

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg25>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 25 (2017)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg25/368-371>

Rg **25** 2017 368–371

**Heinz Mohnhaupt\***

## »Protokonstitutionalismus« als eine neue Phase in der Geschichte der Verfassung des Alten Reiches?

[»Protoconstitutionalism« as a New Phase in the History of the Constitution of the Old Reich?]

---

\* Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, [mohnhaupt@rg.mpg.de](mailto:mohnhaupt@rg.mpg.de)

**Heinz Mohnhaupt**

## »Protokonstitutionalismus« als eine neue Phase in der Geschichte der Verfassung des Alten Reiches?\*

Wolfgang Burgdorf (B), Historiker für Neuere Geschichte an der Universität München und Autor zahlreicher Arbeiten über das Alte Reich, hat 2015 zwei wichtige Bände vorgelegt, deren Thematik sich zwischen Geschichte und Verfassung des Alten Reiches bewegt. Grundlage und Prüfungsfall für die juristische »Verfassung« des Alten Reiches bilden die 17 Wahlkapitulationen, die von 1519 bis 1792 zwischen dem jeweiligen kaiserlichen Thronkandidaten und dem kurfürstlichen Wählerkollegium vereinbart wurden, sowie das »Projekt einer beständigen Wahlkapitulation vom 8. Juli 1711«. Diese 18 Texte hat B. im erstgenannten Band ediert, mit dem zugleich eine neue Reihe »Quellen zur Geschichte des Heiligen Römischen Reiches« eröffnet wird, herausgegeben durch Heinz Duchhardt von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Die Geschichte des Alten Reiches verdient als ein »staatliches« Gebilde sui generis, das der Staatsformenlehre zur Bestimmung seiner Verfassungsqualität immer große Schwierigkeiten bereitet hat, weiterhin alle wissenschaftliche Aufmerksamkeit und man darf gespannt sein, welche »Quellen« demnächst noch in dieser Reihe veröffentlicht werden. Der zweite, zeitgleich erschienene Band mit dem problematischen Titel »Protokonstitutionalismus« steht mit dem Editionsband gleichsam in einem Fortsetzungszusammenhang, in dem B. versucht, eine umfassende Analyse und Interpretation der alten Reichsverfassung auf der Grundlage der edierten Wahlkapitulationen zu bieten.

1. Die vorliegende Edition der »Wahlkapitulationen« ist seit langem ein Desiderat gewesen, dessen Erfüllung Gerd Kleinheyer in seiner grund-

legenden rechtshistorischen Arbeit über die kaiserlichen Wahlkapitulationen 1968 angekündigt hatte, aber nicht realisieren konnte.<sup>1</sup> B. hat seiner Edition die einzige und vollständige Überlieferung aller originalen Wahlkapitulationen im heutigen Wiener Haus-, Hof- und Staatsarchiv zugrunde gelegt, die wiederum auf den Bestand des Mainzer Erzkanzleiarchivs zurückgehen. Im Anhang sind die gedruckten Einzeleditionen aller Wahlkapitulationen für jeden einzelnen Kaiser nachgewiesen (831 f.), so dass man sehr genau beobachten kann, dass für Kaiser Ferdinand I., Maximilian II. und Rudolf II. jeweils nur eine gedruckte Ausgabe vorliegt, dass für die Wahlkapitulationen von Kaiser Leopold I., Joseph I. und Karl VI. dagegen die meisten zeitgenössischen Drucke erfolgten, während gegen Ende des Reiches für Joseph II., Leopold II. und Franz II. die Zahl der Druckausgaben wieder stark absinkt. Ergänzt wird diese Aufstellung noch durch den Nachweis aller erschienenen »frühneuzeitlichen Sammel-Editionen« (838 f.), so dass schon die quantitative Übersicht etwas über die publizistische Beachtung, Verbreitung und Bedeutung dieser verfassungsrelevanten Texte in unterschiedlichen Zeiträumen zwischen 1519 bis zum Untergang des Reiches im Jahre 1806 auszusagen vermag. Für das in die Sammlung aufgenommene, aber nicht realisierte »Projekt einer beständigen Wahlkapitulation« (1711) existiert keine authentische Fassung, so dass B. den von Arno Buschmann edierten Text hier wieder übernommen hat.<sup>2</sup> Somit steht nun erstmals ein geschlossenes Corpus aller Wahlkapitulationen zur Verfügung, deren ausgehandelter Inhalt und Umfang seit 1519 ständig zunahm und das Verhältnis zwi-

\* WOLFGANG BURGDORF (Hg. und Bearbeiter), Die Wahlkapitulationen der römisch-deutschen Könige und Kaiser 1519–1792 (Quellen zur Geschichte des Heiligen Römischen Reiches, Band 1. Hg. von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften durch Heinz Duchhardt), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2015, 884 S., ISBN 978-3-525-36082-8

DERS., Protokonstitutionalismus. Die Reichsverfassung in den Wahlkapitulationen der römisch-deutschen Könige und Kaiser 1519–1792 (Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 94), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2015, 226 S., ISBN 978-3-525-36085-9

1 GERD KLEINHEYER, Die kaiserlichen Wahlkapitulationen. Geschichte, Wesen und Funktion, Karlsruhe 1968 (Vorwort).

2 ARNO BUSCHMANN (Hg.), Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806, 2. Teil, 2. Aufl., Baden-Baden 1994, 274–316.

schen den kurfürstlichen Wählern und dem zu wählenden Kaiser nach Rechten und Pflichten schriftlich festlegte. Der Gewählte hatte die Wahlkapitulation »noch vor Empfangung der Krone« zu beschwören und damit deren Verbindlichkeit zu garantieren. Ihr Zustandekommen beruhte rechtlich auf einem Vertrag, der seit 1519 regelmäßig mit der Formel eingeleitet wurde, »das wir unns demnach aus freyem, gnedigen Willen, mit denselben ... Churfürsten, diser nachfolgenden Artickl gedings und pacts weise verainigt, vertragen, die angenommen, bewilligt und zehalten zugesagt haben, alles wissentlich und in crafft dits Briefs.«<sup>3</sup> B. beschreibt umsichtig die formalisierte Ausstattung dieser Wahl-»Verträge«, folgt den Editionsgrundsätzen, wie sie für die Deutschen Reichstagsakten aufgestellt wurden, und gewinnt so über den Zeitrahmen von fast 300 Jahren hinweg ein im Wesentlichen wohlbegründetes einheitliches Bild über Sprache und redaktionelle Kontinuität in der Textgestaltung der Wahlkapitulationen. Die Gliederung der Wahlkapitulationen folgt der Einteilung in Artikel, die sich thematisch nach Organisation, Wirtschaft, Lehnswesen, Regiment, Gerichtsbarkeit und Selbstverpflichtung des Kaisers in Bezug auf Wahlkapitulation und auf den Bestand des Reiches und seiner Glieder beziehen.<sup>4</sup> B. hat den jeweiligen Artikeln eine stichwortartige knappe Inhaltsangabe vorangestellt, die jedoch nicht immer begrifflich den Gegenstand exakt trifft, wenn z. B. die »ohnparteyische Justiz« mit dem heutigen rechtsstaatlichen Begriff der institutionellen »Unabhängigkeit der Justiz« gleichgesetzt wird. Aus solchen Bezeichnungen wird erkennbar, dass B. sehr bemüht ist, die Wahlkapitulationen des Alten Reiches als eine entscheidende und bisher verkannte Entwicklungsphase zur modernen »Verfassung« zu interpretieren.

2. Das wird im Analyse-Band mit seinem modernistischen Titel »Protokonstitutionalismus« ausgeführt, mit dem B. die Summe aus seinen Arbeiten zur Edition der Wahlkapitulationen zieht: »Die

Frühe Neuzeit in Deutschland beginnt mit der Bindung des Monarchen an die Verfassung 1519, mit seinem Eid auf die Wahlkapitulation.«<sup>5</sup> Diese apodiktische Erklärung über die »Verfassung in Deutschland« von 1519 ist eher verwirrend als klärend, weil begriffliche Schärfungen der benutzten Bezeichnungen für das Ordnungsgefüge des Alten Reiches in Gestalt der Wahlkapitulationen nur »umrisshaft«, wie B. betont, und damit unzureichend geboten werden. Überblickt man die von B. benutzte Terminologie, so stehen »Verfassung«, »Territorialverfassung«, »Verfassungsalltag«, »landständische Verfassung«, »Vorläufer der modernen Verfassungen«, »Vorverfassung«, »Verfassungsvertrag«, »Verfasstheit«, »Reichsherkommen«, »Grundgesetze« und »Reichsgrundgesetze«, »konstitutionelle Verfassungen«, »Konstitutionalismus«, »Rheinbundkonstitutionalismus«, »Frühkonstitutionalismus« und der hier von B. in den Vordergrund gerückte Begriff des »Protokonstitutionalismus« als relativ neue »Verfassungs«-Gattung nebeneinander mit unterschiedlicher Aussagekraft zu unterschiedlichen Zeiten. Alle diese Bezeichnungen und Begriffe haben ihre Grundlage in der Rechtsfigur der Wahlkapitulation als eines Vertrags zwischen Kaiser und kurfürstlichem Wählerkollegium. Die ursprüngliche und authentische Bezeichnung für die Wahlkapitulationen war die des »Grundgesetzes« bzw. der pluralen »leges fundamentales«, die in allen europäischen Ländern durch zwei Eigenschaften bestimmt waren: erstens durch die Vertragseigenschaft und zweitens durch die Höherrangigkeit dieser Bindungskraft gegenüber allen anderen möglichen Rechtsakten.<sup>6</sup> Die Wahlkapitulation Karls V. von 1519 wegen ihrer unbezweifelbaren vertraglichen Bindungskraft als die »Verfassung« der beginnenden Neuzeit in Deutschland zu bezeichnen, überfordert daher hier den Verfassungsbegriff bei weitem. »Verfassung« – wie auch der Begriff der »Konstitution« – bedeutete in der Frühen Neuzeit vor allem die Zuständigkeit einer Person, eines Gemeinwesens oder –

3 So die Wahlkapitulation Karls V. vom 3. Juli 1519, in: BURGDORF, Wahlkapitulationen, 22 (Proömium). In späteren Wahlkapitulationen lautet die Formel, dass die Vereinbarung »mit den Kurfürsten für sich und sämtliche Fürsten und Stände des Heiligen Römischen Reichs« abgeschlossen wurde; vgl. z. B. Wahlkapitulation Franz' II. vom 5. Juli 1792,

in: BURGDORF, Wahlkapitulationen, 736 (Proömium).

4 B. hat einen ähnlichen Themenkatalog aufgestellt, mit dem er einem Vorschlag von G. Lottes folgt; vgl. BURGDORF, Wahlkapitulationen, 13.

5 BURGDORF, Protokonstitutionalismus, 11 (Einleitung).

6 Vgl. HEINZ MOHNHAUPT, Von den »leges fundamentales« zur modernen

Verfassung in Europa: Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.–18. Jahrhundert), in: *Ius Commune* 25 (1998) 121–158.

allgemeiner gesagt – eines organisierten Sozialsystems, das staatliche Qualität erlangen kann.<sup>7</sup> In dem Maße, wie diese Zuständigkeit rechtlich aufgeladen und determiniert wird, gewinnt die bloße Zuständigkeit rechtliche Relevanz auch mit Verfassungscharakter. B. hat diese die moderne »Verfassung« repräsentierenden Materien und Prinzipien als Regelungsgegenstände der Wahlkapitulationen seit 1519 aufgelistet und mit der modernen Begrifflichkeit belegt. »Gewaltenverteilung, Souveränität, Budgetrecht, Freiheit der Commerzien, Verfassungseid« usw. werden als Ausdruck des »Protokonstitutionalismus« gewertet und »Ius emigrandi, ordentlicher Gerichtsstand, Gleichheit vor dem Gesetz, Brief- und Postgeheimnis und Meinungsfreiheit« sogar zu »grundrechtlichen Gewährleistungen im Protokonstitutionalismus« erhoben.<sup>8</sup> Das doppelsilbige griechische Präfix »Protos« ist zu einer beliebten und beliebigen Variante etablierter Begriffe geworden (»Protoindustrie«, vom »Protorecht zum echten Recht«,<sup>9</sup> »Protoparlamentarismus« usw.), die zeitlich Vorentwicklungen auffangen will und so nachträglich an den Inhalt des Hauptbegriffs anschließt. Der Begriff des »Protokonstitutionalismus« wird dazu benutzt, Prinzipien und Rechte der modernen Verfassung beliebig weit in die Vergangenheit bis zu »biblischen Vorbildern« zurückverlagern und dort aufspüren zu können. B. erklärt: »Der Protokonstitutionalismus wird durch den Frühkonstitutionalismus vom Konstitutionalismus getrennt.«<sup>10</sup> Damit verschwimmen die Konturen des Konstitutionalismus als Epochenbegriff und als inhaltliche, rechtliche Verbürgung des späten 18. und 19. Jahrhunderts vollends. B. beruft sich für die Verwendung dieses Begriffs auf Bernd Marquardt, der 2009 von »europäischer Proto-Ver-

fassungsstaatlichkeit« und ausdrücklich »in aller gebotenen Vorsicht« von »einem Proto-Parlamentarismus« gesprochen hat.<sup>11</sup> Diese »gebote Vorsicht« opfert B. der verständlichen Entdeckerfreude, in der alten Reichsverfassung zahlreiche Rechtselemente des »Konstitutionalismus« aufzeigen zu können, die doch oft nur vordergründig »grundrechtliche Gewährleistungen« verbürgten und verbürgen konnten. Nach der Definition von »Konstitutionalismus« ist dieser Begriff je nach Epoche, Inhalt und Form eine systematische und umfassend »verfasste«, geschriebene Urkunde, die die Ausübung staatlicher oder monarchischer Gewalt lückenlos regeln. Entscheidend ist die Legitimation all dieser festgeschriebenen Regeln über Machtausübung durch die dieser Gewalt unterliegenden Bürger, die die Quelle all dieser Regelungen bilden, für die Gewaltenteilung und grundrechtlicher Schutz maßgebend sind.<sup>12</sup> Geht man von diesen Elementen des Konstitutionalismus aus, so finden sich diese nur in geringem Umfang in den Wahlkapitulationen, die B. unter den »Protokonstitutionalismus« subsumiert, obwohl sie aus einem ganz anderen politischen und philosophischen Geist entstanden sind. Ohne Frage sind die Übergänge fließend und Entsprechungen in Sprache und Funktion lassen sich ausmachen. Die Bedeutung der Wahlkapitulationen als Abfassungen von Herrschaft regelnden Texten hat B. mit zahlreichen sehr interessanten Stimmen und Bewertungen aus dem 18. Jahrhundert unterstrichen, die auf einen Verfassungsbegriff oder die Konstitution zielen, die aber nicht dem heutigen Verfassungsverständnis entsprechen, – wohl aber dem »ius publicum« des Alten Reiches. Dafür ist 1746 Schmauß' Bewertung der Wahlkapitulation als

7 Vgl. dazu HEINZ MOHNHAUPT, Verfassung I, in: DERS., DIETER GRIMM, Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien, 2. Aufl. Berlin 2002, 71 f.

8 BURGDORF, Protokonstitutionalismus, 159–202.

9 Vgl. RALF SEINECKE, Das Recht des Rechtspluralismus, Tübingen 2015, 146.

10 BURGDORF, Protokonstitutionalismus, 155.

11 BERND MARQUARDT, Universalgeschichte des Staates. Von der vorstaatlichen Gesellschaft zum Staat der In-

dustriegesellschaft, Münster 2009, 219, 227.

12 Vgl. zusammenfassend WILHELM BRAUNEDER, Artikel »Konstitutionalismus«, in: Enzyklopädie der Neuzeit 6 (2007), Sp. 1121–1125; DIETER GRIMM, Verfassungsbilanz – ein Resümee, in: THOMAS VESTING, STEFAN KORIOOTH (Hg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, Tübingen 2011, 379–383.

»ein authentisches Compendium Juris publici« ein treffender Beleg.<sup>13</sup> Es wäre sicher auch überzeugender, die Lehre und das Rechtsinstitut der »leges fundamentales« – B. geht darauf nicht ein – für die Reichsverfassung und ihre rechtliche Dimension nutzbar zu machen. Eine relative Schwäche der begrüßenswerten beiden Bände besteht in der Verwendung einer Begrifflichkeit und Terminologie aus der Geschichte des Alten Reiches, die aus der Rechtsstaatslehre und ihrem »Konstitutionalismus« schöpfen möchte, die jedoch der »Verfasstheit« des Alten Reiches von 1519 bis 1806 nicht angemessen ist. Das Fehlen »einer repräsentativen Vertretung des Volkes«, wie B. selbst betont,<sup>14</sup> nimmt diesem »Protokonstitutionalismus« des Alten Reiches die entscheidende Legitimationsgrundlage, als »Vorläufer« einer »konstitutionellen Verfassung« gelten zu können. Der Wahlvertrag wird zwischen Kaiser und Kurfürsten ausgehandelt ohne eine Mitwirkung anderer ständischer oder gesellschaftlicher Gruppen. Der Vertrag hat zweifellos ordnungspolitische und machtlimitierende Funktionen, die jedoch vorrangig der Bewahrung eigener Rechte der Kurfürsten- und Stände-»Partei« dienen. Es gibt kaum eine Bestimmung in allen Wahlkapitulationen, in denen einerseits nicht die Garantie der Privilegien, Rechte und Gewohnheiten durch den zu wählenden Kaiser ausgesprochen und andererseits dessen Privilegienhoheit nicht dezimiert wird. Der Vertragscharakter der Reichsgrundgesetze – und somit der Wahlkapitulationen – war Ausdruck und Möglichkeit, den Privilegienegoismus der Stände sowie die von ständischen Hoheitsrechten durchzogene Struktur des Alten Reiches zu bewahren. Das Alte Reich war

ein »Rechte-Bewahrungs-Staat«, der durch die Vertragsfigur gesichert werden konnte und wurde. »Schutznormen zugunsten der Gesamtheit der Untertanen im Sinne einer Nation« – wie in Frankreich und den USA – fehlen in den Wahlkapitulationen.<sup>15</sup> Die Vertragsparteien handeln vornehmlich in Wahrung eigener Interessen, ohne dass den Wahlkapitulationen im Sinne von Grundgesetzen jene planmäßige, abschließende kodifikatorische Gesamtordnung zukam. Jede Wahlkapitulation zeigt den permanenten Wandel des jeweils ausgehandelten Inhalts und somit auch die jeweilige politische Position der Vertragsparteien, so dass Moser 1742 folgerichtig seinen »Grundriß der heutigen Staats-Verfassung« als eine »neue nach der jetzigen Wahl-Capitulation eingerichtete Auflage« bezeichnete.<sup>16</sup> Ansätze zu dem von B. verfolgten »Protokonstitutionalismus« finden sich eher in den von Horst Dippel 1991 herausgegebenen »Anfängen des Konstitutionalismus in Deutschland«.<sup>17</sup> Erst mit der Überleitung der Vielzahl der Grundgesetze des Alten Reiches in den Singular der einzigen und systematischen »Staats-Verfassung« war der Weg in den Konstitutionalismus beschritten. Die 17 Wahlkapitulationen des Alten Reiches als »Protokonstitutionalismus« zu bewerten, deren Kritik im 18. Jahrhundert B. an anderer Stelle selbst sorgfältig nachgewiesen hat,<sup>18</sup> überhöht diesen »Vorläufer«-Begriff und reduziert damit zugleich indirekt Bedeutung und Begriff des »Konstitutionalismus« als eigenständige Epoche.

- 13 JOHANN JACOB SCHMAUSS, *Compendium iuris publici*, S. R. I., Leipzig 1746, Vorrede.
- 14 BURGDORF, *Protokonstitutionalismus*, 155.
- 15 Vgl. dazu EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus. Untersuchungen zu den Vorstufen eines hermeneutischen Verfassungsgedankens*, Berlin 1967, 43–45.
- 16 JOHANN JACOB MOSER, *Compendium juris publici moderni regni Germa-*

- nici. Oder Grund-Riß der heutigen Staats-Verfassung des Teutschen Reichs*, Tübingen 1742, Titelblatt. (Hervorhebung H. M.).
- 17 HORST DIPPEL, *Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland. Texte deutscher Verfassungsentwürfe am Ende des 18. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main 1991.
- 18 WOLFGANG BURGDORF, *Die Ursprünge des Konstitutionalismus in Deutschland. Die Wahlkapitulationsdiskussion der 1790er Jahre – eine deutsche Verfassungsdiskussion*

im Zeitalter der Aufklärung, in: MARTIN KIRSCH, PIERANGELO SCHIERA (Hg.), *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1999, 71–73.