht im Ansatz ein Bewusstsein von ihrer eigenen rechtlichen Begrenztheit zeigt, ist Zeichen einer brachliegenden Verrechtlichung des heimlichen Vorgehens.⁶⁶ Nach einem rechtlichen Dürfen wird nicht gefragt, allein das politische Können des verdeckten Vorgehens zählt. Deshalb lässt sich an diesem Beispiel auch nicht ablesen, dass sich heimliche Ermittlungsmaßnahmen – wie ansatzweise im gemeinen Recht nachweisbar – etwa als *ultima ratio* der Untersuchungstätigkeit darstellten; es scheint ganz im Gegenteil sogar zu ihrer Priorisierung (»ungetheilte Aufmerksamkeit«, »möglichst geheim«) gekommen zu sein. In welcher Weise und in

64 HStAM, Bestand 16 Ministerium des Innern, VII Polizeirepositor, Klasse 12, Nr. 37 Beilagenheft: Prof. Jordan zu Marburg = Nr. 7288 neue Zählung, Filmzählwerk 1244.

65 HStAM (Fn. 64) Filmzählwerk 1269.

66 NOLTE (Fn. 39) 188 spricht in diesem Zusammenhang von Selbstherrlichkeit.

welch beträchtlichem Umfang auch Private (freiwillig) als Informanten Strafverfolgungsdienste leisteten, erhellt der Einsatzbericht des Johann Conrad Kuhl aus demselben Jahr:

»Es war in der ersten Hälfte des Monats März 1833, als ich Hrn. Hofgerichtsrath v. Stein in Giessen eröffnete: daß ich wichtige Entdeckungen einer bevorstehend Revolution zu machen verspreche, falls mir richtige Begnadigung, Verschwiegenheit meines Namens und respective das Versprechen mich nie wegen meiner Theilnahme in Untersuchung zu ziehen, zugesichert werde. [...] Ich reiste überall herum, war (nach Ostern) 3 mal in Marburg, 2 mal in Wiesbaden, 6 mal in Frankfurt, zweimal in Hanau 2 mal in Darmstadt 2 mal in Illbenstadt und 130 mal in Giessen bey Hrn. v. Stein, berichtete, holte Instructionen [...]«⁶⁷

Insgesamt stellt sich die Verrechtlichungsfrage im Vormärz damit sehr facettenreich: Dabei bedeutet die Entwicklung von Spezialbehörden für Geheimermittlungen allerdings keine gleichsam »institutionelle Verrechtlichung«, mit der eine kodifikatorische Verrechtlichung jedweder Art von Untersuchungstätigkeit in Sonderrechtsetzungen korrespondiert hätte. Denn zum einen konnte die bloße Errichtung staatlicher Sonderbehörden als solche doch nichts zu einer normativen Ausdifferenzierung ihrer eigenen Ermittlungsbefugnisse beitragen und ganz allgemein war die rechtliche Einhegung dieser Polizeiorgane zu diesem Zweck zu vage und unbestimmt. Allgemein bestand seitens der Obrigkeit kein Bedürfnis nach einer juristischen Erfassung heimlicher Ermittlungstätigkeit. Auch aufgrund des schwachen Verfassungsrechts folgte zumindest das positivrechtliche Dürfen vielmehr stets dem politisch Gewollten. Sofern die revolutionäre Bewegung die Normierung polizeilicher Befugnisse zunehmend einforderte, ging es ihr um die Begrenzung hoheitlicher Gewalt auf einer hohen Abstraktionsebene (»die Polizeigewalt«), noch nicht jedoch um derart konkrete Streitfragen wie den Charakter der Heimlichkeit der Maßnahmen. Genau dies wurde jedoch Gegenstand aufkommender staatsrechtlicher Publizistik. Robert von Mohl etwa arbeitete den zuhauf praktizierten Einsatz der »geheimen Polizei« rechtswissenschaftlich auf und formulierte erstmals in dieser Ausführlichkeit materielle und formelle Grundsätze der Nutzung von Agenten.⁶⁸ Die juristisch durchaus indifferente politische Unruhe dieser Zeit ließ die Strafverfahrensrechtsentwicklung jedoch an diesem Punkt stagnieren und öffnete einem kriminalistischen Wildwuchs Tür und Tor, der bestehende prozessuale Bindungen oft ignorierte. Daran

67 F. W. SCHULZ, Die Klage des Johann Conrad Kuhl von Butzbach gegen den Großherzoglich Hessischen Staatsminister Freiherrn du Bos du Thil auf Schadloshaltung wegen angeblich geleisteter Spionendienste, Zürich u. a. 1844, 19, 22.

68 ROBERT VON MOHL, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Dritter Band, System der Präventiv-Justiz

oder Rechts-Polizei, 2. Aufl., Tübingen 1845, 424 ff., 433 ff.

änderten auch die vereinzelt Normierungen heimlicher Ermittlungstätigkeit nichts. Der großherzoglich badische Amtmann von Jagemann bemerkt im ersten Band seines berühmten »Handbuchs der gerichtlichen Untersuchungskunde« im Jahr 1838 daher treffend:

»Es ist freilich schlimm, daß in so vielen deutschen Staaten bis heute noch kein Criminalproceßgesetzbuch vorhanden ist.«⁶⁹

V. Die Verrechtlichungsfrage im Spiegel der partikularrechtlichen Normierungen von 1843 bis 1855 – Bestandsaufnahme und Hintergründe

Dies sollte sich bald ändern. Ihren Weg heraus aus dem Dasein als willkürliche Objekte abstrakt-genereller monarchischer Verordnungen und administrativer Einzelfallverfügungen hinein in die leistungsfähigeren Regelungen der parlamentarischen Fachgesetze fanden die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen hauptsächlich in Gestalt der Postbeschlagnahme mit der aufkommenden Partikulargesetzgebung in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Die folgende Sondierung steht allerdings vor einem kaum auf die Kodifikation von Ermittlungsbefugnissen konzentrierten Hintergrund. Denn die Reform des Strafprozesses betraf hauptsächlich die großen Ausrichtungen des Verfahrens (Einführung der Schwurgerichte und der Staatsanwaltschaften, Etablierung der Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit).⁷⁰ Es verwundert deshalb nicht, wenn die gesetzlichen Bestimmungen zu den nicht offen ausgeführten außergerichtlichen Untersuchungsbefugnissen spärlich sind. Die Normen lassen sich danach unterscheiden, ob sie die Ermittlungsführung allgemein (1.) oder die beiden Hauptfelder heimlicher Informationsbeschaffung im Strafverfahren in dieser Zeit, den Einsatz von Informanten (2.) oder die Postbeschlagnahme (3.), betrafen.

1. Allgemeine Führung der Ermittlungen

Noch immer ist die Ermittlungstätigkeit auch während der Voruntersuchung eine grundlegend richterliche Aufgabe.⁷¹ Obwohl damit am Primat der gerichtlichen Strafverfolgung festgehalten wird, kommt es aber häufiger zu einer Akzeptanz nicht-

69 VON JAGEMANN (Fn. 59) 8 Fn. 3.

70 Oft geschah dies, wie etwa in Kurhessen am 31.10.1848, durch ein besonderes »Gesetz die Umbildung des Strafverfahrens betreffend« o. ä. Vgl. MITTERMAIER, Ueber die Stellung des Assisenpräsidenten, in: Der Gerichtssaal, 1 (1849) 17–40, 17; FERD. CARL TH. HEPP, Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens, Tübingen 1842;

J. FR. H. ABEGG, Beiträge zur Strafprocess-Gesetzgebung, Neustadt an der Orla 1841; IGNOR (Fn. 10) 231 ff.: »Reformprinzipien«.

71 Vgl. § 88 I ÖStPO v. 17.1.1850: »Die Voruntersuchung wird von dem Untersuchungsrichter persönlich und unmittelbar geführt.«; § 2 Gesetz, die Untersuchungs- und Strafbefugnisse der Behörden bei Verbrechen und Vergehen der

Militairpersonen betreffend v. 13.5.1845 (Criminalgesetzbuch für das Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen) als Beispiel militärgerichtlicher Untersuchungskompetenz.

- 72 Symptomatisch § 2 S. 1 ÖStPO 1850, der zwar von der »gerichtlichen Verfolgung der strafbaren Handlungen« spricht, diese aber im selben Atemzug »den von dem Gesetze hierzu bestimmten Beamten«, also auch den Staatsanwälten überträgt; zur Abtrennung des Vorverfahrens auch H. A. ZACHARIÄ, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1846, 224 ff.
- 73 FRIEDRICH OSKAR SCHWARZE, Kommentar zur Strafproceßordnung des Königreichs Sachsen vom 11. August 1855, Erster Band, Leipzig 1855, 143 ff.
- 74 Zweifelnd noch CARL VON SCHIRACH, Ueber den Entwurf einer Strafproceß-Ordnung für die Herzogthümer Schleswig und Holstein, Kiel 1850, 30 ff., der mit dem Einbezug einer Staatsbehörde in die Ermittlungsarbeit deren Objektivität nicht mehr gewahrt sieht.
- 75 Vgl. nur Artt. 41 ff. Sachs-WeimStPO v. 20.3.1850; 19 ff. BayStGBÄndG v. 10.11.1848 sowie §§ 2 ff. PrVO v. 3.1.1849 als Ausnahme von der Regel; vgl. zur Verrechtlichung der Staatsanwaltschaft LORENZ SCHULZ, Die Teilung der erkennenden Gewalt. Zur Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland, in: Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten, hg. von BERNARD DURAND u. a., Frankfurt a. M. 2005, 311–338; PETER COLLIN, »Wächter der Gesetze« oder »Organ der Staatsregierung«? Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium, Frankfurt a. M. 2000, insbes. 107 ff., 181 ff.

richterlicher Strafverfolgung in den Gesetzen.⁷² Die »Nützlichkeit und Bedeutung der polizeilichen Vorerörterung«⁷³ wird zunehmend erkannt.⁷⁴ Die Ämter von Staatsanwaltschaft und Polizei sind deshalb nun ebenfalls Gegenstand strafprozessualer Normierungen, wengleich das Schwergewicht anfangs weniger auf der Festschreibung ihrer Befugnisse als vielmehr auf organisatorischen Belangen zu liegen scheint.⁷⁵ Wegen des Auftretens dieser neuartigen, mit den Kompetenzen der traditionellen Untersuchungsrichter konkurrierenden Ermittlungsbeamten kommt es vereinzelt zu einer Kodifikation von Befugnisabgrenzungen.⁷⁶ Eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Aufnahme der (gerichts-)polizeilichen Befugnisse in die Strafprozessordnungen besteht allerdings noch immer. Bezeichnend ist die Übung, die Befugnisse der »polizeilichen Vorerörterung« zwar im Unterschied zum gemeinen Recht nun gesetzlich zu regeln,⁷⁷ diese Kodifikationen aber technisch den Strafprozessordnungen auszulagern. So sind Gesetze wie das braunschweigische »Gesetz, die gerichtliche Polizei und die mit deren Ausübung beauftragten Personen betreffend«⁷⁸ vom 19.3.1850 Zeichen letzter Ressentiments vor einer integralen Kodifikation, die das Vorverfahren einer umfassenden und vor allem geschlossenen gesetzlichen Regelung zuführt.

Die Ermittlungsbefugnisse werden einerseits überwiegend zur Erforschung des »Thatbestands des Verbrechens«, also ausdrücklich zweckgebunden ausgestaltet und somit begrenzt.⁷⁹ Auf der anderen Seite ist eine normative Differenzierung zwischen rechtmäßigen und unrechten Untersuchungshandlungen nicht erkennbar, wenn z. B. § 78 der HannStPO vom 8.11.1850 den Untersuchungsrichter schlechthin zu allem ermächtigt, »was ihm zur Ermittlung der Wahrheit dienlich scheint«.⁸⁰ Interessanterweise entkoppelt etwa § 14 II der LübStPO von 1854 die polizeiliche Ermittlungskompetenz von richterlichen oder staatsanwaltlichen Beauftragungen und sieht die Befugnis vor, »auch ohne besondere Aufforderung, alle vorläufigen Erkundigungen und Vernehmungen anzustellen, welche zur Ermittlung des Thatbestandes oder Thäters führen können«. Das damit zum Ausdruck kommende proaktive polizeiliche Dürfen ist Zeichen einer gesetzlichen Befugnisöffnung und Befugnisweitung, die bereits vorhandene, spezifisch polizeiliche Instrumente einer (auch verdeckten) Informationsgewinnung nicht von vornherein ausgeschlossen haben dürfte. Explizite Regelungen, wie wir sie für die Befugnis zur Postbeschlagnahme finden,

- 76 Vgl. beispielhaft §§ 4 ff. PrVO (Fn. 75); Artt. 18 ff. WürttStPO v. 22.6.1843. Ferner J. FR. H. ABEGG, Kritische Betrachtungen über den Entwurf einer Strafproceß-Ordnung für das Königreich Württemberg vom Jahre 1832, Altenburg 1839, 64 ff.
- 77 Vgl. das Textzitat von BIENER oben I. (Fn. 1), ferner oben II.
- 78 Abgedruckt bei ROBERT DEGENER, Die größeren Justizorganisa-

tionsgesetze für das Herzogthum Braunschweig nebst einem kurzen, den Motiven, Berichten und Verhandlungen über dieselben entnommenen Commentare, Bd. 1, Braunschweig 1850, 89 ff.

- 79 Vgl. § 29 BadEGStGB v. 5.2.1851.
- 80 Ähnlich auch § 57 II ÖStPO 1850: »[...] dass alle zur Erforschung der Wahrheit dienlichen Mittel gehörig benützt werden«.

bleiben den Strafprozessordnungen für personengestützte heimliche Untersuchungen durch Informanten, von aufschlussreichen Ausnahmen abgesehen, aber weithin entzogen.

2. Vigilanten, Informanten, Spitzel und Konfidenten

Diese oftmals systematische personengestützte Informationsbeschaffung im 19. Jahrhundert,⁸¹ deren Erkenntnisse in der Zeit des Vormärz von der politischen Polizei sehr effektiv zulasten so genannter Demagogen verwertet wurden, bleiben für die polizeiliche Ermittlungsarbeit zwar unentbehrlich,⁸² sind aber nur sehr vereinzelt von gesetzlichen Regelungen erfasst. Meist liegen diese Normierungen außerhalb der Kodifikationen von Untersuchungsbefugnissen. Wie zuvor schon im gemeinen Recht hält zunächst das materielle Strafrecht, z. B. Art. 292 (»Baumfrevel«) des Criminal-Gesetzbuchs für das Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen vom 10.5.1845,⁸³ Regelungen vor, die eine Belohnung von Personen im Fall ihrer Anzeige einer Straftat vorsehen. Auf diese Weise schafft das Recht ebenso wie mit dem Instrument der Anzeigepflicht einen Anreiz, die Strafverfolgung »privat« zu initiieren, sodass solche Regelungen die Auskunftsbereitschaft von Informanten fördern konnten. Freilich betreffen solche Vorschriften indes aus zweierlei Gründen nicht die hier gestellte Verrechtlichungsfrage: Zum einen ist der Normgehalt nicht trennscharf genug auf die Heimlichkeit der Informationsermittlung, sondern allein auf die Anzeige strafbaren Verhaltens als solche bezogen, und zum anderen sind derartige Vorgaben des materiellen Rechts ohne jedweden Aussagegehalt über Recht oder Unrecht *prozessualer* Verhältnisse im Sinne des hier verfolgten Verrechtlichungsbegriffs.

Soweit doch das Strafprozessrecht betroffen ist, finden sich relevante Bestimmungen dort, wo man sie prima facie nicht erwarten würde. So war es bereits im gemeinen deutschen Strafprozess nicht unüblich, Untersuchungsgefangene in einem Haftraum zusammenzulegen, um über Privatmitteilungen der Mithäftlinge neue tatrelevante Erkenntnisse zu erhalten.⁸⁴ Daran knüpften die §§ 190 ff. WürttStPO vom 22.6.1843 an: Gem. § 190 S. 2 hat der »Gefangenwärter« den Untersuchungsgefangenen »genau zu beobachten und seine Wahrnehmungen, so wie die ihm aus eigener Bewegung gemachten Eröffnungen unverzüglich dem Untersuchungsrichter mitzuteilen«. Sofort wird diese Überwachungsbefug-

81 Zur rechtlichen Systematisierung dieser »geheimen Agenten« vgl. VON MOHL (Fn. 68) 433 ff.; zu einzelnen Fallstudien vor allem NOLTE (Fn. 39) 268 ff.

82 Vgl. ANDREAS ROTH, *Kriminalitätsbekämpfung in deutschen Großstädten 1850–1914*, Berlin 1997, 286 ff.; PETER BECKER, *Vigilanten als polizeiliche Informationsquelle im 19. Jahrhundert*, in: *Denunziation und Justiz. His-*

torische Dimensionen eines sozialen Phänomens, hg. von FRISO ROSS und ACHIM LANDWEHR, Tübingen 2000, 117–140.

83 Der Anzeigende soll als Gegenleistung aus dem Vermögen des Täters »5–10 Thaler« erhalten.

84 Vgl. NUR VON JAGEMANN (Fn. 59) 221.

nis in § 191 aber scheinbar wieder verworfen, wenn es heißt: »Der Untersuchungs-Richter darf sich niemals des Gefangenwärters oder Mitgefangener zu Ausforschung des Verhafteten bedienen.« In der Tat wird man diese strafprozessuale Befugniszuschreibung zum Einsatz einer nicht zum Kreis der Ermittlungsbeamten zählenden Informantenperson differenziert beurteilen müssen: Lediglich das zielgerichtete »Ansetzen« der Gefängniswache auf die Ermittlung bestimmter Informationen ist ausgeschlossen; daneben besteht eine Ermittlungsbefugnis und Mitteilungspflicht über das, was der beobachtete Gefangene durch sein Verhalten oder in Gesprächen an Erkenntnissen preisgibt. Ansonsten bleibt es bei der gesetzgeberischen Zurückhaltung der Zulassung informanten-gestützter Ermittlungsbefugnisse.⁸⁵

3. Briefbrechung bzw. Postbeschlagnahme

Ganz anders ist die Situation bei der Postbeschlagnahme. Das Abfangen eines Briefes, sein Öffnen und die Kenntnisnahme von seinem Inhalt hat zum Zweck der Strafverfolgung eine lange Tradition,⁸⁶ und auch im gemeinen Recht ist die sog. Briefbrechung ein ubiquitäres Untersuchungsinstrument.⁸⁷ Aber im Unterschied zu der oben zitierten spärlichen Verordnungsgebung bindet der reformierte Strafprozess diese Ermittlungszugriffe an differenzierte und weit strengere Voraussetzungen. Die entweder kurz vor, hauptsächlich aber unmittelbar nach der Märzrevolution erlassenen Strafprozessordnungen weichen in ihren Regelungsgehalten mitunter stark voneinander ab. Als Kerngehalt der verschiedenen Normierungen zeichnet sich allein das Recht des Untersuchungsrichters zur Beschlagnahme von an den Beschuldigten gerichteten oder von diesem herstammenden Briefen ab, die sich bei der Post oder im Besitz Dritter befinden.⁸⁸

Eine Benachrichtigung des Betroffenen⁸⁹ über die Maßnahme ist, soweit eine Pflicht hierfür überhaupt statuiert wird,⁹⁰ erst nachträglich möglich, was sich schon aus dem Postweg als Benachrichtigungsform ergibt.⁹¹ Das Erfordernis eines schriftlichen Befehls an den Postbeamten gibt es ebenso wenig überall.⁹² Manchmal wird die Befugnis zur Postbeschlagnahme an die Notwendigkeit einer vorherigen Verhaftung des Betroffenen oder eines bestehenden Vorführungs- oder Verhaftungsbefehls gekoppelt.⁹³ Gelegentlich ist die Maßnahme nur bei Verbrechen-, nicht jedoch

85 Auch die den Staatsanwälten zuweilen gegebene Aufgabe zur Sammlung von »Wahrnehmungen, Anzeigen und Mittheilungen, die ihnen von Privatpersonen [...] über Vergehungen gemacht werden«, wie in § 25 I BraunschwStPO v. 22.8.1849, stellen keine Ausnahme hiervon dar.

86 Vgl. ANONYMUS, Doktor M. Luther über Briefbrechung, in: Deutsche Monatsschrift 1 (1792) 131–136.

87 Vgl. MÜLLER, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde (Rezension), in: Ergänzungsblätter zur Allgemeinen Literatur-Zeitung 1839, 305 ff.; JOSEPH MITTER-

MAIER, Theorie des Beweises im Peinlichen Prozesse, Darmstadt 1821, 366.

88 Vgl. §§ 154 S. 1 ÖStPO 1850; 106 HannStPO v. 8.11.1850; 125 ff. BadStPO v. 6.3.1845; Artt. 246 ff. WürttStPO 1843; 152 ff. Sachs-WeimStPO 1850; 209 f. Sachs-StPO v. 11.8.1854, zitiert nach SCHWARZE (Fn. 73) 290 ff.

89 Gem. § 125 II BadStPO 1845, Art. 154 Sachs-WeimStPO 1850

genügt u. U. eine Benachrichtigung eines Bevollmächtigten oder Angehörigen.

90 Nicht etwa in der BraunschwStPO 1849.

91 Vgl. statt vieler Art. 250 Württ-StPO 1843: »baldige Nachricht«.

92 So in § 106 S. 2 HannStPO 1850.

93 Vgl. §§ 154 S. 1 ÖStPO 1850; 125 I BadStPO 1845; Art. 152 I Sachs-WeimStPO 1850.

bei Vergehensverdacht statthaft.⁹⁴ Zuweilen wird den Staatsanwälten das Beschlagnahme-, nicht aber das Brieföffnungsrecht eingeräumt.⁹⁵ Die Brieföffnungsbefugnis wird allein den Untersuchungsrichtern – bei Zustimmung des Betroffenen ohne weiteres, ansonsten erst nach obergerichtlicher Zustimmung – gestattet.⁹⁶ Der Briefinhalt ist später je nach Ermittlungszweck in Urschrift, Abschrift oder auszugsweise zurückzugeben.⁹⁷

4. Charakteristika einer Verrechtlichung

Die Verrechtlichung dieser heimlichen Ermittlungsmaßnahmen zeigt sich weitaus differenzierter als noch in den früheren Phasen des Vormärz (oben IV). Die Postbeschlagnahme ist im Gegensatz zum Einsatz von Informanten in umfangreicher Weise überhaupt kodifiziert worden. Ein Grund dafür ist sicherlich die neue Verfassungsrechtssituation. Wenn die einzelnen Verfassungsgebungen das Postgeheimnis nunmehr als individualfreiheitsrechtliche Position gewährleisteten und einen Eingriff unter den Vorbehalt eines Gesetzes stellten,⁹⁸ so weist Knut Amelung zu Recht darauf hin, dass den entsprechenden strafprozessualen Normierungen die Aufgabe einer fachrechtlichen Ausfüllung der konstitutionellen Vorgaben zukam.⁹⁹ Es bestand damit wohl erstmals ein direkter normativer Wechselbezug zwischen Verfassungs- und Strafverfahrensrecht, der eine inhaltliche Ausrichtung des strafprozessualen Dürfens am verfassungsrechtlich Zulässigen erlaubte. Insoweit waren die neueren Verfassungsgebungen dieser Zeit der Motor der Verrechtlichung der Postbeschlagnahme. Die umgekehrte Vorstellung, dass der Einsatz von Vigilanten und Informanten nur deshalb nicht einer Regelung in den Strafprozessordnungen unterworfen wurde, weil ein entsprechender verfassungsrechtlicher Gesetzesvorbehalt fehlte,¹⁰⁰ ist hingegen wenig überzeugend. Für die Nichtberücksichtigung im Gesetzesrecht dürfte vielmehr ein noch fehlendes Problembewusstsein ausschlaggebend gewesen sein. Schließlich war das polizeiliche Vorverfahren erst seit kurzer Zeit etabliert und es galt zunächst, dessen Rechtmäßigkeit in groben Zügen einer gesetzlichen Regelung zu unterwerfen. Ein weiterer Aspekt der Verrechtlichung der Postbeschlagnahme liegt in ihrer gelegentlich anzutreffenden Beschränkung auf die Verfolgung von Verbrechen und ihre Unzulässigkeit im Fall eines bloßen Vergehensverdachts. Das materielle Strafrecht zeigt hier

94 Vgl. Art. 246 I WürttStPO 1843; § 125 I BadStPO 1845.

95 Bspw. § 154 S. 1 ÖStPO 1850; Art. 152 II Sachs-WeimStPO 1850.

96 Vgl. § 155 ÖStPO 1850; Art. 153 Sachs-WeimStPO 1850.

97 Vgl. §§ 156 ÖStPO 1850; 129 BadStPO 1845; Art. 250 WürttStPO 1843; 154 II Sachs-WeimStPO 1850.

98 Vgl. etwa § 142 II der Paulskirchenverfassung: »Die bei strafgerichtlichen Untersuchungen [...] notwendigen Beschränkungen sind durch die Gesetzgebung festzustellen.«; dazu ANNA CAROLINE LIMBACH, Das Strafrecht der Paulskirchenverfassung 1848/49, Frankfurt a. M. 1995, 138 ff.

99 KNUT AMELUNG, in: AK-StPO, hg. von RUDOLF WASSERMANN, Neuwied 1992, Vor § 99 Rn. 7 f.

100 Für ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung sollte es noch weit über hundert Jahre brauchen.

erste, wenn auch schwache normative Einflüsse auf das Recht der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen. Der Verrechtlichung der hier relevanten Untersuchungshandlungen der Briefbeschlagnahme und des Informanteneinsatzes gemeinsam sind die noch immer relativ schwachen normativen Einflüsse des Hauptverfahrensrechts; nirgends, weder im Gesetz noch in einer sonstigen Rechtsauffassung, findet sich etwa eine Inbezugnahme von Beschlagnahmefreiheit und Zeugnisverweigerungsrechten. Die Rechtsentwicklung unterlag nach der Revolution in beiden Bereichen aber zunehmend dem Einfluss bürgerlicher Rechtsanschauungen.¹⁰¹

VI. Ergebnis der Untersuchung

Kehrt man zur Ausgangsfrage zurück und fragt nach der »Verrechtlichung« heimlicher Ermittlungsmaßnahmen in den Strafverfahren des untersuchten Zeitraums, so scheint eine differenzierte Antwort angemessen: Im Wandel der historischen Verhältnisse und Strafrechtssysteme haben Art und Relevanz jener wertbildenden Faktoren für die rechtliche Ausgestaltung der verdeckten Untersuchungshandlungen mehrfach gewechselt. Es gab verschiedene Subjekte einer Verrechtlichung, verschiedene rechtsetzende Instanzen (Monarchen, Ministerien, Parlamente, Rechtsanwender im Einzelfall usw.) mit weitgehend unterschiedlichen Interessen, insbesondere kriminal- und staatspolitischer Art. Die Verrechtlichungssubjekte unterlagen ganz unterschiedlich weitgehenden Gestaltungsfreiheiten und normativen Bindungsgrenzen. Als charakteristisch für die Verrechtlichungsdiskussion hat sich ferner ihre Dynamik, aber auch ihr Gebremstsein in Zeiten politischer Unruhe erwiesen. Auch nach ihrem Objekt hatte die Verrechtlichung ein ganz eigenes Gepräge (legislatorisch bei der Postbeschlagnahme, außergesetzlich bei den Informanten). Deutlich geworden ist zudem, dass die Verrechtlichung nicht erst mit dem reformierten Prozess des 19. Jahrhunderts ansetzt. Normative Differenzierungen kannte mit Blick auf die Zulässigkeit der Maßnahmen bereits das gemeine Recht; lediglich die dafür maßgeblichen Umstände waren, ebenso wie der Gehalt der Verrechtlichung, verschieden. Und schließlich äußerte sich die Verrechtlichung der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen als eine »Verfachrechtlichung« bzw. eine »Strafverfahrensverrechtlichung« und nicht zuletzt als eine »Vor-

¹⁰¹ LUDWIG VON JAGEMANN, Der Uebergang vom alten zum neuen Rechte: Zugleich als Prospect der Zeitschrift, in: *Der Gerichtssaal* 1 (1849) 3, 5 f.

verfahrensverrechtlichung«. Die Leistungsfähigkeit einer solchen Verrechtlichungsdiskussion erweist sich nach alledem als respektabel. Welche (neuen) Orientierungspunkte einer Verrechtlichung der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in der dem Untersuchungszeitraum folgenden Zeit Bedeutung erlangten, ist an anderer Stelle belegt.¹⁰²

Pierre Hauck

¹⁰² Vgl. C. HAHN, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Erste Abth., Berlin 1880, 125 f., 632 ff., 1247 ff., 1527 ff., 1619 ff., 1774 ff., 2056 ff., zur parlamentarischen Kontroverse über die Befugnis zur Postbeschlagnahme.