

**Zeitschrift:** Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde  
**Herausgeber:** Historische und Antiquarische Gesellschaft zu Basel  
**Band:** 73 (1973)

**Artikel:** Der Basler Schanzenstreit von 1859/62  
**Autor:** Kundert, Werner  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-117779>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 28.01.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Der Basler Schanzenstreit von 1859/62

von

Werner Kundert

## I. Allgemeine und besondere Vorgeschichte

### *1. Der Bau einer neuen Ordnung in der Schweiz des 19. Jahrhunderts*

1798 fiel in der Schweiz das Ancien Régime, und einige äußere Formen waren rasch beseitigt; bis aber an die Stelle der alten staatlich-gesellschaftlichen Ordnung eine ebenso feste neue getreten war, hat es Jahrzehnte gedauert. Einer der Problemkreise betrifft die Nachfolge in der Trägerschaft des Staates und seines Vermögens, vor allem mit Bezug auf die Städteorte der Alten Eidgenossenschaft. Die Stadt und Republik Bern etwa hatte im wesentlichen ein einziges Staatsgut, und dessen Träger war die städtische Burgerschaft, das Staatsvolk im engern Sinne, auch wenn Städtchen und Talschaften außerhalb der regierenden Stadt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ebenfalls beträchtliche Vermögensmassen besaßen. Mit der Neuordnung von 1798 rückte wie in Bern so in Basel die Landschaft, das bisherige Untertanengebiet, zum gleichberechtigten Träger des helvetischen Kantons auf, und so mußte das Staatsvermögen vom städtischen geschieden werden in einer Weise, die Kanton und Stadtgemeinde die Erfüllung der nunmehrigen Aufgaben erlaubte. Ein helvetisches Gesetz vom 3. April 1799 hatte die Aufgabe «nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgelehrtheit» zu lösen versucht, aber erst 1803/04 wurde das Liquidationsgeschäft für einmal abgeschlossen durch die Urkunden über die Dotation (Aussteuerung) der vormals regierenden Städte, welche einen Teil der napoleonischen Mediationsordnung bilden<sup>1</sup>. Diese Ordnung war den Städten im ganzen günstig; als in der Regenerationszeit nach 1830 die Kantonsteile außerhalb der Hauptstadt die wirkliche, volle

<sup>1</sup> Jakob Kaiser, Repertorium der Abschiede d. eidgenössischen Tagsatzungen 1803–1813, 2. Aufl., Bern 1886, S. 676ff.

Parität erlangten, wurde daher die Verteilung wieder in Frage gestellt, und es folgten einige langwierige Prozesse<sup>2</sup>.

Im 19. Jahrhundert stellte sich das Neuverteilungsproblem ein zweites Mal innerhalb der einzelnen Gemeinden, da allmählich die Bürger von den Einwohnern als Träger der Gemeinde und ihrer Aufgaben abgelöst wurden. Dieser Prozeß ist heute noch nicht abgeschlossen; hierhin gehört die Übernahme des Basler Bürgerospitals durch den Kanton<sup>3</sup>.

## 2. Die Basler Staatsteilung von 1833

Dieser Neuverteilungsprozeß, dieser Erbschaftsstreit, nahm in Basel eine besondere und intensive Form an: er wurde durch das völkerrechtliche Problem der Staatensukzession kompliziert, als im Streit zwischen Stadt und Landschaft die eidgenössische Tagsatzung am 26. August 1833 die Kantonstrennung verfügte und anordnete, es sei das gesamte Basler Staatseigentum ohne jede Ausnahme zu verteilen. Nach altem eidgenössischem Recht ward der Vollzug dieses Teilungsgeschäftes einem Schiedsgericht übertragen<sup>4</sup>. Den Vorsitz führte einer der bedeutendsten Schweizer Juristen, der damalige Zürcher Obergerichtspräsident Friedrich Ludwig Keller (1799–1860). Kellers Wort war weithin bestimmend, weil die vier von den Parteien ernannten Teilungskommissarien sich gerade in den wichtigsten Fragen nicht einigen konnten, so daß der Obmann durch selbständigen Einzelspruch entscheiden mußte. Nach straff geführtem, kontradiktorischem Prozeß unterzeichnete das Schiedsgericht am 13. April 1835 die Schlußurkunde. Alle wichtigen Akten

<sup>2</sup> Eduard His, Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts, 3 voll., Basel 1920–1938, passim. – Joh. Kaspar Bluntschli, Staats- u. Rechtsgeschichte d. Stadt u. Landschaft Zürich, 2. Aufl., Zürich 1856, II S. 350ff. – Rudolf v. Wyss, Geschichte des Stadt- u. Staatsgutes der alten Republik Bern seit dem 4. März 1798, Bern/Zürich 1851. – Joseph Passer, Die Ausscheidung des Stadt- u. Staatsgutes von Freiburg i. Ue., Diss. Freiburg i. Ue. 1928. – Karl Schib, Geschichte d. Stadt Schaffhausen, Schaffhausen 1945, S. 275. – Alle diese Darstellungen zeigen, daß die Basler Auseinandersetzung keineswegs singular ist.

<sup>3</sup> Pio Caroni, Le origini del dualismo comunale svizzero. Diss. jur. Bern, Mailand 1964, S. 176ff. – Paul Rosenkranz, Die Gemeinden im Thurgau vom Ancien Régime bis zur Ausscheidung der Gemeindegüter 1872, Diss. phil. Zürich, in: Thurg. Beitr. z. vaterländ. Gesch. 107 (1969). – Hans Raschle, Eigentumsübergang u. Eigentumsausscheidung zwischen Ortsbürger- u. Einwohnergemeinde, in: Zentralbl. f. Staats- u. Gemeindeverw. 17 (1916), S. 149ff.

<sup>4</sup> Karl Adolf Brodtbeck, Die Trennung Basels im Lichte des Bundesrechts, Liestal 1932. – Karl Heiz, Das «eidgenössische Recht» 1798–1848, Diss. jur. Zürich 1930.

sind im Druck erschienen; Keller selber hat sie konzis zusammengefaßt<sup>5</sup>.

Die Staatsteilung wurde von der unterlegenen Stadt Basel als Katastrophe und Unrecht empfunden. Das ist verständlich, und es läßt sich nicht bestreiten, daß aus dem Gesichtspunkt einer guten Erfüllung der öffentlichen Aufgaben, namentlich der kulturellen, in manchen Punkten ein anderer Entscheid wünschbar gewesen wäre, denn die Landschaft war schon personell nicht in der Lage, aus dem ihr zugeschiedenen Vermögen eigne Institutionen für alle Aufgaben zu errichten, ist sie doch z. B. bis vor kurzem im Mittelschulwesen von der Stadt abhängig geblieben. Wir glauben aber, daß die vorherrschende, negative Beurteilung der Tätigkeit des eidgenössischen Schiedsgerichtes und insbesondere Kellers zu weit geht: Die Aufgabe einer vollständigen Teilung war gestellt, und sie konnte nicht aus damals ebenso modischen wie verblasenen Theorien über den Staat als Organismus gelöst werden, um so weniger als die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen dafür fehlten, den Fortbestand gemeinsamer Institutionen anzuordnen. Die alten Anschauungen über die vielfältige Bindung der Staatsgüter hatten ihre Kraft verloren<sup>6</sup>, und bis zur Ausbildung eines selbständigen Staats- und Verwaltungsrechtes war noch ein weiter Weg. Nach dem damaligen Stand der Jurisprudenz blieb Keller nichts anderes übrig, als seine Sprüche auf das römisch-gemeine Recht als den Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze zu gründen, d. h. auf die Teilungsklagen (*actio communi dividundo*). Der herrschenden Fiskustheorie entsprach eine vorwiegend zivilistische Betrachtungsweise<sup>7</sup>.

Die Staatsteilung warf im weiteren Basel zurück auf den Stand eines Stadtstaates, wie er bis 1798 existiert hatte: Innerhalb des Kan-

<sup>5</sup> Ferdinand Elsener, *Geschichtliche Grundlegung*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, hg. von Max Gutzwiller u. a., I, Basel/Stuttgart 1969; für die Biographien der im folgenden genannten Schweizer Juristen sei hier ein für allemal auf dieses Werk verwiesen. – Arthur Bauhofer, *F. L. Keller als Obmann d. Schiedsgerichtes bei d. Basler Staatsteilung*, in: *Zs. f. Schweiz. Recht* 89 I (1970), S. 1 ff. – F. L. Keller, *Die Baseler Theilungssache*, Aarau 1834. – René Buser, *Die Trennung d. Kantons Basel im Spiegel d. Staatsfinanzen*, Diss. rer. pol., Basler Staatswiss. Studien 12, Weinfelden 1943.

<sup>6</sup> Das gilt namentlich für die Basler Universitätsgesetze von 1813/18: Andreas Staehelin, *Geschichte d. Universität Basel 1632–1818*, Basel 1957. – Joh. Friedrich v. Tschärner, *Verhandlungen über d. Theilungsfrage in Betreff d. Universität Basel*, Heft 2, Chur 1835, S. 335 ff., wo sich die Hülfslosigkeit eines der Stadt freundlichen Teilungskommissars klar äußert.

<sup>7</sup> In seinem Rechenschaftsbericht pro 1862 hat das Bundesgericht den Schanzenstreit selbstverständlich unter den zivilrechtlichen Fällen aufgeführt, *Bundesblatt* 1863 I, S. 384. – Hans Huber, in: *Zs. f. Schweiz. Recht* 80 I (1961), S. 92.

tons Basel-Stadt ist das Übergewicht der Stadtgemeinde über die Landgemeinden nördlich des Rheins so groß, fallen die Aufgaben des Staats so stark mit denen der Stadt zusammen, daß 1833 die Stadt mit dem Staat wieder weitgehend identisch wurde, und gerade das Gesetz vom 18. April 1859 betr. Übernahme städtischer Geschäftszweige durch den Staat hat im Vorfeld des Schanzenstreites diese Entwicklung vorangetrieben, auch wenn es noch bis 1876 dauern sollte, ehe die kantonalen Behörden die Aufgaben der städtischen Einwohnergemeinde übernahmen und damit der Regierungsrat zugleich zum Stadtrat wurde, bezeichnenderweise im gemeinschweizerischen Zusammenhang des Rückzugs der Bürgergemeinden auf die Position bloßer Nutzungskorporationen<sup>8</sup>.

### *3. Die Basler Festungswerke 1833–1859*

Zur Zeit der Staatsteilung war die Stadt Basel noch von einer geschlossenen Anlage von Mauern und Toren, von Schanzen und Gräben umgeben. Allerdings entsprachen die Basler Festungswerke schon längst nicht mehr der Fortifikationstechnik. Seit dem Spätmittelalter waren sie nur noch stellenweise verstärkt, nicht mehr grundlegend erneuert worden, wie das in der Schweiz Zürich und Solothurn, Bern und Genf im 17. Jahrhundert unter gewaltigen finanziellen Opfern getan hatten. Den Zwecken der Polizei und der Zollkontrolle dienten die Basler Anlagen wohl noch, und sie waren nach der blutigen Niederlage im Bürgerkrieg gegen die Landschaft dem städtischen Sicherheitsbedürfnis einstweilen unentbehrlich<sup>9</sup>.

Das Schiedsgericht mußte bei der Staatsteilung auch über die Festungswerke befinden. Die Landschaft verlangte, diese seien als teilbares Staatseigentum aufs Inventar zu setzen; die Stadt opponierte. Mit Obmannsspruch<sup>10</sup> vom 19. November 1833 entschied Keller:

<sup>8</sup> Adolf Im Hof, *Verfassung u. Verwaltung d. Stadt Basel*, in: *Schriften d. Vereins f. Socialpolitik* 121/V, Leipzig 1906, S. 45 ff. – Paul Doppler, *Organisation u. Aufgabenkreis d. Stadtgemeinde Basel 1803–1876*, Diss. jur. Basel 1933. – Wir sprechen daher im folgenden einfach von der «Stadt» und bezeichnen damit den Halbkanton. Im Schanzenstreit hat die Landschaft den Unterschied zwischen Staat und Stadtgemeinde auszunützen versucht.

<sup>9</sup> C. A. Müller, *Die Stadtbefestigung von Basel*, in: *Neujahrsbl. d. Gesellschaft z. Beförderung d. Guten u. Gemeinnützigten*, 133 u. 134, Basel 1955 u. 1956. – Paul Siegfried, *Basels Entfestigung*, in: *Basler Jahrbuch* 1923, S. 81 ff. – C. A. Müller, *Die Basler Torsperren im 19. Jahrhundert*, in: *Basler Stadtbuch* 1963, S. 13 ff.

<sup>10</sup> Dieser Spruch findet sich als Anhang zu den Gutachten, s. unten Anh. I.

1. «Es stehe die Verfügung über die Festungswerke fortan einzig dem Kanton Basel-Stadtteil zu, und seien dieselben sonach ihrer Substanz nach von dem Inventar des in Teilung fallenden Staatsvermögens ausgeschlossen.»

2. Der Ertrag des Pflanzgeländes der Festungswerke sei zu kapitalisieren und zu teilen<sup>11</sup>.

3. «Sei auf den Fall, daß durch die zuständige Behörde des Kantons Basel-Stadtteil die Schleifung der Festungswerke verfügt, und dadurch nach Abzug der Kosten wirkliches Staatsvermögen begründet werden sollte, dem Kanton Basel-Landschaft sein Recht, daran in gleichem Verhältnis wie bei der gegenwärtigen Teilung des Staatsgutes Anteil zu nehmen, vorbehalten, es wäre denn, daß sich die Parteien diesfalls schon jetzt durch freiwilliges Einverständnis abfinden würden.»

In seiner Begründung ging Keller aus von der Einteilung des gesamten Staatsgutes in fiskalisches, das dem bürgerlichen Verkehr unterliegt und also ohne weiteres zu teilen ist, und in jene Gegenstände, welche «nach Wesen und Individualität» dem bürgerlichen Verkehr entzogen sind und nur durch Aufhebung ihres Wesens zum Gegenstand desselben werden können. Das Staatsgut der zweiten Art, zu dem neben den öffentlichen Gewässern und Straßen auch die Festungswerke gehörten, könne nicht dem eigentlichen Eigentum des Staates beigezählt werden, vielmehr gestalte sich das Recht des Staates zu einem «reinen Hoheitsrecht». Deshalb seien die Festungswerke nicht zu teilen und fielen einfach derjenigen Partei zu, auf deren Gebiet sie sich befänden (zu Dispositiv 1). Immerhin seien die Festungswerke «auf untergeordnete Weise» dem bürgerlichen Verkehr zugänglich und insofern zu teilen, einmal indem sie jetzt schon einen gewöhnlichen Ertrag abwürfen (zu Dispositiv 2), sodann dadurch, daß es als «eine naheliegende Möglichkeit» erscheine, daß Festungswerke geschleift und die dazu gewidmeten Grundstücke in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt werden. Weil aber für diesen Fall derzeit kein Geldwert festgesetzt werden könne, bleibe nichts anderes übrig, als die Rechte der Landschaft vorzubehalten (zu Dispositiv 3).

Bis auf weiteres wurde der Vorbehalt zugunsten der Landschaft nicht aktuell, denn die Stadt dachte nicht daran, ihre Festungswerke zu schleifen, ja, als 1845 für die Bahn vom Elsaß her ein Bahnhof im St. Johannquartier gebaut werden mußte, umschloß die Stadt diesen französischen Bahnhof mit einer neuen, kostspieligen Mauer und einem Eisenbahntor, das zeitweilig geschlossen wurde. Die Fortifikationsfrage spielte überhaupt in der militärpolitischen Diskussion

<sup>11</sup> Gemäß Vergleich vom 18. Dez. 1833 setzten die Parteien hiefür 5725 Franken aufs Teilungsinventar.

des ganzen 19. Jahrhunderts eine große Rolle<sup>12</sup>. Wien (1848), das venezianische Viereck (1848/59), Paris, Metz und Straßburg (1870), später Antwerpen nahmen als befestigte Großstädte wichtige Positionen ein. In der Schweiz war General Dufour, ausgebildet als Militäringenieur, ein einflußreicher Befürworter der Fortifikation, und für eine Befestigung der exponierten Grenzstädte Basel und Genf schienen triftige Gründe zu sprechen. Im Neuenburgerhandel ließ Dufour 1857 vor Kleinbasel ausgedehnte Feldbefestigungen anlegen und stärkte damit Basels Vertrauen auf wirksame eidgenössische Hilfe, denn man war sich nun klar darüber, daß die alten Festungswerke, die auch in schlechtem Zustand waren<sup>13</sup>, in keiner Weise mehr genügten. Seit 1852 waren die Festungswerke an einzelnen Punkten tatsächlich aufgehoben worden, so beim Bau des Badischen Bahnhofs, und so war es konsequent, wenn das Gesetz vom 27. Juni 1859 über die Erweiterung der Stadt die Entfestigung brachte. Nicht bestreiten läßt sich, daß beim Erlaß dieses Gesetzes Rücksichten auf den Vorbehalt von 1833 mitspielten: Teile der Festungswerke ließ man stehen und machte dafür nicht nur «ästhetische» Gründe geltend, sondern auch militärische, und man behielt sich sogar vor, die erweiterte Stadt durch eine «niedrigere Mauer mit Grillage» abzuschließen<sup>14</sup>. Diese Kautelen haben den Schanzenstreit nicht verhindert, und es ist daher müßig, an dieser Stelle näher auf die militärpolitischen Gesichtspunkte einzugehen.

Die umfangreichen Arbeiten zur Abtragung der Schanzen usw. setzten gleich nach Erlaß des Gesetzes ein und waren 1861 zur Hauptsache abgeschlossen. Im Herbst 1862, als der Schanzenstreit entschieden wurde, konnte man in der Basler Presse Artikel über die «lebhafteste Benützung der Sitzbänke und Wege» in den neuen Anlagen wie Kritik gegen eine allzu «graciöse Verteilung im Kleinen» lesen<sup>15</sup>.

## II. Der Verlauf des Schanzenstreites

Dieser Aufsatz will vor allem «äußere Rechtsgeschichte» geben auf Grund des reichen archivalischen Materials. Die zahlreichen

<sup>12</sup> Kurt Werner, Die Anfänge d. schweiz. Landesbefestigung 1815–1860, Diss. phil. Zürich 1946. – Walter Lüem, Probleme d. schweiz. Landesbefestigung 1860–1914, Diss. phil. Zürich 1955. – Hans Rapold, Strategische Probleme d. schweiz. Landesverteidigung im 19. Jh., Diss. phil. Zürich 1951.

<sup>13</sup> Berichte d. Schanzenaufsehers, StA Basel Bau Z 1 b.

<sup>14</sup> Ratschlag zum Stadterweiterungsgesetz vom 28. Mai 1859.

<sup>15</sup> Basler Nachrichten 11., 12., 13. Sept. 1862.

zeitgenössischen Druckschriften werden daher ihrem Inhalt nach mehr charakterisiert als analysiert<sup>16</sup>. Sie enthalten gleich wie die Rechtsschriften der Parteien sehr vieles, das für den endlichen Entscheid belanglos geblieben ist und mehr die Basler Baugeschichte berührt<sup>17</sup>.

*1. Die ersten Schritte der Parteien und die Gutachten Kellers  
und Rüttimanns*

Noch vor dem Erlaß des Stadterweiterungsgesetzes hatte die Stadt sich mit der Centralbahn darüber geeinigt, daß vor St. Elisabethen der definitive Schweizerbahnhof gebaut werden solle. Dieser Beschluß hatte die Auffüllung der Gräben zwischen Steinentor und St. Albantor zur Folge. Der Landschäftler Regierungsrat wandte sich daher am 3. Juli 1858 an die Stadt und bat mit Rücksicht auf den Spruch von 1833 um «nähere Aufschlüsse». Die Stadt antwortete dilatorisch, doch war dieser erste Vorstoß aus Liestal, das zu den früheren Veränderungen an den Festungswerken geschwiegen hatte, für den Basler Rat das «garde à vous»: mit Umsicht bereitete er sich auf alle Eventualitäten vor. Zunächst wurden Zivilgerichtschreiber Schneider und Ratsherr Heusler, die 1833 beim Teilungsgeschäft mitgewirkt hatten, um ihre Meinung darüber gebeten, ob eine gänzliche Schleifung der Festungswerke auch dann einen Anspruch der Landschaft begründe, wenn das gewonnene Terrain für Straßen und Anlagen verwendet werde. Ohne viel beitragen zu können, erklärten beide, sie seien überzeugt, daß in einem solchen Falle die im Vorbehalt von 1833 genannten Bedingungen nicht eintreten würden. Demgemäß berichtete das Justiz-Collegium, der Vorgänger des Justizdepartementes, dem Rate am 27. Oktober 1858, nur wenn «neues wirkliches Staatsvermögen» geschaffen werde, könne die Landschaft Ansprüche geltend machen.

<sup>16</sup> Wer sich mit materiellrechtlichen Fragen auseinandersetzen will, muss ohnehin diese Druckschriften lesen, so wenn man die Bedeutung des Schanzenstreites für die Dogmengeschichte des öffentlichen Sachenrechts studieren will. Von diesem Thema her hat uns 1960 Max Imboden, der verewigte Basler Ordinarius für öffentliches Recht, auf den Schanzenstreit hingewiesen. Des großen Lehrers sei hier in Dankbarkeit gedacht.

<sup>17</sup> Die Archivalien finden sich zur Hauptsache an drei Stellen: Basel, Staatsarchiv (StA), Bau Z 34 (größter Bestand); Liestal, Staatsarchiv, Teilungsakten Ca (früher Bau H 1); Lausanne, Archiv des Schweiz. Bundesgerichts, Akten zum Urteil vom 29. Okt. 1862. Es versteht sich von selbst, daß Korrespondenz zwischen der Stadt und ihren Gutachtern im StA Basel liegt, etc. Zur Entlastung dieses Aufsatzes begnügen wir uns mit diesem Sammelbeleg und weisen auch die Zitate aus den Druckschriften nicht nach.

Hierauf begann der Basler Rat mit den Vorarbeiten für die umfassende Stadterweiterung und Entfestigung. Zugleich suchte er die rechtliche Position der Stadt zu untermauern und kam, offenbar auf Anregung Professor Johannes Schnells, auf den glänzenden Einfall, den nun in Berlin lehrenden Urheber des Schiedsspruchs von 1833 um ein Gutachten zu bitten. Keller war seit 1844 den schweizerischen Verhältnissen fern gerückt und politisch zum Konservativen geworden. Gleichwohl fiel es der Stadt schwer, an ihn heranzutreten, nicht nur wegen seiner Tätigkeit im Schiedsgericht bei der Staatsteilung: seine ganze Persönlichkeit, allein schon der seiner ungezügelter Sinnlichkeit folgende schlechte Ruf waren vielen Altbaslern zuwider. Johann Heinrich Gelzer-Sarasin (1813–1889), der als ehemaliger Berliner Professor Keller kannte und sich auch sonst als Vermittler bewährt hatte<sup>18</sup>, nahm es auf sich, im Februar 1859 persönlich bei Keller zu sondieren. Er berichtete, Keller schein vom Recht der Stadt überzeugt zu sein, wisse aber den Wert seiner Gutachten zu schätzen und gebe seinen Rat nicht leichthin, denn er gehöre zu denen, die sagen: «Umsonst ist der Tod», so daß die Stadt wohl einen «goldenen Schlüssel» nötig habe. Vom Geschäftsträger der Freien Stadt Hamburg, für die Keller manche Gutachten geschrieben hatte, konnte Gelzer erfahren, das Honorar habe nach Wichtigkeit der Sache und Schwierigkeit der Arbeit jeweils zwischen zwanzig und hundert Louisdor betragen. Am 10. März 1859 ließ der Basler Rat sein förmliches Ersuchungsschreiben an Keller abgehen; Gelzer sollte mündlich auf ein «glänzendes Honorar» hindeuten und auch zusichern, Basel würde auf Wunsch das Gutachten geheim halten<sup>19</sup>. Keller sagte zu, doch verzögerten der «etwas strenge Gang der Vorlesungen mit täglich drei Stunden und die unerträgliche Hitze» die Ablieferung des Gutachtens bis zum 9. August 1859. Keller, durch das großzügige Honorar<sup>20</sup> offensichtlich überrascht, beteuerte, er werde der Basler Regierung auch ohne ein solches weiter gefällig sein.

Dieses erste Gutachten Kellers ist mit seinen dreizehn Druckseiten ebenso kurz wie klar: ohne weiter auszuholen und romantisierende Quellen und Literatur zu bemühen, legt Keller seinen

<sup>18</sup> Eduard His, *Basler Gelehrte d. 19. Jh.*, Basel 1941, S. 121. – Edgar Bonjour, *Der Neuenburger Konflikt 1956/57*, Basel 1957, S. 206ff.

<sup>19</sup> Soweit wir sehen, hat Keller keine solche Bedingung gestellt. Die Stadt selber zog es vor, das so günstige Gutachten einstweilen intern zu halten. Das auffallende Lob für Keller in einer Basler Zeitung ließ Rüttimann am 2. Januar 1860 die Frage stellen, ob man in der Stadt «auf den genialen Einfall gekommen sei», Keller zum Interpretieren seines Urteils zu machen.

<sup>20</sup> Zu den Honoraren s. Anh. I.

Spruch von 1833 «nach Wort und Sinn» aus. Durch die bisherigen wie durch die geplanten Bauarbeiten werde das Festungsterrain lediglich aus einer Art der dem Vermögensverkehr entzogenen Sachen in eine andere verwandelt; es entstehe also weder unmittelbar fiskalisches Grundeigentum noch komme ein anderer Gegenwert ins Staatsvermögen, so daß kein Teilungsanspruch begründet sei.

Zur gleichen Zeit hatte sich die Landschaftler Regierung entschlossen, bei einem «außerkantonalen schweizerischen Juristen von einigem Ruf» ein Gutachten einzuholen. Eine Kommission in Liestal, der u. a. Stephan Gutzwiller angehörte, war der Ansicht, es stehe der Landschaft Miteigentum am Festungsterrain zu und dieses erwache mit dem städtischen Beschluß über die Schleifung. Eben diese Theorie seiner Kommittenten übernahm Johann Jakob Rüttimann (1813–1876)<sup>21</sup>, ein Schüler Kellers, der in Zürich als Professor und Politiker eine weitgespannte Tätigkeit ausübte, in seinem Gutachten, das er am 22. August 1859 ohne Kenntnis des Kellerschen erstattet hat. Wie er selber schrieb, gab er sich «keine große Mühe», an Kellers Motiven von 1833 «herumzugrübeln»; vielmehr verfaßte Rüttimann in wenigen Tagen eine selbständige Auslegung in der Erwartung, diese «genüge vorläufig». Rüttimanns erstes Gutachten, das sogleich im Druck erschien, ist stark mit tatsächlichen Ausführungen durchsetzt und erklärt, der «bloße Wille der Regierung», die Festungswerke zu schleifen, mache diese zu Privatsachen, und die Stadt dürfe den so gewonnenen Boden nicht zum Nachteil der Landschaft für öffentliche Zwecke verwenden.

So in ihrer Auffassung bestärkt, meldete die Landschaft am 16. November 1859 ihren grundsätzlichen Anspruch an und lud die Stadt zu einer gütlichen Ausgleichung ein. Beide Parteien bestellten Verhandlungsdelegationen. Die Stadt bewies eine glückliche Hand: Bürgermeister Johann Jakob Stehlin-Hagenbach (1803–1879), Architekt und Bauunternehmer, Nationalrat und bekannter Artillerieoberst, war für die technischen Fragen eine Kapazität; darüber hinaus erlaubten ihm seine ausgezeichneten Beziehungen zu führenden Politikern der Schweiz, die mehr politisch-diplomatische Seite des Streits gut einzuschätzen<sup>22</sup>. Der eigentliche Leiter der städtischen Operationen im Schanzenstreit war aber Ratsherr Adolf Christ-Sarasin (1807–1877), umsomehr als Stehlin damals an gesundheit-

<sup>21</sup> Erich Gruner, Die Schweizerische Bundesversammlung 1848–1920, I, Bern 1966, Zürich Nr. 78.

<sup>22</sup> Gruner (Anm. 21), Basel-Stadt Nr. 34. – Eduard His, Basler Staatsmänner d. 19. Jh., Basel 1930, S. 145 ff. – Stehlin war z. B. schon Ende Mai 1862 darüber orientiert, daß Instruktionsrichter Aepli keine Beweise erheben werde.

lichen Störungen litt und sich deshalb wiederholt lange auf seinem Schloß in Bipp aufhielt<sup>23</sup>. Christ, ein Bandfabrikant, erwies sich durch exakte Denkweise und praktischen Blick den juristischen Fragen durchaus gewachsen. Der überaus tätige und sehr kirchliche Mann – er präsierte auch die Basler Missionsgesellschaft – verstand es ausgezeichnet, die Geschäfte des Reiches Gottes und der irdischen Regierung zugleich zu besorgen; His attestiert ihm zu Recht eine «gute Dosis Schlaueit und Naivität»<sup>24</sup>. Als drittes Mitglied stand den beiden alt Staatschreiber Dr. Georg Felber<sup>25</sup> zur Seite, nach dessen Tod im September 1861 der Notar und Versicherungsagent Dr. Rudolf Schmid-Bloch.

Eine ebenso tatkräftige Delegation sucht man bei der Landschaft vergeblich. Schon die Wahl von fünf Delegierten war kein Stärkezeichen, und die Archivalien hinterlassen den Eindruck, diese fünf hätten zusammen weniger Energie aufgewandt als der eine Christ. Den Juristen Rudolf Riggenbach, damals Justizdirektor, Stephan Gutzwiller, Johann Bussinger, dem Geometer Jakob Joseph Adam und dem Landwirt Eugen Madeux<sup>26</sup> gebrach es allerdings nicht an Sachverstand und Arbeitswillen, wohl aber an der politischen Basis, die ihnen erlaubt hätte, in Ruhe die Sache der Landschaft zu vertreten. Der Kanton Basel-Landschaft war eben damals, mit den Worten Karl Webers, «eine noch nicht zu den Begriffen des Ordnungsstaates durchgedrungene Demokratie» und lebte finanziell stets von der Hand in den Mund. Während die Stadt gerade wegen des Aderlasses von 1833 schon 1840 mit progressiven Steuern ihrem Staatshaushalt eine solide Basis gesichert hatte, dauerte es auf der Landschaft bis 1892, ehe direkte Vermögens- und Einkommenssteuern eingeführt wurden<sup>27</sup>. Darum versuchte die Landschaft, ihre Kassen aus allen möglichen Quellen zu speisen und aus «Post-, Salz- und Bachprozessen was immer für Seide zu spinnen»<sup>28</sup>. Das Schanzengeschäft zauberte die Fata Morgana einer Silberflotte aus

<sup>23</sup> Diesem Umstand verdanken wir die Korrespondenz zwischen Christ und Stehlin.

<sup>24</sup> His (Anm. 22), S. 165 ff.

<sup>25</sup> Gruner (Anm. 21), Basel-Stadt Nr. 11.

<sup>26</sup> Gruner (Anm. 21), Basel-Landschaft Nrn. 1, 9, 15, 18, 23.

<sup>27</sup> Karl Weber, in: Geschichte d. Landschaft u. d. Kantons Basel-Landschaft, Liestal 1932, S. 527ff. – Willy Grieder, Der Staatshaushalt d. Kantons Basel-Landschaft 1833–1923, Diss. Zürich 1926.

<sup>28</sup> Alle diese Prozesse richteten sich gegen Nachbarkantone, und der Erfolg im Postregal-Prozeß gegen die Stadt (1858) hat die Landschaft wohl zu ihrer Begehrlichkeit im Schanzestreit angespornt. Fritz Grieder, Die Beziehungen zwischen d. beiden Halbkantonen Basel seit deren Trennung, 130. Neujahrsbl. d. Gesellschaft z. Beförderung d. Guten u. Gemeinnützigen, Basel 1952.

der Stadt herauf: Nur eine starke Regierung hätte einen Vergleich schließen können, denn ein solcher bedingt immer den teilweisen Verzicht auf echte oder vermeintliche Ansprüche.

In ihrer ersten Konferenz vom 15. März 1860 legten die beiden Delegationen ihre Standpunkte dar; die Stadt sicherte der Landschaft zu, diese könne die ihr nötig scheinenden Erhebungen über Umfang und Wert des Festungsterrains machen, weigerte sich aber, die Bauarbeiten zu sistieren. Unterstützt vom Technischen Büro der Stadt nahm Ingenieur Kindlimann von Rapperswil genaue Pläne auf, und die Landschäftler Delegierten Adam und Madeux schätzten gemeinsam mit dem Zürcher Forstmeister Ulrich Meister den Wert des Terrains, wobei sie jüngst erzielte Baulandpreise zu Grunde legten. Bei einem durchschnittlichen Schätzungswert des Quadratfußes (0,09 m<sup>2</sup>) von 75 Centimes errechneten sie einen Gesamtwert von über 1,7 Millionen Franken. In der zweiten Konferenz vom 22. November 1860 forderte daher die Landschaft eine pauschale Abfindung von 800000 Franken. Die städtischen Delegierten erklärten, sie gelangten zu ganz andern «Faktoren», sowohl mit Bezug auf Fläche und Wert des Terrains wie auf die Höhe der Abbruchkosten, und wünschten weitere Verhandlungen<sup>29</sup>. Eine bezifferte Offerte hat die Stadt weder damals noch später je gemacht. Aus dieser wohl begründeten Unterlassung machte die Landschaft ihrer Gegnerin einen Vorwurf und brach am 24. Januar 1861 die Vergleichsverhandlungen brüsk ab, da es keinen Sinn habe, über Berechnungsfaktoren zu reden, denn diese seien letztlich durch die grundsätzlichen Differenzen in der Rechtsauffassung bedingt.

Diese Rechtsauffassungen waren inzwischen in härterem Gegensatz öffentlich vorgetragen worden. Die Stadt hatte Rüttimanns erstes Gutachten Ende Dezember 1859 Keller zugestellt mit der Bitte um «Bemerkungen». Die Lektüre der Interpretation seines Urteils von 1833 durch einen ehemaligen Schüler weckte offensichtlich den Unwillen des Altmeisters in Berlin. Ohne auf sein erstes – unpubliziertes – Gutachten Bezug zu nehmen, schrieb Keller in wenigen Tagen Bemerkungen, die ihm, wie er Stehlin mitteilte, «unter der Hand zu einer umfassenden Kritik» wuchsen. Er bat die Stadt, seine Erwiderung nicht als Parteischrift, sondern als Ausdruck seiner einfachen Überzeugung anzunehmen. Stehlin, «freudigst überrascht», beförderte das Manuskript sogleich zum Druck.

<sup>29</sup> Die Eindeckung der Gräben forderte die Anlage eines großen Kanalisationssystems, dessen Kosten von der Landschaft gar nicht berücksichtigt wurden. Allein in diesem Punkte der Schleifungskosten divergierten die Parteien um eine halbe Million.

Auch in seinem zweiten, mehr als doppelt so umfangreichen Gutachten verzichtet Keller auf größere dogmatische Erörterungen. Unbarmherzig zerpfückt er Rüttimanns Broschüre, wirft ihm Denkfehler, Wort- und Sinnentstellungen und namentlich eine willkürliche Interpretation des Vorbehalts von Dispositiv 3 vor, indem er die gegnerische Ansicht am Spruch von 1833 mißt. Mit Schärfe betont Keller, die Miteigentumstheorie lasse sich aus diesem Spruch nicht rechtfertigen, und er bezeichnet den landschaftlichen Anspruch aus Dispositiv 3 als «bedingte Obligation».

Rüttimann machte der Regierung in Liestal sogleich das Angebot, einen Nachtrag zu liefern. Keller habe, so schrieb er, seine Kraft auf negative Kritik verschwendet, statt den Kern der Miteigentumstheorie zu untersuchen; seine Bemerkungen enthielten «auch nicht einen Satz, der innerlich wahr wäre». In seinem ebenfalls rasch geschriebenen Nachtrag wiederholt Rüttimann in recht breiter Form das früher Gesagte, ohne wesentlich Neues beizubringen; dabei nimmt er zwar stets Bezug auf «Herrn von Keller»<sup>30</sup>, vermeidet aber schärfere Polemik gegen dessen «anerkannte wissenschaftliche Autorität ersten Ranges».

Keller, der Mitte März 1860 Rüttimanns gedrucktes zweites Gutachten in Händen hielt, zeigte sich «in keinem Punkte eines besseren belehrt», wie er Stehlin mitteilte: Sein Gegner habe mit einigen scheinbaren und vielen schwachen Argumenten ziemlich alles gesagt, was für diese Ansicht zu sagen sei, getreu der Maxime «multa quae non valent ad probandum, valent tamen ad dicendum». Er, Keller, sei zwar zu weiterer Hülfe bereit, doch verfüge Basel über genügend Kräfte. Am 11. September 1860 entzog ein jäher Tod Keller der weiteren Diskussion. Im folgenden Jahre gab Emil Friedberg Kellers Hauptvorlesung aus dem Nachlaß heraus; § 48, der die Sachen außer dem Verkehr behandelt, hält unter Hinweis auf die Basler Teilung Kellers Anschauung fest, daß Sachen im Gemeingebrauch nicht im Eigentum des Staates stehen<sup>31</sup>. Die späteren Gutachter haben nicht versäumt, auch darauf einzugehen, auf das letzte Wort des Obmanns von 1833.

Weil der Gutachter, der Experte Keller auch der Autor des für das bundesgerichtliche Urteil maßgeblichen Spruches war, wirkte seine Stellungnahme unvermeidlicherweise als authentische Auslegung, vor allem im weitem Publikum, und die Anhänger der

<sup>30</sup> Diese Betonung des vom Schweizer Keller in Berlin (wieder) angenommenen Adelsprädikates sollte wohl demokratische Ressentiments wecken.

<sup>31</sup> F. L. Keller, Pandekten, Leipzig 1861. – Hingegen behandelt das Thema nicht: F. L. Keller, Institutionen, Grundriß u. Ausführungen (zu Vorlesungen), Leipzig 1861.

Stadt nützten diesen Umstand weidlich aus, so daß die Gegner ihrerseits versuchen mußten, das argumentum ab auctoritate zu erschüttern, indem sie Keller persönlich bekämpften. Der landschaftliche Anwalt ging denn auch so weit, vor Bundesgericht Keller Bestechlichkeit und wissenschaftlichen Wankelmut vorzuwerfen, und der Stadt hielt er entgegen, es sei «nicht passend» gewesen, Keller überhaupt anzufragen. In der Tat stellt sich die Frage, ob ein Richter eine «Erläuterung» eines von ihm 26 Jahre früher gefällten Urteils in der Form eines Parteigutachtens geben soll und darf. Positive Rechtssätze standen dem allerdings nicht entgegen, und wir glauben auch, es gehe nicht an, Keller bestechlich oder gar inkonsequent zu schelten, denn Anfang 1859 ließ sich nicht voraussehen, welche Weiterungen der Prozeß erfahren würde, und ihrem Inhalt nach sind beide Gutachten Kellers sachlich und erheben keinen Anspruch auf höhere Einsicht.

## *2. Der Prozeß bis zur Hauptverhandlung*

Noch ehe die Landschaft im Januar 1861 die Verhandlungen mit der Stadt abbrach, hatte sie ihren Advokaten für den künftigen Prozeß vor Bundesgericht bestimmt: Dr. Emil Sulzberger (1807 bis 1869), ein Bürger Winterthurs, der in Zürich zu den führenden Anwälten zählte, in eben diesem Jahre dem dortigen Großen Rate präsierte und überdies zum Suppleanten des Bundesgerichtes gewählt wurde. Empfohlen hatte ihn der Thurgauer Ständerat Kappeler, und die Landschaft hatte ihn im Salinenprozeß als Vertreter der Stadt achten gelernt<sup>32</sup>. Sulzberger hatte in der Folge wiederholt Anlaß, sich über seine Klientin zu beschweren: Die Landschäftler Regierung wollte zu jedem prozessualen Schritt ihren Segen geben und beanspruchte gesetzte Fristen größtenteils für die umständliche Zirkulation der Akten im eigenen Kreise, statt sofort den eigenen Advokaten ins Bild zu setzen. Immer wieder mahnte Sulzberger, die Landschaft möge den Bogen nicht überspannen. Es gelang ihm, die Landschaft davon abzuhalten, schon vor Einreichung der Klage dem Bundesgerichtspräsidenten zu beantragen, es sei der Stadt jede weitere einseitige Verfügung über das Festungsterrain zu verbieten (Inhibition), denn ein solches Begehren hätte den Charakter «gehässiger Prozeßführung» und würde den Präsidenten Kasimir Pfyffer, der ein «formaler Jurist

<sup>32</sup> Freundliche Mitteilung des Stadtarchivs Winterthur. – Neue Zürcher Zeitung, 4. u. 5. Juni 1869. – Bundesblatt 1862 I, S. 143.

und bedächtig» sei, ungünstig beeindrucken. An der bundesgerichtlichen Hauptverhandlung hatte ein radikaler Korrespondent den Eindruck, Sulzberger habe «nicht mit voller eigener Überzeugung» plädiert<sup>33</sup>, und daran mag etwas wahr sein: Sulzberger hatte seine Klientin gewarnt, er sei «vielleicht unter allen Anwälten der ganzen Schweiz der schlechteste zur Verteidigung von Ansprüchen, die ihm persönlich nicht begründet schienen», und in den städtischen Akten hat sich eine Notiz vom Februar 1861 erhalten, daß Sulzberger den Basler Standpunkt «vollkommen» teile und daher als Anwalt der Stadt in Frage komme. Sulzberger läßt sich gewiß nicht vorwerfen, er habe den Prozeß nicht sorgfältig geführt, aber die volle Sicherheit scheint ihm gefehlt zu haben, weshalb er sich auch durch den raschen Abschluß des Instruktionsverfahrens stark entmutigen ließ.

Glücklicher war die Stadt in der Wahl ihres Rechtsvertreters. Der Rat hielt von vornherein dafür, es werde nützlich sein, den Anwalt nicht aus den Reihen der eigenen, eher konservativen Juristen zu wählen, vielmehr einen Mann mit der Prozeßführung zu betrauen, dessen «bürgerliche und politische Beziehungen dazu angetan sind, ihn beim dermaligen Bundesgericht zu einem wirksamen Fürsprecher» zu machen. Diese Anforderungen erfüllte in idealer Weise Fürsprecher Johannes Bützberger (1820–1886) in Langenthal<sup>34</sup>, ein Schüler des Berner Radikalen Snell; ein glänzender Redner im Nationalrat, wo man ihn «Vicestämpfli» nannte, war Bützberger als Advokat erfolgreich und weitbekannt, dabei durchaus unabhängig im Urteil. Seine Zusammenarbeit mit den städtischen Vertretern verlief reibungslos, und Bürgermeister Stehlin schöpfte vor der Hauptverhandlung aus Bützbergers Haltung zu Recht Zuversicht: «Unser Anwalt scheint fest in der Frage zu stehen, will von keinen Konzessionen wissen und nur am Urteil und der Kellerschen Beleuchtung desselben festhalten; die Quintessenz der erschienenen Schriften hat er richtig und bündig aufgefaßt.»

Mit ihrer Klageschrift vom 23. Juli 1861 stellte die Landschaft alternativ das Begehren, die Stadt sei zu verpflichten, mit der Landschaft in Realteilung der näher bezeichneten Liegenschaften zu treten nach dem 1833 festgesetzten Teilungsfuß von 64:36 zugunsten der Klägerin oder an sie die Summe von 1162565.44 Franken zu zahlen, d. h. den von der Klägerin geschätzten Anteil. Die Klage wurde ganz auf Rüttimanns Miteigentumstheorie gestellt, und daraus ergab sich das Inhibitionsbegehren, es sei der Stadt bis zur

<sup>33</sup> Schweizer Volksfreund, 1. Nov. 1862.

<sup>34</sup> Gruner (Anm. 21), Bern Nr. 24.

rechtskräftigen Feststellung des Werts der Streitsache jede einseitige Verfügung zu untersagen.

Bützberger stellte dem Bundesgerichtspräsidenten klugerweise Kellers erstes, noch unveröffentlichtes Gutachten zu und beantragte die Abweisung des Inhibitionsbegehrens, da von einer Gefährdung der klägerischen Rechte keine Rede sein könne. Wirklich wies Pfyffer am 21. September den Erlaß einer Verfügung zur Zeit ab. Seine Begründung, der Wert des durch die Schleifung der Festungswerke begründeten wirklichen Staatsvermögens könne unter allen Umständen ausgemittelt werden, mußte für die Landschaft allerdings ominös klingen. Zugleich bezeichnete Pfyffer den Berner Eduard Bloesch als Instruktionsrichter; gegen diesen wurde auf der Landschaft sogleich Stimmung gemacht, da er mit einer Stadtbaslerin verheiratet war und kürzlich die Centralbahn gegen die Landschaft vertreten hatte. Bloesch selber hielt den Ausstand für gegeben, und so ernannte Pfyffer am 2. Oktober den St. Galler Landammann Arnold Otto Aepli zum Instruktionsrichter. Dieser bedeutende Schweizer Staatsmann und Diplomat war allerdings, wie Sulzberger bemerkte, in Zivilrecht und Prozeß «nicht sehr zu Hause», und das zeigte sich, als er nach Abschluß der Voruntersuchung überstürzt noch einen Augenschein anordnen wollte<sup>35</sup>.

Die Antwort der Stadt auf das klägerische Hauptbegehren wurde am 15. Januar 1862 eingereicht. Bützberger bestritt die meisten klägerischen Vorbringen, wies überzeugend nach, daß mehrere Grundstücke zu Unrecht zum Streitgegenstand gerechnet worden seien, da diese schon vor 1833 kein Festungsterrain mehr waren, und schloß sich im ganzen eng an Kellers Gutachten an.

Der zweite Schriftenwechsel vom 22. April/22. Mai brachte – wie meist – wenig Neues, außer daß die Landschaft nun ihre Klage um rund 150000 Franken reduzierte mit Rücksicht auf die irrtümlich einbezogenen Grundstücke. Am 2. Juni 1862 erklärte Aepli das Vorverfahren für geschlossen. Sulzberger rekurrierte sogleich, weil dadurch jegliche Beweiserhebung ausgeschlossen werde, und das sei nur aus dem Gesichtspunkt einer gänzlichen Klageabweisung zu rechtfertigen.

### *3. Die Publizistik während des Prozesses, insbesondere die Gutachten Jherings und Dernburgs*

«Ihr müßt euch Freunde machen in der Schweiz, die Landschaftler tun es», hatte man Christ geraten. Der Ratsherr war mit Bürger-

<sup>35</sup> Gruner (Anm. 21), St. Gallen Nr. 1. – Hier sei bemerkt, daß der Schanzenstreit in prozessualer Hinsicht keine Besonderheiten aufweist.

meister Stehlin überzeugt, daß bei einem Gericht wie dem Bundesgericht auch andere als strikt juristische Argumente und Einflüsse wirkten, daß es also nicht genüge, im Recht zu sein. Diese Einschätzung des Bundesgerichts hat ihre Ursache vor allem im baslerischen Trauma von 1833, ist aber insofern begründet, als das nichtständige Bundesgericht vor 1874 stärker politisch orientiert war; es stellte sich, gerade auch im Schanzenstreit, als ein Ausschuß der Bundesversammlung dar, welcher alle Richter angehörten oder angehört hatten. Christ entschloß sich daher, mit Zustimmung Bützbergers, zu einer umfassenden Campagne. Im Oktober 1861 wurde Kellers erstes Gutachten publiziert und wie auch andere Schriften Richtern, Politikern und einem weiten Kreise einflußreicher Männer zugestellt<sup>36</sup>. Dann benützte er die «wahrhaft erhebenden Tage der evangelischen Allianz», um den Genfer Advokaten A. J. Martin zu bitten, für das «Journal de Genève» «spontan» einen Artikel über den Schanzenstreit zu redigieren. Dieser erschien am 1. und 2. November 1861 und beleuchtete den Fall auf Grund der bisher gedruckten vier Gutachten. Martin bejahte das gute Recht der Stadt, das Festungsterrain in öffentliche Sachen anderer Art (*choses du domaine public*) zu verwandeln. Für den «Neuchâtelois» vom 12. November lieferte alt Staatsrat Henri-Florian Calame einen gleichartigen Beitrag, und auch die «Gazette de Lausanne» folgte am 27./28. November mit einer solchen Darstellung, wobei nicht verschwiegen wurde, daß es um eine «grosse affaire d'argent» gehe. In einem Brief an Christ charakterisierte Calame die jetzige Macht der öffentlichen Meinung: «De nos jours il n'y a rien qui ne fasse écho dans la publicité et l'opinion publique forme atmosphère autour des tribunaux eux-mêmes.»

Stärkste Verbreitung erhielt die vom Zürcher Obergerichtschreiber Ludwig Tobler verfaßte Broschüre über den Schanzenstreit, auch sie «nicht pro patria, sondern auf Bestellung hin gemacht, wie doch jeder weiß, der in solchen Sachen eingeweiht ist». Der weiter nicht bekannte Autor wünschte als «praktischer Jurist aus Zürich» anonym zu bleiben; einen originalen Beitrag zu den Rechtsfragen wollte er gar nicht leisten. Gleicher Art war der vom Basler Juristen Karl Wieland in den «Basler Nachrichten» anonym veröffentlichte zusammenfassende Artikel, der als Separatum ebenfalls weit gestreut wurde.

Johannes Schnell regte an, ein weiteres Gutachten von einem Nicht-Parteimann einzuholen. Sondierungen bei Friedrich von Wyß

<sup>36</sup> Die Verteilerlisten sind teilweise erhalten; die Basler Akten enthalten auch eine Sammlung von Presseauschnitten.

in Zürich verliefen ergebnislos. Die Stadt fand diesen neuen, wissenschaftlichen Gutachter im Gießener Romanisten Rudolf Jhering (1818–1892)<sup>37</sup>, der 1844/46 als junger Mann in Basel gelehrt hatte und seither mit dem bedeutenden Basler Notar Emanuel Burckhardt-Fürstenberger befreundet war; über diesen ergab sich der Kontakt mit Jhering.

Jherings Gutachten vom Januar 1862 gelangt zu denselben Schlüssen wie Keller und bietet in der größeren Hälfte ebenfalls eine Auslegung des Spruchs von 1833. Obwohl der Verfasser im Vorwort das spezifisch juristische Interesse des Streits «nicht gerade bedeutend» nennt, holt er dann aber weiter aus, um eine Theorie der *res publicae in publico usu*, der Sachen im Gemeingebrauch, nach römischen Quellen zu entwickeln und so Rüttimanns Miteigentumstheorie als «civilistisches Unding» hinzustellen, wobei der glänzende Stilist und Polemiker Jhering die Schwächen des Gegners «ohne Schonung» bloß legt.

Die Landschaft hatte dieser publizistischen Campagne bisher kaum etwas entgegengestellt. Als Curiosum sei hier erwähnt, daß im Februar 1860 der Volksschulinspektor Friedrich Weller, der für seinen Kanton vom Prozeßgewinn eine Mittelschule erhoffte, von sich aus der Regierung in Liestal «Bemerkungen» unterbreitet hatte, in denen er Kellers zweites Gutachten angriff. Auf juristische Kenntnisse glaubte er verzichten zu können, da es genüge, den Sinn des Urteils «nach einem streng mathematischen oder logischen Verfahren auszumitteln». Rüttimann, dem man Wellers formalistisches Elaborat vorlegte, erkannte natürlich dessen Blößen, und so wanderten diese scharfsinnigen Bemühungen ins Archiv. Rüttimann selber hielt es für unwürdig, einen obschwebenden Prozeß «auf allen Gassen und in allen Zeitungen» zu verhandeln, obwohl er selber keinen Anstand genommen hatte, als Anonymus seine Theorie in der Presse zu verteidigen<sup>38</sup>.

Nach dem Erscheinen von Jherings Gutachten empfahl Sulzberger seiner Klientin dringend, nachzuziehen. Heinrich Dernburg (1829–1907)<sup>39</sup>, der eben als Professor des römischen Rechts von Zürich nach Halle gezogen war, erklärte sich am 19. Mai 1862 bereit, den Ansprüchen der Landschaft, die er aus Überzeugung für besser halte, eine «feste wissenschaftliche Basis zu geben». Als er am 3. August 1862 sein Manuskript nach Liestal schickte, bemerkte

<sup>37</sup> Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte d. Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 450.

<sup>38</sup> *Neue Zürcher Zeitung*, 2. u. 3. Jan., 12. Febr. 1860.

<sup>39</sup> Gerhard Wesenberg, in: *Neue Deutsche Biographie* 3 (1957), S. 608.

er, er habe sich fern gehalten von «persönlicher Polemik, welche mehr denjenigen notwendig ist, die eine weniger gute Sache verteidigen». Dernburgs von Freund und Feind erwartete Broschüre erschien im September 1862.

Dernburgs Gutachten ist nicht nur das umfangreichste, sondern auch das wissenschaftlich am breitesten fundierte, ganz in distanzierendem, objektivem Ton gehalten. Auf Grund römischer Quellen und gemeinrechtlicher Literatur legt Dernburg dar, der Staat habe an öffentlichen Sachen, auch solchen im Gemeingebrauch, ein zivilrechtliches Eigentum. Dann versucht er zu beweisen, daß auch Kellers Spruch von 1833 auf diesem Standpunkt stehe, welcher damals herrschende Lehre war, und er führt insbesondere aus, daß nur so der Vorbehalt des Dispositivs 3 nicht als «Geschenk» an die Landschaft erscheine, sondern als konsequente Folge. Mit Rüttimann nimmt er an, zwischen dem Beschluß der Stadt zur Entfestigung und jenem zum Anlegen von Straßen und Promenaden liege ein Durchgangsstadium, in welchem das Terrain zur Fiskalsache werde, so daß die Ansprüche der Landschaft ihre Wirkung entfalten könnten<sup>40</sup>. Der Effekt dieses Gutachtens war zunächst groß: zum ersten Mal hatte sich ein namhafter, außerhalb der Schweiz angesehener Gelehrter für die Landschaft ausgesprochen. Bützberger, nicht besonders berührt, empfahl der Stadt, eine Erwiderung zu publizieren, doch dürfe man derentwegen keine Verschiebung der Hauptverhandlung beantragen, denn das wäre ein Schwächegeständnis. Die Landschaft hatte gleich nach der Publikation von Dernburgs Gutachten das Bundesgericht um eine beförderliche Streiterledigung gebeten, obwohl sie selber vorher einen Aufschub gewünscht hatte. Am 2. Oktober war denn auch die Verhandlung auf den 28. dieses Monats vertagt worden.

Die Zeit war also knapp für die Stadt, und Christ, der sie noch «au mieux» nutzen wollte, geriet in einige Sorge. Gleich drei Juristen bat er um ihre Ansichten: Hermann Fitting, der Basel gerade verlassen hatte, um fortan in Halle römisches Recht zu lehren; Ignace Chauffour, den Bâtonnier de l'Ordre des Avocats in Colmar, und wiederum Jhering, von dem sich Stehlin am ehesten eine Erwiderung versprach – zu Recht, denn dieser nahm nach seiner temperamentvollen, kämpferischen Natur Dernburgs Kritik sehr persönlich und sah darin geradezu bösen Willen<sup>41</sup>. Wie seine

<sup>40</sup> Franz Wieacker, Die juristische Sekunde, in: Existenz u. Ordnung, Festschrift f. Erik Wolf, Frankfurt a. M. 1962, S. 421 ff.

<sup>41</sup> Franz Wieacker, Rudolf v. Jhering, Leipzig 1942, S. 37.

<sup>42</sup> Anh. II.

Briefe an Christ zeigen<sup>42</sup>, setzte er alles daran, rechtzeitig abzuschließen. Christ wünschte, daß Jhering persönlich nach Basel komme, auch auf die Gefahr hin, ihm «dann ein umso schöneres Honorar geben zu müssen», und so traf er aus Gießen auf den 18. Oktober zu einer Konferenz mit Bützberger und Christ in Basel ein, besprach mit dem Anwalt das Plädoyer und hörte die Bemerkungen zum Entwurf seines Gutachtens an; dann feilte und korrigierte er an seinem Text, und als er am 22. Oktober heimreiste, konnte er die ersten gedruckten Exemplare mitnehmen. In aller Eile verbreitete die Stadt diese, endgültig letzte, Streitschrift zur Sache.

Jherings zweites Gutachten übertrifft die früheren noch an Umfang; inhaltlich nimmt es eine Sonderstellung ein: Jhering wählte nämlich in einem Abschnitt von sechzehn Seiten «eine Form, die für die Bekämpfung juristischer Deduktionen etwas ungewöhnlich sein mag, deren Wert und Brauchbarkeit aber sich aus ihr selber ergeben möge, nämlich die des Dialogs». Gesprächspartner sind zwei praktische Juristen, welche über einen Operationsplan zugunsten der Landschaft beraten und dabei in der Absicht, die Schwächen der Rüttimannschen Miteigentumstheorie zu camouffieren, immer wieder auf die Formulierungen Dernburgs verfallen, dem Jhering also eine unwissenschaftliche, ja unlautere Methode vorhält. Jhering zeigt sich hier auf der Höhe seiner Meisterschaft als Polemiker und Satiriker, läßt aber den Rahmen eines *sine ira et studio* zu verfassenden Rechtsgutachtens weit hinter sich. Dieser Abschnitt des Gutachtens gehört viel eher in das 1884 erschienene vielgelesene Buch Jherings «Scherz und Ernst in der Jurisprudenz», und es ist gewiß kein Zufall, daß die ersten Kapitel dieses Buches eben zur Zeit des Schanzenstreites als Zeitschriftenaufsätze erschienen sind. Der Verfasser hat sich hinreißen lassen, zwei sehr verschiedene Literaturgattungen zu vermengen, und es mußte Dernburg zutiefst verletzen, wenn ihm Jhering zum Schluß gar vorwarf, er habe die Jurisprudenz mißbraucht, die Stimme der Wissenschaft spreche nicht aus Dernburgs Gutachten.

Bürgermeister Stehlin war mit Jherings Opus zufrieden: die Broschüre sei ganz geeignet, die gegnerische Basis zu erschüttern. Sulzberger nannte vor dem Bundesgericht den Jheringschen Dialog «perfid und unwürdig», und den härtesten Tadel mußte der Verfasser von seinem Freunde Bernhard Windscheid, dem hervorragenden Leipziger Romanisten, hören. In pathetischen Ausdrücken – «ich bin niedergeschmettert . . . vernichtet» – unterwarf sich Jhering diesem Verdikt, hatte aber gleichwohl Mühe, seinem Gegner Dernburg guten Glauben zuzubilligen, und blieb überzeugt, gerade diese Form sei nötig gewesen, um die schweizerischen Bundesrichter zu

beeindrucken<sup>43</sup>. Als er freilich 1879 einen Band «Vermischte Schriften juristischen Inhalts» herausgab, da nahm Jhering wohl das erste Basler Gutachten auf, nicht aber das zweite, das er nur in einer Anmerkung kurz erwähnte – aus der Distanz mochte er die Dinge anders beurteilen. Es ist Sache des Biographen Jherings, dieses Intermezzo eingehender zu würdigen; es beleuchtet den Charakter des genialen, leidenschaftlichen Gelehrten scharf. Seine intensive Teilnahme am Rechtsstreit, die von uns zu Tage geförderten Briefe an Ratsherrn Christ lassen im Vergleich mit Dernburg jedenfalls keinen Zweifel darüber zu, wer hier die einem Experten, und sei er auch Parteigutachter, gesetzten Grenzen besser gewahrt hat.

Hermann Fitting, der in seiner Basler Zeit den Streit schon aufmerksam verfolgt hatte, kam trotz des Wirrwarrs seines Umzugs nach Halle dazu, noch rechtzeitig umfängliche Notizen an Christ zu schicken, und Bützberger berücksichtigte dieselben bei der Vorbereitung seines Plädoyers<sup>44</sup>. Chauffour in Colmar hingegen mußte mit Bedauern auf einen Beitrag verzichten, so daß die in dieser Frage an sich interessante, selbständige Stimme der französischen Rechtslehre nicht zu vernehmen war<sup>45</sup>. Von sich aus reichte zu dieser späten Stunde auch Ratsherr Andreas Heusler (1802–1868)<sup>46</sup> noch einige Bemerkungen ein. Er fürchtete, die scharfsinnigen Gutachter hätten es dahin gebracht, daß das Recht auf der Spitze einer Definition ruhe. Heusler glaubte, wie der ungeteilte Kanton Basel sei auch der Halbkanton gegenüber der Stadtgemeinde verpflichtet, darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Festungswerke seit langem nicht nur militärischen Zwecken dienten, sondern auch der Erholung (Spazierwege). Um eine unzulässige Benachteiligung der Landschaft zu verhindern, wollte Heusler dem Bundesgericht die Kompetenz geben, das Ermessen der Stadt bei der Umwandlung von Festungsterrain zu kontrollieren. Wenn er entschuldigend beifügt, mit dem Zivilrecht habe er sich nie praktisch beschäftigt, so erhellt das den damaligen Stand des öffentlichen Rechts: Rüttimann vielleicht ausgenommen, waren alle Gutachter Zivilrechtler.

<sup>43</sup> R. v. Jhering in Briefen an seine Freunde, hg. v. Helene Ehrenberg, Leipzig 1913, Nrn. 46–48 – Unten Anh. II Nr. 4.

<sup>44</sup> Fitting (1831–1918) war 1857–1862 Professor des römischen Rechts in Basel. Arnulf Schmücking, in: Neue Deutsche Biographie 5 (1961), S. 218.

<sup>45</sup> Marie-Antoine-Ignace Chauffour (1808–1879): Claude Laplatte, Du nouveau sur les Chauffour, in: Annuaire de la Soc. hist. et litt. de Colmar 13 (1963), S. 106 ff. – Art. 537 ff., nam. 540 Code civil français und die Lehre vom domaine public.

<sup>46</sup> His (Anm. 18), S. 104 ff.; (Anm. 22), S. 123 ff.

#### 4. Hauptverhandlung und Urteil des Bundesgerichts

Zur bundesgerichtlichen Hauptverhandlung im Kantonsgerichtssaal zu St. Gallen schickten beide Parteien stattliche Delegationen. Die städtische hatte gleich zwei Stenographen verpflichtet und ließ deren Aufnahme des ganzen Ganges der Verhandlungen hernach drucken, so daß jedermann von den Plädoyers der Advokaten und den in öffentlicher Beratung gefallenen Voten der Richter Kenntnis nehmen kann<sup>47</sup>.

Der Vertreter der Landschaft hielt am Klagebegehren fest und beantragte folgerichtig ein Inhibitionsdekret zu Lasten der Stadt und Rückweisung der Sache ins Instruktionsverfahren zur Beweiserhebung. Der Instruktionsrichter Aepli rechtfertigte seinen Verzicht auf eine solche mit der Prozeßökonomie: Die langwierigen und teuren Erhebungen über Umfang und Wert des Festungsterrains, die Höhe der Schleifungskosten und den militärischen Wert der nicht geschleiften Teile wären überflüssig, wenn das Gericht zur Hauptsache den beklagischen Standpunkt übernehme. Das Plenum hielt dieses Vorgehen für richtig. Mit seinem Urteil vom 29. Oktober 1862 verwarf das Bundesgericht einstimmig das landschaftliche, auf die Miteigentumstheorie gestützte Begehren auf Realteilung des Festungsterrains und bejahte einen klägerischen Anspruch auf 64% vom Wert eines jeden Festungsgrundstückes nur für den Fall, daß die Stadt wirkliches Staatsvermögen gewinne, dies allerdings auch für die Zukunft, falls nämlich die Stadt späterhin Teile der Anlagen an Private veräußern sollte. Die Stadt Basel hatte also den Schanzenstreit gewonnen, und wenn der Kostenspruch ihr dennoch einen Viertel überbindet, so spielen wohl diplomatische Rücksichten mit. Aepli selber hatte die Kosten ganz der Landschaft belasten wollen, und auch wir glauben, daß so, wie die Klage gestellt war, die Landschaft ganz unterlegen ist, umsomehr als die Stadt in der Klageantwort einen klägerischen Anspruch gemäß Dispositiv 3 von 1833 förmlich anerkannt hatte<sup>48</sup>.

#### 5. Der Vergleich von 1863

Der Gedanke an einen Vergleich, wie ihn schon Kellers Spruch von 1833 nahegelegt hatte, war nie aufgegeben worden. Im Herbst

<sup>47</sup> Dieses städtische «Weißbuch» erlaubt es, knapp zu resümieren; unten, Anh. I Nr. 11.

<sup>48</sup> Aus den vielen Zeugnissen der Freude über den Prozeßgewinn sei genannt ein Gedicht: Philipp Hindermann, Humor u. Ernst, neue Folge, Basel 1866, S. 41.

1861 hatte die Landschaft durchblicken lassen, sie wäre auch mit 500000 Franken zufrieden. Als sie kurz vor der Hauptverhandlung neue Fühler ausstreckte, blieb die Stadt hart. Bis nach dem Urteil wolle man warten, «der Spruch mag fallen, wie er will», schrieb Stehlin an Christ, denn er war überzeugt, daß bei der damaligen politischen Lage mit niemandem von der Landschaft verhandelt werden könne. Dort war nämlich die von Jakob Christoph Rolle geführte Revisionsbewegung ausgebrochen, eine demagogische Vorwegnahme der in der übrigen Schweiz von den Demokraten erstrebten Ziele, und der das Schanzengeschäft betreibende Regierungsrat saß nicht mehr fest im Sattel<sup>49</sup>.

In der Stadt hoffte man, die Landschaft würde unter dem unmittelbaren Eindruck der Niederlage Vernunft annehmen; es galt aber, behutsam vorzugehen. In der Bundesversammlung hatte Stehlin Anfang 1863 Gelegenheit, mit dem Liestaler Regierungspräsidenten Daniel Bieder<sup>50</sup> über das heikle Geschäft ins Gespräch zu kommen. Dieser wies die Stadt darauf hin, daß die Stunde dränge: Am 12. April 1863 war ein neuer Landrat zu wählen, der nicht traitabel zu werden versprach, und im Monat danach endete die Amtsdauer der Regierung. In aller Stille trafen sich beiderseitige Delegierte am 12. Februar 1863 in Stehlins Wohnung. Man einigte sich rasch darüber, daß die Stadt seit 1833 aus dem Verkauf von Festungsterrain 128 200 Franken gewonnen habe. Der landschaftliche Anteil von 82 000 Franken wurde im Hinblick auf die Ansprüche aus künftiger Umwandlung von Festungsterrain in Fiskalvermögen auf 120 000 Franken aufgerundet; diese Summe beträgt etwa einen Zehntel der 1861 eingeklagten. Die Landschaft drängte auf rasche Auszahlung auf Ende Mai des Jahres und meinte, der Kredit der Stadt werde von keinem andern Staat in der Welt übertroffen, so daß der Rat das Geld «jeden Augenblick und ohne Schwierigkeit» beschaffen könne. Gegen diese Auskaufsumme verzichtete die Landschaft im Staatsvertrag vom 17. Februar 1863<sup>51</sup> auf alle Ansprüche an das städtische Festungsterrain, und auch die Stadt gab eine solche Erklärung mit Bezug auf die paar Schanzen auf der Landschaft ab. Der alte Landrat ratifizierte am 2. März mit nur 47 gegen 43 Stimmen das Abkommen, und das Veto, eine Art fakultativen Referendums, kam innert Frist nicht zustande, so daß auch der Große Rat der Stadt am 20. April diskussionslos seine Zustimmung

<sup>49</sup> Albert Oeri, *Der Revisionsgeneral Rolle*, Basel 1905. – Weber (Anm. 27), S. 587ff.

<sup>50</sup> Gruner (Anm. 21), *Basel-Landschaft* Nr. 4.

<sup>51</sup> *Kantonsblatt Basel-Stadt*, 25. April 1863.

gab. Die Möglichkeit, daß bei jeder neuen Verfügung über Festungsterrain ein neuer Prozeß sich hätte entspinnen können, war damit ausgeschlossen.

Das Geld, das die Basler Staatskasse Ende Mai auszahlte, ist übrigens in der Stadt geblieben: Die Landschaft zahlte damit ein Darlehen zurück, das sie einst für den Kasernenbau in Liestal aufgenommen hatte – bei Christoph Merian, dem bekannten, reichen Wohltäter der Stadt Basel.

### III. Allgemeine Bedeutung des Schanzenstreites

#### *1. Auswirkungen in der Stadt Basel*

Der Gewinn für Basel lag weniger auf der materiellen Seite als vielmehr im neu gewonnenen Vertrauen darauf, «daß Basel von der Eidgenossenschaft doch wieder Gerechtigkeit erwarten kann», wie Wilhelm Vischer-Heusler an Jacob Burckhardt geschrieben hat<sup>52</sup>. Das gefestigte Zugehörigkeitsgefühl ist gegen Ende des Jahrhunderts in einer Reihe von Feiern zum Ausdruck gekommen, am denkwürdigsten 1901, als die Stadt ihres Beitritts zur Eidgenossenschaft im Jahre 1501 gedachte<sup>53</sup>.

Ein zweiter, dauernder Gewinn ist die großzügige Art der Stadterweiterung von 1859: die breiten Straßen und schönen Anlagen vom St. Albantor bis wieder zur Rheinschanze; nachträglich ist ein Teil davon freilich der Verkehrspolitik zum Opfer gefallen<sup>54</sup>. Für uns steht der Zusammenhang dieser Anlagen mit dem Vorbehalt von 1833 und damit dem Schanzenstreit nicht so fest wie für andere<sup>55</sup>, denn schon rein städtebauliche Gesichtspunkte hätten eine derartige Verwendung des Festungsterrains nahegelegt, wie denn etwa in Frankfurt am Main in noch großzügigerer Weise verfahren worden ist, und damalige Basler Politiker wie Bürgermeister Stehlin waren weitsichtige Planer. Der Vorbehalt von 1833 hat aber sicher diesen Politikern den Rücken gestärkt und geholfen, den Fehler zu vermeiden, den etwa Zürich nach 1830 begangen hat, als es einen großen Teil seines Festungsterrains als Bauplätze verkaufte.

<sup>52</sup> Hermann Heimpel, *Zwei Historiker*, Göttingen 1962, S. 56.

<sup>53</sup> Edgar Bonjour/Albert Bruckner, *Basel u. d. Eidgenossenschaft*, Basel 1951.

<sup>54</sup> Vor allem die Elisabethen- und die Steinenschanze.

<sup>55</sup> So für C. A. Müller (Anm. 9).

Gerade zur Zeit des Schanzenstreites ging Basel daran, sein Zivilrecht zu kodifizieren. Es überrascht nicht, daß der von Andreas Heusler (1834–1921) redigierte Entwurf eines Civilgesetzbuches in der ersten Fassung von 1865<sup>56</sup> folgenden § 526 enthält:

«Unfähig, Gegenstand von Privatrechten zu sein, die aus Eigentum, Servitut oder Pfandrecht herfließen, sind:

1. die öffentlichen Wege, Straßenborde, Almendgäßchen, Plätze, Brücken, Gewässer mit ihrem Ufersaum bis auf die festgesetzte Niveau-  
linie gewöhnlichen Hochwasserstandes, welche sämtlich als Almend  
dem gemeinen Brauch anheimgegeben sind, und ferner die Thore,  
Schwibogen und Befestigungen.

2. die dem Staat gehörenden und zum Gottesdienst benutzten Kirchen  
und die Gottesäcker, als welche aus Pietätsrücksichten dem Verkehr ent-  
zogen sind.

Sowohl die unter 1) als die unter 2) genannten Sachen erhalten daher  
im Grundbuch keine Stelle.»

Für den Fall einer «Verwandlung von Hoheitsrecht in Eigentum» bestimmt § 574 des Entwurfs, daß solchermaßen «dem Verkehr anheimgegebene Liegenschaften» auf Anzeige der Staatskanzlei ins Grundbuch einzutragen sind. Die Motive betonen, daß die Verfasser sich mit diesen Bestimmungen nicht der durchaus bestrittenen Kellerschen Hoheitstheorie hätten anschließen wollen; es sei nur darum gegangen, die Möglichkeit von Privatrechten an Sachen im Gemeingebrauch auszuschließen. Diese «gesetzgeberische Nebenfrucht» des Schanzenstreits ist nicht zum Leben gediehen, da der ganze Entwurf gescheitert ist<sup>57</sup>.

## 2. Die Rechtslehre vom Eigentum an öffentlichen Sachen

Welche Bedeutung hat der Schanzenstreit für die allgemeine materiellrechtliche Lehre von den Eigentumsverhältnissen an öffentlichen Sachen? Schon das Urteil des Bundesgerichtes legt Zurückhaltung nahe, denn die Motive verzichten darauf, irgendwie auf die theoretischen Ausführungen der Gutachter einzugehen, insbesondere nicht auf jene romanistischen von Jhering und Dernburg. In ihren Voten hatten mehrere Richter geradezu darüber geklagt, daß die Gutachten «unzweifelhaft dem Richter seine Aufgabe sehr erschwert» hätten, und wenn auch Johann Jakob Blumer

<sup>56</sup> StA Basel, Justiz B 7.

<sup>57</sup> Theodor Bühler, Andreas Heusler u. d. Revision d. Basler Stadtgerichtsordnung, Basler Studien z. Rechtswiss. 69, Basel 1963, S. 332 ff.

Kellers Spruch von 1833 als mustergültig pries und zwei andere Bundesrichter in ihren Voten Kellers Lehre vom Hoheitsrecht als richtig bezeichneten, so waren doch alle Richter einig, man könne und müsse sich auf die Auslegung des Spruchs von 1833 beschränken, dessen «klarer Wortlaut» gegen die Miteigentumstheorie spreche. Auch wir glauben, daß die beschränkte Aufgabe der Interpretation des Kellerschen Teilungsurteils von 1833 nur so gelöst werden konnte, wie es geschehen ist. Damit ist aber auch gesagt, daß das Urteil von 1862 nur mittelbar allgemeine Bedeutung gewinnen kann<sup>58</sup>.

Es sind denn auch in erster Linie die Gutachten, die über den Tag hinaus gewirkt haben, und deren dankbarste Leser waren Professoren. Solange das römisch-gemeine Recht gesetzliche Geltung hatte, gehörte ein mehr oder weniger einläßlicher Hinweis auf den Schanzenstreit zum eisernen Bestand eines Lehrbuchs der Pandekten; nennen wir nur Bernhard Windscheid und Heinrich Dernburg, Karl Ludwig Arndts, Alois Brinz und Carl Georg von Wächter, Julius Baron und Ferdinand Regelsberger<sup>59</sup>. Erst recht mußten sich Monographien mit dem berühmten Prozeß auseinandersetzen, und es dauerte nicht lange, bis zwei Doktoranden, Heinrich Wappäus und Alfred Kappeler, sich in das «wahre Wesen der Extracommercialität» vertieften, und noch 1928 hat ein Professor des Verwaltungsrechts aus Irkutsk in Sibirien alle Schriften zum Schanzenstreit sorgfältig studiert. Im Basler Rektoratsprogramm von 1873 versuchte Fridolin Eisele, die hoheitsrechtliche Lehre besser zu fundieren, und der Erneuerer des öffentlichen Sachenrechts, Otto Mayer, würdigte das «merkwürdige Wiederaufleben» der älteren römischen Anschauung<sup>60</sup> bei Keller und Jhering, ohne in seiner selbständigen Theorie darauf abzustellen<sup>61</sup>.

Kurios am Streit ist nicht zuletzt die Tatsache, daß eine so atypische Sache im Gemeingebrauch, wie es Festungswerke sind, Anlaß zu den dogmatischen Erörterungen gegeben hat. Ein dauer-

<sup>58</sup> Unmittelbar und überdies falsch beruft sich auf das Urteil: Fritz Fleiner, *Institutionen d. deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 356 Anm. 13. Roderich Stintzing würdigt ex post den ganzen Streit sehr klar und ruhig; für ihn liegt das Urteil zu Gunsten der Stadt «auf der Hand»; in: *Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung u. Rechtswiss.* 5 (1863), S. 127–134.

<sup>59</sup> In den Pandektenlehrbüchern der Genannten sind die Hinweise an den bezüglichen Stellen im System leicht zu finden.

<sup>60</sup> Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl., München 1971, S. 381.

<sup>61</sup> Alle diese Autoren werden in einer guten, neueren dogmengeschichtlichen Arbeit behandelt: Willem Gerardus Vegting, *Domaine public et res extra commercium*, Paris/Alphen 1952.

hafter Einbruch in die herrschende Lehre, die im Prozeß von Dernburg vertreten worden war<sup>62</sup>, ist Keller und Jhering nicht beschieden gewesen, und unter der Herrschaft des schweizerischen Zivilgesetzbuches steht es fest, daß der Staat an den Sachen im Gemeingebrauch dasselbe Eigentum hat wie ein Privater, auch wenn die öffentliche Zweckbestimmung der Sache dominiert<sup>63</sup>.

### 3. *Das Rechtsgutachten als juristische Literaturform*

Seit dem Wiedererwachen einer wissenschaftlichen Jurisprudenz im Bologna des 11. Jahrhunderts sind Rechtsgutachten eines der wichtigsten Mittel zur Verbreitung und Fortbildung des Rechts gewesen. Diese Form juristischer Literatur erreichte zur Zeit des Bartolus und Baldus in Oberitalien einen solchen Rang, daß man das 14. Jahrhundert geradezu die Epoche der Konsiliatoren (Gutachter) genannt hat. Das Ansehen dieser Consilia kann wohl nur mit demjenigen heutiger höchstrichterlicher Entscheidungen verglichen werden, wobei die Consilia an Universalität vorgehen. Bis ins 18. Jahrhundert hinein vermochten die in großer Zahl gedruckten Gutachten eine führende Stellung zu wahren; im alten Römischen Reich waren vor allem die Gutachten der Juristenfakultäten resp. Spruchkollegien sehr angesehen, bis daß ein Territorialstaat nach dem andern die Aktenversendung an landesfremde, dann auch an eigene Fakultäten verbot<sup>64</sup>.

Welche Bedeutung Rechtsgutachten im 19. Jahrhundert hatten und heute haben, läßt sich nicht leicht übersehen. Sicher ist, daß sie weniger oft gedruckt werden und eher als Parteigutachten auftreten denn als gerichtliche. Als juristische Literaturformen dominieren Lehrbücher und monographische Arbeiten, die auf einen konkreten Fall keinen Bezug nehmen, und vor allem die Kommentare, die der systematischen Gesetzgebung in der Zeit des Positivismus notwendig folgen. Die Zahl der im 19. Jahrhundert verfaßten und auch gedruckten Rechtsgutachten dürfte aber viel beträchtlicher sein, als

<sup>62</sup> Theodor Kipp, Heinrich Dernburg, Leipzig 1908, S. 22.

<sup>63</sup> Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 50ff. zu Art. 664 ZGB, Bern 1964, daselbst weitere Literatur, in welcher der Schanzenstreit noch erwähnt wird.

<sup>64</sup> Hermann Lange, Das Rechtsgutachten im Wandel d. Geschichte, in: Juristenzeitung 24 (1969), S. 157ff. – Wieacker (Anm. 37), S. 85. – Handbuch d. Quellen u. Literatur d. neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, hg. von Helmut Coing, I, München 1973, S. 242ff., 336ff.

man zunächst annimmt, und es ist eine Aufgabe der Quellenforschung, dieses Material zugänglich zu machen<sup>65</sup>.

Eine bedeutende Sammlung solcher Gutachten, meist aus dem Nachlaß von Johannes Schnell, findet sich auf der Basler Universitätsbibliothek<sup>66</sup>. Manche derselben betreffen die Liquidation altrechtlicher Verhältnisse, die Neuordnung im Grenzbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht – Hubengenossenschaft Schwamendingen, Zürcher Kaufhauszoll, Berner Bürgergut –; die Eisenbahnen bieten manches Problem: Jhering selber kam im Streit um den Schießplatz Wylerfeld bei Bern, der den Bahnbetrieb störte, wiederum zum Worte, ebenso im Streit um die Wasserfallenbahn, der zu grundsätzlichen Betrachtungen über die juristische Person geführt hat. Neben Jhering seien als Gutachter aus dem Ausland genannt Dernburg, Achilles Renaud und Ferdinand Regelsberger und allen voran Johann Kaspar Bluntschli, der auch als Professor in München und Heidelberg immer wieder aus der Schweiz um Rat gebeten worden ist. Kein Prozeß hat aber Anlaß zu einer solchen Zahl bedeutender Gutachten gegeben wie der Basler Schanzenstreit, dessen hier gegebene Darstellung dazu beitragen möchte, an einem späten Höhepunkt Wesen und Grenzen der Literaturform «Rechtsgutachten» zu erkennen<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Das Auffinden dieser Gutachten ist auch für die neuere Zeit mühsam. Für die frühere sind in verdankenswerter Weise vorausgegangen: Guido Kisch, *Consilia*, Eine Bibliographie d. juristischen Konsiliensammlungen, Basel 1970. Heinrich Gehrke, *Die Rechtsprechungs- u. Konsilienliteratur Deutschlands bis zum Ende des Alten Reichs*, Diss. jur. Frankfurt/M. 1972.

<sup>66</sup> Signatur: Om VIII 1 ff. Wir danken dem Abteilungsleiter, Herrn Dr. Flury, für seine Hilfe.

<sup>67</sup> Der Schanzenstreit ist öfter dargestellt worden, namentlich in der oben Anm. 9 erwähnten Literatur; konzis und gut: Eduard His, *Eine historische Staatsteilung*, in: Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, S. 75 ff. – Die in Basel übliche Bezeichnung «Schanzenstreit» hat ihren Grund wohl darin, daß die veralteten Basler Fortifikationen in den Schanzen ihre hervorstechendsten Punkte hatten; Gutachter und spätere Literatur sprechen meist von den Festungswerken.

## Anhang

*I. Verzeichnis der zeitgenössischen Druckschriften zum Schanzenstreit*

*Dieses Verzeichnis kann dank der besonders in Basel sorgfältig aufbewahrten Akten ergänzt werden durch Angaben<sup>1</sup> über die Auflagenhöhe, die Honorare<sup>2</sup> u.a.m. und gibt so für sich schon ein gutes Bild von der in dieser Sache betriebenen Publizistik. Nicht aufgenommen sind die unselbständig erschienenen Zeitungsartikel<sup>3</sup>.*

1. Keller Friedrich Ludwig, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach deren gegenwärtigem Rechtsverhältnisse betreffend, 15 S., 8°, Buchdruckerei Friedrich Herzig, Langenthal, 1861.

Erstattet: Berlin, 3. August 1859.

Auflage: 400 Ex.; Druckkosten: Fr. 57.–

Honorar: 400 Taler preußisch Courant = Fr. 1514.85

2. Rüttimann Johann Jakob, Gutachten betreffend die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen, 27 S., 8°, Buchdruckerei Lüdin und Walser, Liestal, 1859.

Erstattet: Zürich, 22. August 1859

Honorar: Fr. 300.–

Wiederabdruck: im Anhang von Nr. 4

3. Keller Friedrich Ludwig, Erwiderung auf das veröffentlichte Gutachten des Herrn Prof. Dr. J. Rüttimann betreffend die Basler Festungswerke (Innentitel: Einige Bemerkungen über...), II + 40 S., 8°, Bahnmaier's Buchdruckerei (C. Schultze), Basel, 1860.

Erstattet: Berlin, 10. Januar 1860

Für diese spontan geschriebenen Bemerkungen ist Keller nicht honoriert worden.

<sup>1</sup> Wir schöpfen diese aus den im Text, Anm. 17, genannten Quellen, die für die Landschaft an einigen Punkten versagen.

<sup>2</sup> Um den Geldwert von 1860 mit dem heutigen vergleichen zu können, sei erwähnt, daß Jacob Burckhardt als Basler Ordinarius der Geschichte zu dieser Zeit eine Jahresbesoldung von 4000 Franken bezog, eine Summe, die aus verschiedenen Gründen eher bescheiden, aber doch durchaus anständig war, Werner Kaegi, Jacob Burckhardt, Eine Biographie, IV, Basel 1967, S. 12. Allgemein mag ein Faktor 10 die ungefähre Relation herstellen. Die Stadt hat alle Honorare in dieser Sache nach (großzügigem) Ermessen ausgerichtet; der Landschaft ist im allgemeinen Rechnung gestellt worden. Die Honorare der Advokaten betragen: Bützberger 5000 Franken inklusive Deserviten, Sulzberger 755.85 Franken inklusive, welche Forderung sich wohl an der untern Grenze des Tarifs gehalten hat. Nach einer nicht ganz vollständigen Abrechnung hat die Stadt für den Schanzenstreit rund 15000 Franken ausgeworfen, in welcher Summe der Arbeitsaufwand der Magistraten und Beamten selbstverständlich nicht berücksichtigt ist.

<sup>3</sup> Ebensowenig werden spätere Abdrucke der Gutachten (Jhering) angeführt.

Auflage: 1000 Ex.; Druckkosten: Fr. 201.50

Wiederabdruck: im Anhang von Nr. 4 und in der Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege, hg. von Jos. Schauberg, 7 (1859), 433–469

4. Rüttimann Johann Jakob, Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke und Erwiederung auf die Bemerkungen des Herrn Geheimen Justizrath und Professor Dr. F. L. von Keller in Berlin, 91 S., 8°, Orell Füßli und Comp., Zürich, 1860.

Das Gutachten selber umfaßt 38 S., der Rest enthält einen Abdruck der Nrn. 2 und 3.

Erstattet: Zürich, 21. Februar 1860

Honorar: Fr. 500.–

Wiederabdruck in der bei Nr. 3 genannten Zeitschrift 10 (1861), 1–39

5. [Tobler Ludwig], Der Streit über das Eigenthum an den Festungswerken der Stadt Basel, 32 S., 8°, Orell Füßli und Comp., Zürich, 1861.

Erschienen als Beilage zu Nr. 321 der Neuen Zürcher Zeitung von 1861 und separatim wieder gedruckt

Honorar: Fr. 400.–

Auflage: 4875 Ex.; Druckkosten: Fr. 326.60

6. [Wieland Karl], Der Baslerische Schanzenproceß, 27 S., 8°, Schweighauser'sche Buchhandlung, Basel, 1861.

Erschienen als Beilage zu Nr. 306 der Basler Nachrichten von 1861 und separatim wieder gedruckt

Honorar: ein Tableau im Wert von Fr. 54.– (Urteil gerahmt)

Auflage: 3300 Ex.; Druckkosten: Fr. 109.45

7. Bützberger Johannes, Antwort der Regierung des Kantons Basel-Stadt gegen die Regierung des Kantons Basel-Landschaft betreffend die Ansprüche der letztern an die Festungswerke der Stadt Basel und deren Zubehörden, 44 S., 8°, Buchdruckerei Friedrich Herzig, Langenthal, 1862.

Diese städtische Prozeßschrift gehört insofern auch in das vorliegende Verzeichnis, als die Stadt mit deren Drucklegung ebenfalls Publizität angestrebt hat. Außer dieser Klagebeantwortung sind keine Prozeßschriften publiziert worden.

Honorar: im Anwaltshonorar eingeschlossen

Auflage: 80 Ex.; Druckkosten: Fr. 65.–

8. Jhering Rudolph, Geh. Justiz-Rath und Professor zu Gießen, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel, Ein Rechtsgutachten, IV + 52 S., 8°, Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1862.

Erstattet: Gießen, 15. Januar 1862

Honorar: 400 Gulden = Fr. 857.15

Auflage: 800 Ex.; Druckkosten: Fr. 268.–; im Buchhandel verbreitet

9. Dernburg Heinrich Dr., ord. Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Halle, Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen erstattet, IV + 56 S., 8°, C. E. M. Pfeffer, Halle, 1862.

Erstattet: Halle, 3. August 1862

Honorar: Fr. 1000.-<sup>4</sup>

Auflage: 800 Ex.; Druckkosten: Fr. 400.-; im Buchhandel verbreitet

10. Jhering Rudolf, Geh. Justiz-Rath u. Professor zu Gießen, Erwiderung auf das von H. Dernburg, Professor in Halle, in dem zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Rechtsstreit über die Festungswerke der Stadt Basel abgestattete Rechtsgutachten, 61 S., 8°, Bahnmaier's Buchdruckerei (C. Schultze), Basel, 1862.

Erstattet: Gießen und Basel, 20. Oktober 1862

Honorar: 500 Reichstaler = Fr. 1870.-<sup>5</sup>

Auflage: 500 Ex.; Druckkosten: Fr. 244.-

11. Der Rechtsstreit über die Basler Festungswerke, Bericht der h. Regierung von Baselstadt, Vorträge der Parteien, Referat des Instructionsrichters, Verhandlungen und Urtheil des h. Bundesgerichtes über die Ansprüche des Kantons Baselland an den Basler Festungswerken, vom 28. und 29. October 1862, nebst zwei Beilagen, Herausgegeben auf Anordnung der h. Regierung des Kantons Baselstadt, XII + 179 S., 8°, Schweighauserische Offizin, Basel, 1862.

Der Rechenschaftsbericht der Schanzendelegierten ist datiert vom 16. Dezember 1862.

Auflage: 600 Ex.; Druckkosten: Fr. 537.-, zuzüglich Fr. 400.- für die Besoldung der Stenographen

<sup>4</sup> Dernburg begründete diese Forderung mit der «Wichtigkeit der Sache und der entsprechenden Sorgfalt in der Ausführung», die «weit höheren Honorare gegnerischer Respondenten» hätten ihn nicht bestimmt. Man kann wohl annehmen, daß dieses Honorar den «Marktverhältnissen» entsprach. Keller und Jhering als bekanntere Gelehrte, zu jener Zeit, konnten wohl etwas höher gehen.

<sup>5</sup> Eine Vergütung für die Reise nach Basel ist inbegriffen.

## II. Briefe von Rudolf Jhering an Ratsherrn Christ

Unter den Juristen des 19. Jahrhunderts ragt Rudolf Jhering (1818–1892) als sprachmächtiger Autor hervor. Sein Talent als Briefschreiber ist schon von den Zeitgenossen erkannt worden. Zwei Auswahlbände mit Briefen sind einige Zeit nach seinem Tode erschienen, und Albert Bruckner hat sieben Briefe an Johann Jakob Bachofen in Basel aus den Jahren 1846–1852 veröffentlicht. Aus Anlaß von Jherings 150. Geburtstag hat Mario G. Losano eine Bibliographie erstellt, die für Jherings Druckschriften erschöpfend sein dürfte und die zum Sammeln der Manuskripte anspornt<sup>1</sup>. Diesem Rufe folgend, legen wir hier mit freundlicher Zustimmung des Basler Staatsarchivars, Herrn Professor Dr. Andreas Staebelin, jene Briefe vor, die sich unter den Akten des Schanzenstreites finden<sup>2</sup>.

Wie wir ausgeführt haben, ging Basels Verkehr mit dem Gutachter Jhering über dessen Freund Emanuel (Männli) Burckhardt-Fürstenberger, Dr. jur., Ratsherrn und Notar in Basel (1819–1867), der durch den Entwurf einer schweizerischen Wechselordnung bekannt geworden ist. In Burckhardts Nachlaß mußte sich eine größere Zahl von Briefen Jherings finden, doch scheint dieser Nachlaß verloren zu sein. Als im Oktober 1862 Burckhardt abwesend war, korrespondierte Jhering unmittelbar mit dem ihm persönlich nicht näher stehenden Ratsherrn Adolf Christ-Sarasin, dem Präsidenten des Basler Justiz-Collegiums und «Geschäftsführer» der Schanzendelegation. Auch wenn sich Jhering dabei hier nicht so frei gibt wie in den von seiner Tochter veröffentlichten Briefen an Freunde, so bricht doch auch in dieser mehr offiziellen Korrespondenz seine leidenschaftliche Teilnahme durch. Die Briefe beleuchten den Abschluß von Jherings zweitem Gutachten und seine Freude über den gewonnenen Prozeß und bedürfen wohl keines weitern Kommentars. Der Abdruck ist wortgetreu; Ergänzungen werden durch < > gekennzeichnet. Zu jedem Schriftstück wird ein Kopfregeß gegeben; dieses steht für die Quittungen allein.

1.

Gießen, 30. März 1862

Quittung über 400 Gulden für das erste Gutachten.

2.

Gießen, 12. Oktober 1862

Jhering schickt den ersten Teil seines zweiten Gutachtens und fragt an, ob er nach Basel kommen soll.

Hochverehrter Herr Rathsherr!

Mein Freund Burckhardt-Fürstenberger hat mich während seiner Abwesenheit an Sie gewiesen, und ich nehme mir darauf hin die Freiheit, Ihnen die Einlage zuzustellen mit der Bitte, sie sofort zum Druck zu befördern, damit ich Freitag Abend, wenn ich nach Basel kommen

<sup>1</sup> Mario G. Losano, Bibliographie Rudolf v. Jherings, in: Jherings Erbe, Göttinger Symposium 1968 zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von R. v. Jhering, hg. von Franz Wieacker u. Christian Wollschläger, Abh. d. Akad. d. Wiss. in Göttingen, phil.-hist. Kl. III Nr. 75, Göttingen 1970, S. 252 ff.

<sup>2</sup> StA Basel, Bau Z 34, Bd. I u. IV, Nr. 49, 51.

sollte, die Korrektur besorgen kann. Die Einlage enthält nur den ersten Theil meines Gutachtens, der für den Streit nur ein mittelbares Interesse (hat); er betrifft das Rechtsverhältnis der *res publicae*. Wenn ich dasselbe hier so eingehend behandelt habe, so ist es nicht der theoretischen Rechthaberei wegen geschehen – die fände ich genug Gelegenheit in meinen «Jahrbüchern» zu befriedigen, sondern im wohlverstandenen Interesse von Basel. Einmal nämlich haben die Gegner gerade dieser Lehre ihr Hauptargument zu entlehnen gesucht, und es kommt darauf (an), ihnen dasselbe so in der Hand zu zerbrechen, daß sie auch nicht ein Stückchen mehr davon gebrauchen können. Sodann aber konnte die Gelegenheit, die Dernburg hier bot, seine Methode in ihrer ganzen Ungründlichkeit aufzudecken und damit die Autorität (zu zerstören), die sein Name etwa beim Bundesgericht ausüben könnte, nur höchst erwünscht kommen, und ich glaubte es dem Interesse von Basel-Stadt schuldig zu sein, sie gehörig auszunutzen. Nach dem Schluß meiner ersten Abth(eilung) muß Dernburg in den Augen meiner Leser bereits allen Credit verloren haben oder ich habe meinen ganzen Zweck verfehlt!

Wenn Sie unter diesem Gesichtspunkt die erste Abth(eilung) auffassen, so werde ich nicht fürchten, daß sie dieselbe für zu lang oder überflüssig erklären sollten – sie wird ihren Dienst schon thun.

Ich hatte damit angefangen, sie abschreiben zu lassen unter meinen Augen, aber mein Schreiber hat mich zu lang hingetrödelt, und der Zweck der Absendung wäre verfehlt, wenn ich der bloßen Abschrift wegen sie einen oder zwei Tage aufschieben müßte. Sie werden daher entschuldigen, wenn ich das Manuscript in seinem naturwüchsigen Zustand überschiere, für Sie ist es ja ohnehin nicht berechnet, und ein Setzer liest *jedes* Manuscript.

Mein Versprechen nach Basel zu kommen, setzt mich in eine große Verlegenheit. Ich bin Ergänzungsgeschworener, und leider haben sich diesmal eine Menge Hauptgeschworene frei gemacht. Wenn es nun von *wesentlichem* Wert für Sie sein sollte, daß ich persönlich nach Basel käme, so *kann* ich mich allerdings zur Noth frei machen, aber ich thäte es ungerne und würde auch die drei Tage, die eine Reise erfordern würde, ungerne entbehren, und aus diesem Grunde würde ich es vorziehen, wenn ich doch einmal reisen sollte, dem ursprünglichen Plane gemäß mit Ihrem Advokaten eine Conferenz in Heidelberg zu halten und schlage dazu Freitag oder Sonnabend vor.

Sie wissen jetzt, woran Sie sind, und können bestimmen. Am liebsten bleibe ich zu Haus, in dem Falle gebe ich Donnerstag das Manuscript als *Brief* zur Post, so daß es Freitags Abends 7 in Basel ankömmt. Secundo loco bin ich für Heidelberg, tertio für Basel – jedoch ist mir die Differenz zwischen diesen beiden letztern Örtlichkeiten nicht von dem Interesse als die zwischen der ersten und den beiden andern. Wenn ich nach Basel kommen soll, so werde ich Freitag hier um 8 Uhr Morgen abreisen und Abends 7 in Basel sein, wo unsere Conferenz, (deren Ort ich mir dann zu bestimmen bitte; ob bei Ihnen oder im Gasthof) unmittelbar hinterher Statt finden könnte.

Diesen Brief werden Sie Montag Abends spät oder Dienstag früh erhalten, Wenn Sie sofort antworten, trifft mich der Brief noch bis Donnerstag, sonst bitte ich, mich telegraphisch zu benachrichtigen.

Wenn das Manuscript keinen ganzen Bogen geben sollte oder mehr als einen solchen, so bitte ich mir den Rest des Satzes «in Fahnen» zuzustellen.

Mit ausgezeichnete Hochachtung                      Ihr ergebenster Dr. Jhering

3.

Hochverehrter Herr Rathsherr!

Gießen, 14. Oktober 1862

Soeben erhalte ich Ihre Depesche und werde mich in Folge derselben Freitag Abend in Basel einfinden.

Mit größter Hochachtung                      Ihr ergebenster Dr. Jhering

4.

Gießen, 31. Oktober 1862

*Jhering dankt für die Nachricht vom Prozeßgewinn und drückt seine Freude darüber aus.*

Hochverehrter Herr Rathsherr!

Ich wollte, Sie hätten den Jubel sehen können, der nach Eintreffen Ihrer Depesche vorgestern Abend in meinem Hause ertönte! Sie würden geglaubt haben, daß die Entscheidung einen wichtigen Proceß von mir selber betroffen hätte. Nicht bloß ich selber jubelte hoch auf, sondern kaum minder meine Frau und natürlich so auch, angesteckt durch unser Beispiel, die Kinder. Etwas wußten auch sie von der Sache, nicht bloß weil sie mich öfter mit meiner Frau von dem Proceß hatten sprechen hören, sondern auch, weil sie wußten, daß er der Grund meiner neulichen Reise war. Hätten mich nicht neueste Äußerungen von Baslern über das Bundesgericht stutzig gemacht, ich würde an dem siegreichen Ausgang des Processes nie gezweifelt haben, denn daß derselbe bei jedem unbefangenen Gericht nur zu Gunsten von Basel-Stadt ausfallen könne, davon war ich fest überzeugt. Aber jene Äußerungen hatten mich bedenklich gemacht, und ich war daher ängstlich gespannt, wie das Bundesgericht entscheiden würde, und öffnete mit zitternder Hand die Depesche. Vielen Dank, daß Sie mich sofort in Kenntniss gesetzt haben; ich glaube, in Basel befindet sich niemand, der einen lebhafteren Antheil an diesem Proceß genommen hat, als ich. Durch die fortgesetzte Beschäftigung mit einer Sache gewinnt man allmählich ein Interesse für sie, auch wenn sie dem eignen Interesse noch so fern liegt, und bei mir hat sich in dieses Interesse in der That auch jener Zug, dessen Sie in Ihrer Tischrede<sup>3</sup> gedachten, mein lebhaftes Rechtsgefühl, mit eingemischt. Ich hätte mir ein für Basel-Stadt ungünstiges Urtheil nur aus politischen Antipathien erklären können, und in meinen Augen würde damit das Bundesgericht über sich selbst den Stab gebrochen haben. Es freut mich namentlich auch dieses

<sup>3</sup> Zu Ehren Jherings gab Christ im Kleinbasler Gesellschaftshaus am 21. Okt. 1862 ein opulentes Diner, an dem zur Freude des bourgeois Genußmenschen Jhering Bordeaux und Champagner flossen; die Staatskasse legte dafür 395 Franken aus.

Gerichts wegen, daß es so erkannt hat; sein moralisches Ansehen ist dadurch in der Schweiz neu gefestigt; es hat, ganz wie Dernburg es wünschte (!), seinen Sinn für Recht und Wahrheit bestätigt, gezeigt, daß es sich von Vorurtheilen und Einflüssen, die der Sache des Rechts fremd sind, frei zu halten weiß.

Es würde mir ganz außerordentlich lieb sein, von Ihnen oder von Burckhardt-Fürstenberger etwas Näheres über Plädoyer, Abstimmung und den Eindruck, den das Urtheil in Basel-Land und anderwärts gemacht hat, zu vernehmen. Um Ihnen nicht mit dieser Bitte beschwerlich zu fallen, da Sie in letzter Zeit schon genug mit dem Proceß zu thun gehabt haben, so möchte ich Burckhardt-Fürstenberger als Strafe dafür, daß er zur Zeit meiner Anwesenheit in Basel verreist war, dictiren, mir einen ausführlichen Bericht über die Sache abzustatten.

Ihnen gegenüber will ich diese Gelegenheit zum Dank für die große Aufmerksamkeit und Freundlichkeit, die Sie mir bewiesen haben, benutzen; hätte ich sonst ein Andenken an Ihr vortreffliches Diner nöthig, so würde die Übersendung des Tafelaufsatzes<sup>4</sup>, womit meine Frau in höchst erfreulicher Weise überrascht wurde, mir dieselbe noch lange in Erinnerung halten!

Mit der Bitte, Burckhardt-Fürstenberger und den Dr. Bischoff bestens von mir zu grüßen, verharre ich als

Ihr ergebenster Dr. Jhering

P.S. Ich lege noch einige Zeilen an Herrn Reiter ein, was Sie entschuldigen werden.

5.

Gießen, 11. November 1862

*Jhering dankt für das Honorar.*

Hochverehrter Herr Rathsherr!

Nehmen Sie meinen besten Dank für den reichen Segen, der sich in Gestalt eines Wechsels von 500 Reichstalern in mein Haus ergossen hat! Ich werde meinen Theil der Summe in gutem Wein anlegen und letztern zu Ehren der Stadt Basel und zur Feier ihres Sieges consumiren. Wenn das Pulver, mit dem Sie die Landschaft beschossen haben, Ihnen etwas hoch zu stehen gekommen ist, so tröstet auch der Gedanke, daß es wenigstens nicht nutzlos verschossen ist.

Einer Quittung haben Sie nicht gedacht; auf alle Fälle füge ich auf dem zweiten Blatt dieses Bogens dieselbe bei. In der Hoffnung, unsere Bekanntschaft später fortzusetzen – und nicht bloß bei Gelegenheiten, wo es sich darum handelt, Angriffe auf die Rechtsordnung zurückzuschlagen – und der Bitte, die Einlage Ihrem Collegen Burckhardt-Fürstenberger zuzustellen, verharre ich

mit größter Hochachtung

Ihr ergebenster Dr. Jhering

*Beilage: Quittung*

<sup>4</sup> Basel schickte eine «Riesentorte mit den aus Dragées nachgebildeten Baseler Festungswerken», Joh. Biermann, R. v. Jhering, Briefe u. Erinnerungen, Berlin 1907, S. 81. – Der Tafelaufsatz muß ein davon verschiedenes, dauerhaftes Geschenk an Jherings Frau gewesen sein.

*III. Auszüge aus dem unveröffentlichten Gutachten  
Professor Hermann Fittings zum Basler Schanzenstreit  
vom 15. Oktober 1862*

*Im Juli 1862 war Ratsherr Christ durch Johannes Schnell und Ratsherrn Heusler darauf aufmerksam gemacht worden, Professor Fitting habe «manche gute und neue Gedanken» über den Schanzenstreit, und nach dem 23. September 1862 wurde dieser gebeten, seine Ansichten wenigstens im Sinne eines Gutachtens zum internen Gebrauch mitzuteilen, namentlich unter Bezugnahme auf Dernburgs Gutachten. Der eben nach Halle umgezogene Gelehrte brachte seine Gedanken zu Papier, während um ihn Handwerksleute aller Art wirtschafteten; am 15. Oktober konnte er sein Manuskript von dreißig Seiten nach Basel schicken. Von einer Redaktion könne unter solchen Umständen nicht die Rede sein, schrieb er dazu an Christ, doch glaube er, neue Gesichtspunkte beigebracht zu haben, so daß insbesondere der Vorbehalt des Spruchs von 1833 zugunsten der Landschaft nicht mehr als «rein willkürlich» erscheine, wie es in der Auslegung Jherings der Fall sei; mit Dernburg habe er über die Sache gesprochen. Der Anwalt der Stadt benützte Fittings Manuskript bei der Vorbereitung seines Plädoyers<sup>1</sup>.*

*Das Manuskript<sup>2</sup> weist zwar zahlreiche Streichungen auf, ist aber doch zu einem provisorischen Abschluß gebracht. Fittings gutachtliche Bemerkungen entsprechen materiell und in der Methode den gedruckten Gutachten. Wir bringen hier zwei Auszüge. Der erste ist ein gutes Beispiel für die Heranziehung des römisch-gemeinen Rechts in diesem Streit; dem Inhalt nach ist er gegenüber den früheren Gutachten neu.*

*1. Zur Auslegung des Vorbehalts in Dispositiv 3  
des Schiedsspruchs von 1833<sup>3</sup>:*

Fitting unterscheidet zwischen «wirklichem und nicht wirklichem Staatsgut» und sieht im «pecuniären Vorteil», den ersteres dem Staate gewähre, dessen Charakteristikum. Eine «pecuniäre Seite» könnten aber auch Gegenstände der zweiten Art haben und seien insofern im Teilungsinventar aufzuführen. Gerade das sei bei den Festungswerken 1833 geschehen, indem der damalige Ertrag geteilt und für die Zukunft ein Vorbehalt gemacht worden sei, denn die Möglichkeit einer Umwandlung in fiskalische Vermögensstücke habe damals schon nahe gelegen. Den damaligen «Geldwert der gedachten Chance in einer Summe anzuschlagen», sei im Schiedsspruch freilich nicht möglich gewesen, und deshalb sei der Vorbehalt des Dispositivs 3 gemacht worden.

<sup>1</sup> Christ beurteilte die Bemerkungen als «im Ganzen nicht erheblich», würdigte aber «einige gute Gedanken im Einzelnen» und honorierte Fitting mit 100 Talern (Fr. 374.-).

<sup>2</sup> StA Basel, Bau Z 34, Bd. IV, Nr. 54. Die Auszüge sind den Seiten 11 ff. und 29 ff. entnommen. Der Abdruck erfolgt wortgetreu; die Verweisungen modernisiert.

<sup>3</sup> Text des Dispositivs oben sub I 3.

«Bei diesem Verfahren und Raisonement hat dem Verfasser des Schiedsspruches ohne Zweifel die Analogie der Behandlung eines ganz verwandten Falles im römischen Rechte vorgeschwebt: Nach der *lex Falcidia* muß jedem Erben wenigstens ein Viertel vom Netto-Geldbetrage, den sein Erbteil *zur Zeit des Todes des Testators* darstellt, von Legaten frei gelassen werden. [...] Nun kann aber die Berechnung des Erbteils und die Frage, ob die Quart freigelassen ist, Schwierigkeit machen, wenn beim Tode des Testators bedingte Erbschaftsforderungen oder -Schulden vorhanden sind. Als Ausweg wird uns hier in den Quellen (D 35, 2, 73, 1) ein doppeltes angegeben: 1) Es kann jetzt schon ein *Hoffnungswert* in Anschlag gebracht werden; und dies erscheint wohl als das Correkteste, weil eben der Wert des Erbteils lediglich mit Rücksicht auf die *Todeszeit des Testators* zu Geld anzuschlagen ist.

2) Dieser Weg kann aber unter Umständen als unzweckmäßig oder als unausführbar erscheinen, und es kann daher auch ein zweiter Weg eingeschlagen werden, nämlich die Vermittlung von Cautionen. Es wird also z.B. die bedingte Erbschaftsforderung vorläufig *noch ganz außer Ansatz* gelassen, der Erbe aber leistet dem Legatar Sicherheit, daß er beim Eintritt der Bedingung diesem so viel nachzahlen wolle, als er *jetzt schon* mehr hätte entrichten müssen, wenn die Bedingung *jetzt schon* eingetreten gewesen wäre. Es werden m.a.W. (um mit den Ausdrücken unseres Urteils zu sprechen) auf den Fall des Eintritts der Bedingung hin dem Legatar ‚seine Rechte so, wie wenn dieselbe schon jetzt eingetreten wäre, vorbehalten‘.

Die vollkommene Analogie der beiden Fälle springt sofort in die Augen. Zum Behufe der Berechnung der quarta Falcidia war lediglich der Geldwert des Erbteils *zur Zeit des Todes des Erblassers* zu schätzen. Der Standpunkt bei dieser Schätzung war also rein der Gegenwart zu entnehmen, die Zukunft dabei an sich außer Acht zu lassen.

Vgl. z.B. K. L. Arndts s. v. *Legat*, in: *Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten*, hg. von Julius Weiske, Bd. 6 (1845), S. 313.

Demnach hielten es die Römer hiemit nicht für unverträglich, eine *bedingte Forderung vorerst ganz außer Acht zu lassen*, dafür aber auf den Fall des Eintritts der Bedingung sie *nach ihrem vollen Betrage* in Ansatz zu bringen.»

... «Ganz vom gleichen Gesichtspunkte ging nun auch der Verfasser des Schiedsspruches aus. Das Schiedsgericht hatte nur das wirkliche Staatsvermögen des frühern Kantons Basel, wie sich sein Betrag jetzt in der Gegenwart darstellte, unter die beiden Halbkantone zu teilen. Eigentlich und streng genommen hätte daher auch nur der *jetzige Hoffnungswert* der Chance der Schleifung der Festungswerke in Ansatz gebracht werden dürfen. [...] So wird nun der Gedankengang des Urteils vollkommen klar; es bleibt nirgends eine Inkonsequenz, Willkür oder Lücke. Es erklärt sich zugleich, wie das Urteil zwei scheinbar so disparate Dinge wie den Capitalbetrag der gewöhnlichen Nutzungen der Festungswerke und die Möglichkeit ihrer Verwandlung in wirkliches Staatsvermögen unmittelbar nebeneinander stellen konnte (Dernburg S. 22). Beides repräsen-

tiert nämlich jetzt schon eine pecuniäre Seite der Festungswerke, welche daher bei der Abteilung zu beachten ist. Endlich erhalten nun auch die vielbesprochenen Ausdrücke [...] in Dispositiv 3 «sei auf den Fall vorbehalten» ihren Sinn. Diese Ausdrücke besagen nämlich offenbar gar nichts weiteres, als daß statt Ansatz eines Hoffnungswertes der zweite Ausweg gewählt ist. [...] Von Miteigentum u. dgl. ist damit offenbar gar nichts gesagt, weder von einem gegenwärtigen noch von einem zukünftigen, und kann nichts gesagt sein, weil ja das Urteil überhaupt jedes Eigentum an den Festungswerken in Abrede stellt.»

## 2. *Schlußfolgerungen:*

«1.) Das Urteil nimmt an den Festungswerken kein Eigentum, sondern nur ein *reines Hoheitsrecht* des Staates an, und erklärt dieses Hoheitsrecht und damit die fernere ausschließliche Verfügung über die Festungswerke als von selbst an Basel-Stadt übergegangen, so daß die Festungswerke vom Teilungsinventar zu streichen seien. Daraus folgt von selbst, daß Basel-Landschaft niemals, weder vor noch nach der Schleifung und einerlei, was aus den Festungswerken nach der Schleifung gemacht wird, in irgendeiner *dinglichen* Beziehung zu den Festungswerken steht, also auch niemals gegen irgendeine Verfügung über dieselben oder über das Terrain, worauf sie gestanden, eine wirksame Einsprache erheben kann. In dieser Hinsicht hat Basel-Stadt *vor wie nach* dem Schleifungsbeschluß völlig freie Hand.

2.) Weil jedoch die nach manchen Erfahrungen der neueren Zeit nicht fern liegende Möglichkeit, daß die Festungswerke geschleift und dadurch ein Zuwachs des fiscalischen Staatsvermögens begründet werden könnte, an sich schon einen gewissen pecuniären Wert hatte, der jedenfalls dem wirklichen fiscalischen Vermögen des Kantons Basel beizuzählen und folglich bei der Teilung zu berücksichtigen war, so wurde dem Kanton Basel-Landschaft ein *obligatorischer* Anspruch für den Fall gegeben, daß später jene Möglichkeit sich verwirklichen sollte, und zwar ein Anspruch auf 64% von dem vollen Nettowert, der dann zufolge Schleifung der Festungswerke gewonnen werden würde.

3.) Bedingung dieses Anspruchs ist demnach, daß nicht nur durch die zuständige Behörde von Basel-Stadt die Schleifung der Festungswerke verfügt, sondern auch, daß infolge der Schleifung ein Zuwachs des fiscalischen Vermögens begründet wird. Deshalb ist die Bedingung nicht eingetreten,

a) wenn die Festungswerke gar nicht in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt werden,

b) wenn sie zwar in solche verwandelt werden, allein deren Geldwert den Betrag der Schleifungskosten nicht übersteigt.

4.) Ob Basel-Stadt das Festungsterrain in gewöhnliche Vermögensstücke oder in andere öffentliche Sachen, wie Straßen, Promenaden u. dgl., verwandeln will, hängt an sich ganz von seinem Willen ab, doch

muß es allerdings bona fide verfahren. Würde es also gewisse Teile der Festungswerke, ohne daß irgendwelche ernstliche öffentliche Interessen dafür sprächen, *blos deshalb* nicht zu gewöhnlichen Vermögensstücken machen, *um den Anspruch von Basel-Landschaft zu frustrieren*, so würde dieser nichts destoweniger in Wirksamkeit treten, und sein Umfang wäre nach dem Betrage des wirklichen reinen Staatsvermögens zu bestimmen, das sich durch Verwandlung jenes Festungsterrains in gewöhnliche Vermögensstücke hätte gewinnen lassen.

5.) Wenn Basel-Stadt gewisse oder alle Teile des Festungsterrains bona fide in Straßen, Promenaden u. dgl. verwandelt, so wird dadurch der Anspruch von Basel-Landschaft bezüglich dieser Teile nicht aufgehoben, sondern er dauert fort und tritt in Wirksamkeit, sobald Basel-Stadt späterhin aus diesen Straßen gewöhnliche Vermögensstücke machen und dadurch den Betrag seines fiscalischen Vermögens vermehren sollte. Die Schleifungskosten dürfte es jedoch auch hier später stets noch in Rechnung bringen, natürlich aber ohne Berechnung von Zinsen.»