

Zeitschrift:	Jahrbuch für Solothurnische Geschichte
Herausgeber:	Historischer Verein des Kantons Solothurn
Band:	97 (2024)
Artikel:	Die Rechtsstreitigkeiten um Holbeins Solothurner Madonna : Versuch einer kritischen Rekonstruktion nach 150 Jahren
Autor:	Wild, Gregor
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-1065775

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. 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. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

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. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

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. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 12.01.2026

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

Die Rechtsstreitigkeiten um Holbeins Solothurner Madonna

Versuch einer kritischen Rekonstruktion nach 150 Jahren

Gregor Wild

¹ Einleitung

Das im Jahr 1522 im Auftrag des Basler Stadtschreibers Johannes Gerster und seiner Frau Barbara geschaffene Madonnenbild von *Hans Holbein dem Jüngeren* (1497/1498–1543) hat seinen heutigen Platz im Solothurner Kunstmuseum. Abgesehen von seiner herausragenden künstlerischen Bedeutung¹, dürfte das Kunstwerk auch der grösste Wertgegenstand des Finanzvermögens der Stadt Solothurn sein². Wie wir wissen, ist das Gemälde auf teils unbekannten, teils verschlungenen, ja zweifelhaften Wegen in die Hände der Einwohnergemeinde als heutiger Trägerin des Museums gelangt. Von den 500 Jahren seiner bewegten Geschichte liegt die längste Zeit im Dunkeln. Bereits wenige Jahre nach seiner Entstehung verliert sich die Spur der Holbein'schen «Sacra Conversazione» in den Wirren des Basler Bildersturms im Frühjahr 1528³. Diese Spur lässt sich, von ungesicherten Lokalisierungen abgesehen⁴, erst wieder mit dem Fund in Grenchen im Herbst 1864 aufnehmen.

¹ Grundlegend Bätschmann/Griener und Sander.

² Die Darmstädter Madonna, das neben der Solothurner Madonna zweite grosse erhaltene Madonnenbildnis Holbeins, gilt als das teuerste je in Deutschland gehandelte Gemälde. Es soll 2011 für über 50 Millionen Euro die Hand gewechselt haben, wobei es in der Fachwelt als durchaus realistisch galt, dass das Getty Center in Los Angeles mehr als hundert Millionen Dollar dafür investiert hätte (Rose-Maria Gropp, Deutschlands teuerstes Kunstwerk, www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunst-und-architektur/holbein-madonna-deutschlands-teuerstes-kunstwerk-12823.html#:~:text=Nach%20Informationen%20der%20Frankfurter%20Allgemeinen,Die%20Holbein-Madonna%20ist%20verkauft, abgerufen am 29. Juli 2024). Zum Vergleich: Das Finanzvermögen der Einwohnergemeinde Solothurn lag per Ende 2021 bei knapp 107 Mio. Franken (Rechnungen und Verwaltungsbericht der Stadt Solothurn 2021, 38).

³ Zum Ganzen und weiterführend Bätschmann/Griener, 126 ff.; von Greyerz, 74.

⁴ Vignau-Wilberg, 32. Die lange als gesichert geltende, auf einer Reiseskizze des Zürcher Malers Conrad Meyer von 1638 basierende Annahme, das Bild habe im 17. Jahrhundert in der St. Ursenkirche in Solothurn gehangen (Kaufmann, 71), wird von Bätschmann/Griener, 129 f., angezweifelt.

Hängt die «Solothurner Madonna» heute aber tatsächlich dort, wo sie auch «hingehört»?⁵ Die Kriterien, mit welchen man die Beantwortung dieser Frage angeht, entsprechen den unterschiedlichen Zielsetzungen und Ansprüchen kunsthistorischer und juristischer Provenienzforschung. Die Folgerungen, welche für die Eigentumszuordnung eines Kunstwerkes gezogen werden, können aus kunsthistorischer, kuratorischer oder juristischer Perspektive unterschiedlich ausfallen.

Insoweit die Abfolge der tatsächlichen Inhaberschaft eines Objekts (Besitz), unbesehen der Frage nach einem daran bestehenden Rechtstitel (Eigentum), geklärt werden soll, ist Provenienzforschung Teildisziplin der Geschichte bzw. der Kunstgeschichte. Sie wird dort zur *Rechtsgeschichte*, wo Fragen der rechtlichen Anspruchsgrundlagen und Rechtstitel an diesen Kunstobjekten auf der Grundlage des anwendbaren Rechts zu klären sind oder zu klären waren. Sodann und über die historischen Befunde hinausgehend, wird die Übertragungskette («chain of title») Gegenstand der *Rechtswissenschaft* und allenfalls auch der *Judikatur* – dort nämlich, wo die Aufbereitung dieser Erwerbsgeschichte in die Beurteilung konkret erhobener Rechtsansprüche vor den Gerichten mündet. Dieses Zusammenspiel von historischen und juristischen Teildisziplinen findet in den Debatten um Raub- und Kolonialkunst ihre aktuelle Veranschaulichung.

Die vorliegende rechtshistorische Untersuchung richtet ihren Blick auf die Frage, ob die Inhaberschaft an der Solothurner Madonna nach dem anwendbaren Recht mit einem gültigen Rechtsgrund (*iustus titulus*) erlangt wurde: Wie steht bzw. stand es um die Rechtmässigkeit des Eigentumserwerbs am Heiligenbild durch die Stadt Solothurn bzw. ihrer Rechtsvorgänger?

Formal lässt sich diese Frage ebenso rasch wie einfach beantworten: *Die Einwohnergemeinde hat das Bild von einem Rechtsvorgänger, dem Kunstverein, erworben, dem das Eigentum mit rechtskräftigem und letztinstanzlichem⁶ Urteil zugesprochen wurde.* Und dies gleich vorweg: 150 Jahre später gibt es weder Anlass noch Grundlagen, dieses Verfahren neu aufzurollen. Soweit die einfache und für einige Stellen hoffentlich auch beruhigende Antwort. Wie aber ist das abschliessende Urteil des Obergerichts vom 15. November 1873 juristisch zu bewerten und einzuordnen? Überzeugt das Judiz aus damaliger und aus heutiger Sicht? Die Antworten darauf wurzeln gleichermassen im

5 So Ochsenbein, 102; vgl. auch Huggel, 310, wonach das Bild beim Solothurner Kunstverein «sicher am richtigen Ort» war.

6 Das Bundesgericht wurde erst mit der revidierten Bundesverfassung von 1874 instituiert, so dass das Urteil des Solothurner Obergerichts vom 15. November 1873 nicht angefochten werden konnte.



Das im Jahr 1522 im Auftrag des Basler Stadtschreibers Johannes Gerster und seiner Frau Barbara geschaffene Madonnenbild von Hans Holbein dem Jüngeren (1497/1498–1543). Kunstmuseum Solothurn, Fotografie: David Aebi.

Sachverhalt (Tatfragen) wie im anzuwendenden Recht (Rechtsfragen), wobei Untersuchung und Aufbereitung des tatsächlich Geschehenen Aufgabe der Geschichtswissenschaft ist. Für den vorliegenden Versuch einer kritischen *rechtshistorischen Rekonstruktion* und Prüfung der Rechtsfragen mögen wir uns mit der formellen Wahrheit begnügen, also mit den Tatsachen, wie sie zwischen den damaligen Parteien unbestritten waren und vom Obergericht dem Urteil zu Grunde gelegt wurden.⁷

2 Fund- und Veräusserungsgeschichte

Was ist geschehen? Das Bild trat aus dem Dunkel seiner über dreihundertjährigen Geschichte, als Franz Anton Zetter (1809–1876) in Begleitung seines Schülers Constantin von Arx am 17. September 1864 in der Kapelle Allerheiligen oberhalb Grenchen anlässlich einer Begehung das Bild, welches als Gerüstladen gedient haben soll, aussonderte und zunächst hinter dem Hauptaltar an einer gesicherten Stelle verwahrte.⁸ Die Kapelle Allerheiligen, wie es sie heute noch gibt, gehörte zu einer 1689 gegründeten Stiftung.⁹ Das Gebäude kam später in das Eigentum der Einheitsgemeinde Grenchen, die zu dieser Zeit auch das Kirchengut verwaltete.¹⁰ Es darf angenommen werden – jedenfalls war dies im Solothurner Eigentumsprozess nicht strittig –, dass Holbeins Heiligenbild vor den hier interessierenden Vorgängen im Herbst 1864 im Eigentum der Gemeinde Grenchen stand.

Bereits drei Tage später, am 20. September 1864, hat sich Franz Anton Zetter bei der Baukommission Grenchen um die Renovationsarbeiten an der sanierungsbedürftigen Kapelle beworben. Es ist zu vermuten, dass die Begehung der Kapelle im Vorfeld dieser Ausschreibung erfolgt ist. Als Bezahlung schlug Zetter vor, dass man ihm in Abgeltung seiner Arbeit das Madonnenbild und drei weitere Werke aus der Kapelle zu Eigentum überlasse.¹¹ Eine Woche später, am 27. September 1864, erhielt der Sigrist der Kapelle, Jakob Schilt, von Alt-Oberrichter Josef Gast als Mitglied der Grenchner Baukommission die schriftliche Weisung, Zetter die von ihm ausgewählten Bilder an Zahlungstatt zu übergeben. Josef Gast selber brachte an einer Gemeinderatssitzung

⁷ Als Beispiel hierfür lässt sich etwa das bei Bätschmann/Griener (173 ff.) transkribiert wiedergegebene Gutachten nennen, welches die Experten Rothpletz und Bühler zu Handen des Amtsgerichts verfasst haben.

⁸ Die Vorkommnisse in der Allerheiligen-Kapelle schildert 1880 Zetters Lehrling und Augenzeuge Constantin von Arx, Solothurner Tagblatt, Nr. 51 und Nr. 53 vom 1. März und 7. März 1913.

⁹ Blank, 5 f.; Strub, 702.

¹⁰ Studer, FG Obrecht, 59.

¹¹ Wälchli, 111.

die Frage auf, ob Zetter der Auftrag gegen die Übertragung der Bilder erteilt werden solle. Das Geschäft soll, so die Quellen, vertagt, später jedoch nicht wieder aufgegriffen worden sein.¹² Ein Täuschungsmanöver Zetters zu diesem frühen Zeitpunkt ist zwar nicht ganz auszuschliessen, aber eher unwahrscheinlich, da das Bild noch nicht als ein Werk Holbeins identifiziert war.¹³ Der Gemeinde Grenchen, handelnd durch den Verwalter Gast, wird man einzig den Vorwurf machen können, ohne Bezug eines Sachverständigen eine solche Vereinbarung mit Zetter abgeschlossen zu haben.¹⁴

Franz Anton Zetter zog seinen Freund, den Kunstmaler Frank Buchser, bei, mit dem er anfangs Oktober 1864 die in der Kapelle gefundenen Werke begutachtete. Wie man liest, habe letzterer mit befeuchteter Fingerkuppe die in der unteren rechten Ecke befindliche Signatur «H H 1522» freigelegt:



Ob es nun Zetter oder Buchser war, welcher das Gemälde als ein Werk Holbeins identifiziert hat, bleibt ungesichert,¹⁵ zumal die Echtheit noch während längerer Zeit nicht wissenschaftlich erstellt war. Jedenfalls brachten die beiden Freunde das Werk umgehend nach Solothurn. Für seine (Mit-)Entdeckung hat sich Buchser von Zetter das Miteigentum am Bild ausbedungen.¹⁶

Im Rahmen einer von Zetter erbetenen Expertise betrachtete zunächst der Kantonsschullehrer Gaudenz Taverna das Bild als «ächtes Holbeingemälde».¹⁷ Dass nun Frank Buchser bereits am 5. Oktober 1864 das Bild dem Präsidenten des Kunstvereins Basel brieflich für 20'000 Franken zum Erwerb antrug, lässt kaum daran zweifeln, dass zumindest Buchser ab diesem Zeit-

¹² Studer, FG Obrecht, 61.

¹³ Wälchli, 111.

¹⁴ Von Arx, Solothurner Tagblatt, Nr. 51 und Nr. 53 vom 1. März und 7. März 1913.

¹⁵ Gegenüber dem Bericht des bei der Inspektion anwesenden Constantin von Arx, wonach Buchser die Echtheit bezweifelte, während es Zetter «bestimmt mit einem ächten Holbein» zu tun haben wollte, ist Skepsis angebracht. Von Arx war gegenüber seinem ehemaligem Lehrmeister Zetter möglicherweise zu Gefälligkeiten geneigt (Wälchli, 112). Aus ähnlichem Grund sind im Zusammenhang mit der Sachverhaltsschilderung auch die Ausführungen von Zetter-Collin (Denkschrift, 121 ff.) mit Vorsicht zu geniessen, die *ad maiorem gloriam patris* die Entdeckung ausschliesslich seinem Vater zuschreiben (Wälchli, 111).

¹⁶ Wälchli, 112.

¹⁷ Wälchli, 119.

punkt Bedenken hegte, die Stadt Grenchen würde früher oder später die wahre Identität des Gemäldes erkennen und auf ihre leichtfertige Veräusserung zurückkommen.¹⁸ Anfang November 1865 wurde das Gemälde, ganz in Watte eingehüllt, nach Augsburg zum bekannten Restaurator Andreas Eigner gesendet, wo es während knapp zwei Jahren restauriert wurde, um am 20. Oktober 1867 nach Solothurn zurückzukehren.¹⁹ Zetter und Buchser waren sich hinsichtlich des Restaurierungsauftrags nicht einig: Während Buchser das Bild im vorgefundenen Zustand an einer Kunstauktion in Paris veräussern wollte, übernahm Zetter die Kosten für die Restauration und arrangierte die aufwändigen Arbeiten mit Eigner.²⁰

Bevor er am 17. April 1866 nach Amerika abreiste, übertrug Frank Buchser seinen hälftigen Miteigentumsanteil am Werk mit notarieller Beurkundung seinem Bruder Josef Buchser. Letzterer übertrug diesen Anteil gegen eine reduzierte Zahlung von 3'200 Franken²¹ am 6. September 1867 dem Kunstverein Solothurn.²² Der andere hälftige Miteigentumsanteil verblieb zunächst bei Zetter.

Nachdem die Gemeinde Grenchen, welche unterdessen von der möglichen Bedeutsamkeit des Fundes Ahnung gewonnen hatte, wiederholt und vergeblich von Zetter die Herausgabe des Bildes verlangt hatte, übertrug Zetter seinerseits am 9. Oktober 1869 seinen eigenen Miteigentumsanteil am Werk dem Solothurner Kunstverein. Dies gegen das vertragliche Versprechen, die Restaurationsauslagen zurückzuerstatten, sowie unter der ausdrücklichen Bedingung, «dem Bilde den Namen des Entdeckers und Retters beizulegen». Am 29. Oktober 1869 erhob die Einwohnergemeinde Grenchen, vertreten durch Fürsprech Adam Stuber, beim Amtsgericht Solothurn-Lebern Klage gegen Franz Anton Zetter auf Herausgabe des Bildes oder Ersatzzahlung von 30'000 Franken. Die Übertragungskette lässt sich zusammenfassend wie folgt veranschaulichen:

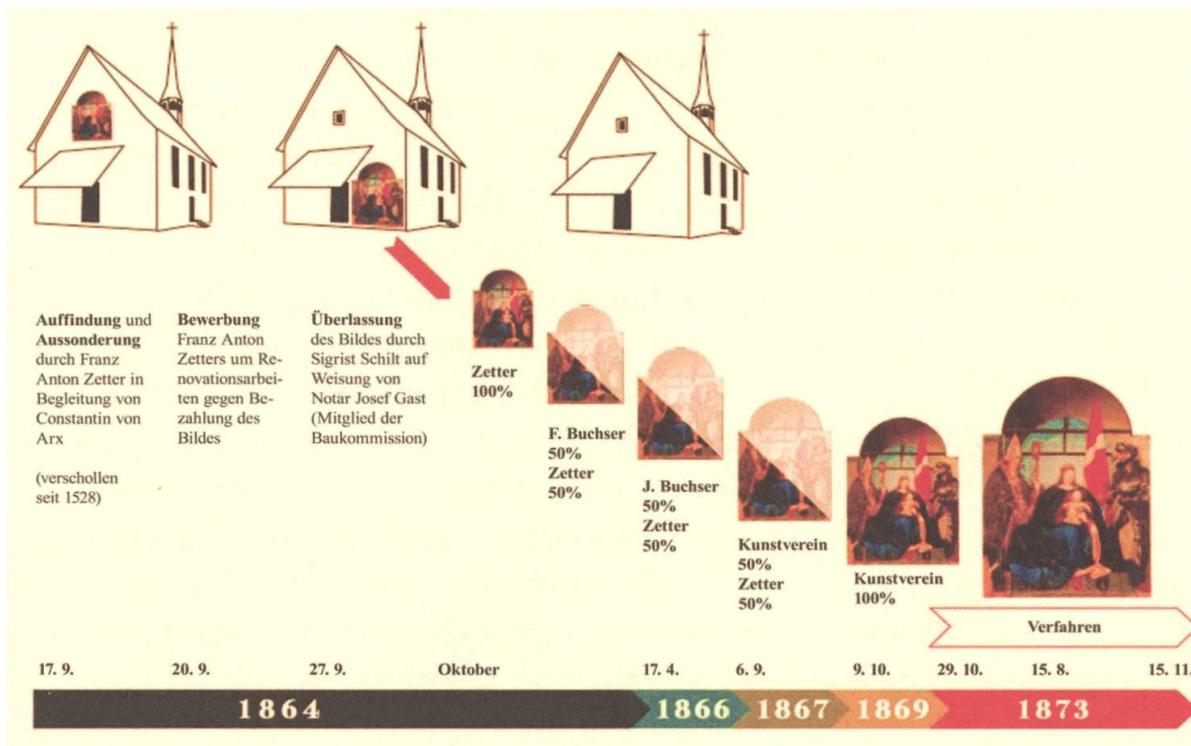
¹⁸ Abgedruckt bei Wälchli, 112 (siehe dazu Epilog III., unten).

¹⁹ Zetter-Collin, Denkschrift, 126, 133.

²⁰ Zetter-Collin, Denkschrift, 125.

²¹ Bätschmann/Griener, 132.

²² Wälchli, 114. Bedenkt man, dass das Bild zu dieser Zeit in Augsburg war, konnte eine Übertragung des Miteigentumsanteils nur gültig sein, wenn die Brüder Buchser und der Kunstverein während dieser Zeit weiterhin als Besitzer des Bildes galten. Dies dürfte der Fall sein: Andreas Eigner war während der Zeit seiner Restaurierungsarbeiten Besitzesdiener, der die Weisungen der Besitzer und Eigentümer zu befolgen hatte (Stark/Lindenmann, N 34 zu Art. 919 ZGB m.w.N.).



Grafik: Jürg Orfei.

3 Verfahrensleitende Teilentscheide

Die erste Verfahrensrunde, welche bereits vom Amtsgericht bis an das Obergericht führte, betraf Fragen der Streitverkündung und der Nebenintervention: Der Beklagte Franz Anton Zetter rief Drittpersonen ins Recht, welche am Ausgang des Verfahrens ein mittelbares Interesse hatten, insbesondere Personen, gegen die er im Falle des Unterliegens ein Rückgriffsrecht zu haben glaubte (*Streitverkündung*). Es waren aus diesem Grunde und aus Sicht Zetters Alt-Oberrichter Gast und Sigrist Schilt vor Gericht zu laden. Würde Zetter nämlich den Prozess verlieren und ihm das Eigentum am Bild abgesprochen, so wollte er sich doch an denjenigen schadlos halten, die ihm das Bild mit einem Rechtsmangel (*Irrtum*) verschafft hatten²³.

In Bezug auf Frank Buchser und den Kunstverein Solothurn war die Interessenlage insoweit anders, als im Prozess nicht Regressansprüche ihnen gegenüber zu sichern waren, sondern diese selber und unmittelbarer am Ausgang des Verfahrens interessiert waren: Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde, konnte – damals wie heute – im Prozess als Nebenpartei

²³ Ochsenbein, 74.

intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen (*Nebenintervention*). Nachdem von den Drittpersonen einzig der Kunstverein Solothurn dem Prozess beitrat und diese erste prozessualen Vorfragen entschieden waren, wurde das Verfahren im Sommer 1870 weitergeführt.

In der zweiten Verfahrensrunde war der Einwand des Beklagten Zetter zu behandeln, dass nicht *er* zu beklagen sei (*fehlende Passivlegitimation*), sondern sich die Klage gegen den Kunstverein Solothurn zu richten habe. Auf diesen seien bereits vor Klageerhebung der Besitz und die beiden Miteigentumsanteile am Bild übergegangen. Auch hier prüfte und schützte das Obergericht den Entscheid des Amtsgerichts: Die Frage, gegen wen sich die Klage zu richten habe, sei keine prozessuale Vorfrage, sondern die materielle Hauptfrage, welche auf die Klärung des Eigentums des Holbein'schen Bildes ziele.²⁴

Nach der Klärung der Vorfragen war das Terrain für den materiellen Entscheid bereitet, so dass sich das Gericht dem Kern der rechtlichen Auseinandersetzung annehmen konnte: *War die Übertragung des Holbein'schen Gemäldes rechtmässig erfolgt und in wessen Eigentum stand folglich das Bild?*

4 Endentscheid des Obergerichts

Das Amtsgericht entschied, dass das Gemälde von der Gemeinde Grenchen gültig auf Zetter übertragen worden sei und demnach auch rechtmässig im Eigentum des Kunstvereins als Rechtsnachfolger von Zetter stehe. Dieser Entscheid wurde nach dem Instanzenzug der Klägerin vom Solothurner Obergericht mit sechsseitigem Urteil vom Samstag, 15. November 1873, bestätigt.

Zunächst wurde das klägerische Argument verworfen, Notar Josef Gast sei für die Übertragung des Bildes im Namen der Einwohnergemeinde Grenchen nicht bevollmächtigt gewesen. Wenn auch eine spezielle Bevollmächtigung von Gast für den Abschluss des Vertrags mit Zetter nicht nachgewiesen sei (Frage der *Vertretungsmacht*), könne doch nicht bestritten werden, dass Gast gegenüber Zetter als Vertreter der Gemeinde aufgetreten und als solcher ihm das streitige Bild verabfolgt habe. Das Obergericht hielt daher § 745 des Solothurnischen Civilgesetzbuches (CGB) für anwendbar: Danach erhielt der Übernehmer durch die Übergabe der betreffenden Sache auch dann das Eigentum, wenn der Übergeber an derselben kein Recht gehabt hatte. Von dieser Regel waren nach § 746 nur entwendete oder gefundene Sachen ausgenommen (*Erwerb vom Nichtberechtigten*).

²⁴ Ochsenbein, 76.

Zudem sei zu berücksichtigen, so das Obergericht, dass die Gemeinde Grenchen Vertretungshandlungen von Notar Gast dadurch genehmigt habe, dass sie die von den Herren Zetter und Buchser in der Kirche Allerheiligen ausgeführten Arbeiten akzeptiert habe (konkludente *Genehmigung der Vertretungshandlung*). Weiter habe die Gemeinde fünf Jahre lang zugewartet, bis sie gegen die Veräusserung des streitigen Bildes Einsprache erhob, obwohl sie, wie aus den Akten klar hervorgehe, von dem Geschehen von Anfang an Kenntnis hatte (*Verwirkung der Anspruchserhebung durch langes Zuwarten*).

Schliesslich verwarf das Obergericht auch den klägerischen Kerneinwand, der zwischen Gast und Zetter abgeschlossene Vertrag sei ungültig, da sich Notar Gast in einem Irrtum im Sinne von § 1023 CGB befunden habe: Wohl sei für Gast der Wert des streitigen Bildes, als Originalwerk von Hans Holbein dem Jüngeren, nicht erkennbar gewesen (*Zurechnung des Irrtums des Vertreters*). Aber auch wenn Gast die Originalität des Bildes nicht bekannt gewesen sei, könne dieser Umstand nicht als ein den Vertrag auflösender (wesentlicher) Irrtum angesehen werden. Dies deshalb nicht, weil der Wert des Bildes in demjenigen Zustande, in dem es übergeben worden, mit den Gegenleistungen von Zetter und Buchser in keinen erheblichen Missverhältnissen gestanden habe (*unwesentlicher Irrtum*). Basierend auf der Auffassung der Gutachter habe das streitige Bild im Urteilszeitpunkt nur deshalb einen so hohen Wert, weil dieses eine mit grossem Risiko und bedeutenden Kosten verbundene Restauration erhalten habe.

5 Versuch einer kritischen Beurteilung

5.1 Überblick über die sich stellenden Rechtsfragen

Soweit ersichtlich, wurde das obergerichtliche Urteil noch nie einer vertieften juristischen Nachprüfung unterzogen. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass man nicht alte Wunden, welche die Auseinandersetzung geschlagen hatte, wieder aufreissen wollte. Durch die zeitbedingte Historisierung der Vorgänge besteht kaum mehr Grund für diesbezügliche Zurückhaltung. Die bislang einzige rechtswissenschaftliche Untersuchung ist weitgehend deskriptiv, äussert am Schluss aber doch auch Zweifel an der Richtigkeit des Judizes.²⁵ Es sei im Folgenden versucht, die Rechtsfragen, welche sich den Solothurner Gerichten gestellt haben bzw. gestellt haben müssten, darzu-

²⁵ Studer, FG Obrecht, 66: «Man mag heute rückblickend etwelche Zweifel an der Richtigkeit der Argumente des Obergerichts hegen».

legen und, sofern möglich, zu beantworten. Dabei ist auf *sieben Teilfragen* einzugehen, welche aus heutiger Sicht für den Ausgang des Verfahrens als ausschlaggebend erscheinen:

1. *Frage der Passivlegitimation*: War die Klage auf Herausgabe des Bildes gegen Franz Anton Zetter oder gegen den Kunstverein zu richten?
2. *Frage der fehlenden Vertretungsmacht*: Hat fehlende Vertretungsmacht von Notar Gast dazu geführt, dass das Bild nicht rechtsgültig an Zetter übertragen worden war?
3. *Frage der Genehmigung der mangelhaften Vertretung*: Kam die Entgegennahme der Restaurationsarbeiten von Zetter durch die Einwohnergemeinde einer nachträglichen Genehmigung der fehlenden Vertretungsmacht von Notar Gast gleich?
4. *Frage des Willensmangels beim Vertragsabschluss*: Unterlag Notar Gast bei der Veräußerung des Bildes einem wesentlichen Irrtum?
5. *Frage der Zurechnung des Irrtums des Vertreters*: Wem wäre, angenommen ein Irrtum von Notar Gast wäre zu bejahen, dieser Irrtum zuzurechnen gewesen – ihm selbst oder der Gemeinde Grenchen?
6. *Frage des Ausschlusses des Irrtumstatbestands wegen fehlendem Minderwert des Bildes*: Schloss der Umstand, dass sich Notar Gast wohl betreffend die Autorschaft des Bildes, nicht aber betreffend dessen Wert geirrt hat, eine Irrtumsanfechtung aus?
7. *Frage der Verwirkung der Irrtumsanfechtung*: Wurde die Irrtumsanfechtung durch die Einwohnergemeinde zu spät geltend gemacht?

5.2 Vorbemerkung: Die Schwierigkeiten einer kritischen Beurteilung des Entscheids von 1873 aus heutiger Sicht

Stellen wir uns im Rahmen eines rechtshistorischen Rekonstruktionsversuchs den aufgeworfenen Fragen, ist vorab eine Schwierigkeit, vor der das Untergang steht, anzusprechen: Das Solothurner Urteil erging unter einem Recht, welches seit über einem Jahrhundert nicht mehr in Kraft steht: Der Rechtsstreit, der sich von 1868 bis 1873 zugetragen hatte, wurde unter dem damals geltenden kantonalen *Solothurnischen Civilgesetzbuch* (CBG) ausgetragen.

Dazu das Folgende: Das Obligationenrecht (Schuldrecht) wurde bekanntlich erst 1883 auf eidgenössischer Ebene vereinheitlicht und später durch eine teilrevidierte Version abgelöst, die zusammen mit dem vereinheitlichten Zi-

vilrecht mit dem neu geschaffenen Zivilgesetzbuch (ZGB) 1912 in Kraft trat. Bis zu diesem Zeitpunkt war insbesondere auch das Vermögensrecht (Schuld- und Sachenrecht) kantonalrechtlich geregelt. Das Solothurner CGB, redigiert von Johann Baptist Reinert (1790–1853), gehörte zur sogenannten Berner Gruppe der kantonalen Kodifikationen, welche massgeblich vom österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (AGBG) beeinflusst war.²⁶

Die Auslegung des damals geltenden CGB kämpft mit der zusätzlichen Schwierigkeit, dass die Gesetzesmaterialien nicht mehr auffindbar sind: Reinerts in Sammelmappen zusammengelegte Notizen, Kommentare, Entwürfe, Anträge und Korrespondenzen sind verschollen.²⁷ Angesichts eines seit über hundert Jahren nicht mehr in Kraft stehenden Gesetzes und nicht greifbarer Gesetzesmaterialien sowie aufgrund des Umstands, dass im Entscheid des Obergerichts weder Rechtsprechung noch Lehre zitiert werden, bleibt 150 Jahre später kaum anderes übrig, als den Rekonstruktionsversuch mit Bezug auf geltendes Obligationen- und Sachenrecht, zu römischrechtlichen Prinzipien (*ius commune*) und zum AGBG zu setzen. Auch wenn Reinert den Gesetzestext nicht unmittelbar vom Original des AGBG, sondern vom Berner CGB übernommen hat, mag ein Seitenblick auf das AGBG für die Auslegung des Solothurner Privatrechts sinnvoll sein, zumal letzteres ja bis heute in Kraft steht.

6 Die sich stellenden Rechtsfragen im Einzelnen

6.1 War die Klage auf Herausgabe des Eigentums gegen Franz Anton Zetter oder gegen den Kunstverein zu richten (Passivlegitimation)?

Die Frage, gegen wen sich in einer Eigentumsstreitigkeit die Klage auf Herausgabe der Sache (*rei vindicatio*) richten muss, ist auch nach heutiger Auffassung materiellrechtlicher Natur:²⁸ Es handelt sich in einem solchen Verfahren um die Hauptfrage, welche nach materiellem Zivilrecht zu beurteilen ist und nicht um eine zivilprozessuale, also formellrechtliche Vorfrage. Eine der Konsequenzen liegt darin, dass die Klage bei mangelnder Passivlegitimation abgewiesen und u.U. rechtskräftig beurteilt wird (*res iudicata*), wogegen die Verneinung der Passivlegitimation als prozessualer Vorfrage zu einem Nichteintretentsentscheid und zur Offenlassung der materiellen Frage geführt

²⁶ Elsener, SPR, 99.

²⁷ Elsener, SPR, 99, Fn. 16; Walliser, 213 ff.

²⁸ Statt vieler Leuenberger/Uffer-Tobler, N 5.24.

hätte. Sie hätte dann immerhin im Rahmen eines neuen Prozesses erneut beurteilt werden können.

Indessen richtet sich die Vindikationsklage gestützt auf (besseres) Eigentum damals wie heute nicht gegen jeden anderen, welcher seinerseits eine Eigentümerstellung geltend macht, sondern nur *gegen jenen, der dem Eigentümer die Sache vorenhält*.

Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen jener von Art. 641 Abs. 2 ZGB: «Er (der Eigentümer) hat das Recht, sie (die Sache) von jedem, der sie ihm vorenhält, herauszuverlangen». Der Herausgabeanspruch musste sich also damals wie heute gegen den *Besitzer* der Sache richten.²⁹ Als massgebend für die Frage der Passivlegitimation qua Besitz gilt der Zeitpunkt der Klageanhebung.³⁰

In unserem Fall hätte die Einwendung Zetters, wenn nicht die vertragsrechtliche Irrtumsanfechtungsklage so aber die sachenrechtliche Herausgabeklage habe sich nicht gegen ihn, sondern gegen den Solothurner Kunstverein zu richten, im Lichte der Chronologie durchaus verfangen können. Das Obergericht führte aus, «dass also zur Zeit der Anhebung des vorliegenden Prozesses d. 29 Oktober 1869 das streitige Bild vollständig an den Kunstverein übergegangen war».

Ist also der Eigentumsübergang an die *Besitzesübereignung* geknüpft, ist es wenig zweifelhaft, dass der Kunstverein zum Zeitpunkt der Klageanhebung Besitzer des Bildes war. Trifft dies zu, hätte sich die Vindikationsklage nach § 706 CGB gegen den Verein und nur gegen diesen richten müssen. Dessen absehbare Einrede, wonach er auf Grund eines gültigen Rechtstitels Eigentümer geworden und daher infolge besseren Rechts nicht zur Herausgabe verpflichtet sei, wäre demnach im Eigentumsprozess einredeweise als Teil- bzw. Vorfrage zu beurteilen gewesen.

Die Frage der Passivlegitimation hat sich im Solothurner Gerichtsverfahren aber insoweit erledigt, als der Kunstverein, wie bemerkt, als Nebenintervent dem Prozess auf der Beklagtenseite beigetreten ist, dies vom Gericht akzeptiert wurde und sich das Urteil folglich gegen beide beklagtischen Parteien richtete.³¹

²⁹ Meier-Hayoz, N 42 zu Art. 641; «Der Besitz des Beklagten war zu allen Zeiten – von der altrömischen bis zur justinianischen Zeit – Voraussetzung seiner Passivlegitimation» (Kaser/Knütel/Lohsse, 211). Immerhin wurde dieses Erfordernis in der römischrechtlichen Klassik (die ersten beiden Jahrhunderte n. Chr.) gelockert und die Passivlegitimation auf jenen erweitert, der vor Prozessbegründung besessen und den Besitz arglistig aufgegeben hat (qui dolo malo desit possidere) (Kaser/Knütel/Lohsse, a.a.O.).

³⁰ AppH BE, ZBJV 1918, 231 f.

³¹ Als Vorgehensalternative (1) wäre zunächst denkbar, dass die Gemeinde Grenchen die Irrtumsklage, mit welcher sie den Vertrag zwischen ihr und Zetter anfocht, ausschliesslich gegen letzteren gerichtet hätte,

6.2 Hat die fehlende Vertretungsmacht von Notar Gast dazu geführt, dass das Bild nicht rechtsgültig an Zetter übertragen worden war (fehlende Vertretungsmacht)?

Nach § 1293 CGB wurden durch Handlungen des Bevollmächtigten zwischen dem Vollmachtgeber und dritten Personen unmittelbar Rechte und Verbindlichkeiten begründet, sofern der Bevollmächtigte denjenigen Personen, mit denen er in Verkehr trat, anzeigte, in wessen Namen er handelte und innert den Grenzen seiner Vollmacht blieb. Wir dürfen annehmen, dass diese Regelung auch dort galt, wo, wie im Madonna-Fall, der Vertreter (Gast) eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (Gemeinde) im Rahmen eines privatrechtlichen Geschäfts vertrat. Es ist offensichtlich und war, soweit wir sehen, im Solothurner Rechtsstreit auch nicht umstritten, dass Notar Gast nicht in eigenem Namen, sondern *im Namen der Gemeinde Grenchen*, als ihr Vertreter also, gehandelt hat.³² Seine Rechtshandlung war nicht ihm, sondern der Gemeinde zuzurechnen. Selbst wenn man die (wenig plausible) Auffassung vertreten wollte, dass das Geschäft über das wertvolle Bild und die Rechtshandlung von Notar Gast dem öffentlichen Recht unterstanden, so wäre zumindest (auch) nach heutigem Verständnis das privatrechtliche Stellvertretungsrecht ergänzend und analog anzuwenden gewesen.³³

worauf sie bei deren Gutheissung erst in einem weiteren Schritt die Vindikation gegen den Kunstverein als Besitzer hätte anstrengen können. Dem Kunstverein wäre dann die Einrede des rechtmässigen Erwerbs, da das Grundgeschäft sich als ungültig erwiesen hätte, abgeschnitten gewesen, da diese (Vor-)Frage bereits rechtskräftig entschieden wäre. Eine zweite Variante (2) hätte darin bestanden, dass man Zetter und den Kunstverein gleichzeitig und gemeinsam als *einfache Streitgenossen* beklagt hätte: Sollen Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, so können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden (heute Art. 71 Abs. 1 ZPO). Es fragt sich aber weiter, wie es sich verhalten hätte, wenn der klägerischen Gemeinde im Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht bewusst gewesen wäre, dass sich Zetter des Besitzes begeben, sondern der Kunstverein die Besitzereigenschaft zu kam. Nach heutigem zivilprozessualen Rechtsverständnis wäre die Konstellation wohl am ehesten wie folgt zu erfassen: Die Rechtsbegehren der einzig gegen Zetter gerichteten Klage müssten einerseits auf Feststellung der *Ungültigkeit des Vertrags infolge Grundlagenirrtums*, und andererseits auf *Herausgabe des Gemäldes*, lauten. Die Beurteilung der schuld- und sachenrechtlichen Fragen wären diesfalls in separaten Rechtsbegehren zu beurteilen gewesen. Die Gemeinde hätte auch allein auf Herausgabe des Bildes klagen können, wogegen Zetter seinerseits die Einrede des gültigen Erwerbs erheben und Klageabweisung hätte beantragen können. Mit Eventualwiderklage, d.h. für den Fall der Gutheissung der Klage der Gemeinde, hätte Zetter die Rückerstattung der Renovationskosten, an dessen Zahlungsstatt das Bild ja seinem Bruder überlassen worden war, verlangen können. Dieses Vorgehen hätte aber bedungen, dass Zetter seine Gegenforderung vorgängig seinem Bruder abgetreten hätte und diese noch nicht verjährt gewesen wäre.

³² Interessant immerhin der Urteilskopf des Entscheids von 1873, wonach die «Löbl. Gemeinde Grenchen, Namens [...] der Kirche Allerheiligen» als Klägerin aufgetreten ist. Wörtlich genommen, hätte Grenchen das Verfahren also in fremdem Namen («namens») geführt. Dieser Umstand wurde aber offenbar sowohl von den Parteien als auch von den Gerichten als unerheblich betrachtet und nicht weiter thematisiert.

³³ Zäch/Künzler, N 17 zu Art. 33 OR. Zur Vertretungshandlung von Notar Gast, welche vom Gemeinderat geduldet wurde, siehe den ähnlichen Fall von OLG Neustadt, MDR 1958, 602, wo der Landrat die Zusagen seines Architekten geduldet hat, Mehrkosten beim Spitalbau zu übernehmen.

Basierend auf diesen Grundsätzen werden sowohl Anscheins³⁴ als auch Duldungsvollmachten möglich gewesen sein.³⁵ Selbst wenn mithin die (öffentlicht-rechtliche) Zeichnungsberechtigung nicht eingehalten worden wäre, wäre das Dulden der Einzelzeichnung (wie im Stellvertretungsrecht) als eine stillschweigende Ermächtigung durch die Gemeinde Grenchen zu werten gewesen,³⁶ eine Auffassung, die auch unter dem AGBG die gültige sein wird.³⁷

Wir dürfen folgern, dass die Einwohnergemeinde Grenchen bzw. deren Exekutive von den Vertretungshandlungen des Notars Gast wusste oder zumindest nach Vornahme der Vertretungshandlung davon Kenntnis erlangt hatte und insoweit zumindest eine *Duldungsvollmacht* vorlag. Es spricht demnach nichts dagegen, dass die Rechtshandlungen von Notar Gast vertretungsrechtlich gültig gewesen sind und diese Handlungen der Einwohnergemeinde zuzurechnen waren. Die entsprechende Erwägung des Obergerichts ist also folgerichtig:

«[...] so kann doch nicht bestritten werden, dass Hr. Gast sich gegenüber Hr. Zetter als Bevollmächtigter der Gemeinde gerirt & als solcher ihm das streitige Bild verabfolgt hat».

6.3 Lag in der Entgegennahme der Restaurationsarbeiten eine nachträgliche Genehmigung der fehlenden Vollmacht?

Überschreitet der Bevollmächtigte die Grenzen seiner Vollmacht, wird der Vollmachtgeber nur so weit verpflichtet, als er das Geschäft genehmigt oder den daraus entstandenen Vorteil sich zueignet (§1294 CGB; ebenso § 1018 AGBG). Eine Genehmigung ist grundsätzlich an keine Form gebunden, sie kann ausdrücklich oder konkludent sein:³⁸

Erforderlich ist ein Verhalten, das den Dritten zur Annahme berechtigt, der Vertretene sei mit dem Geschäft einverstanden.³⁹

Selbst wenn man vorliegend also die erste Frage verneinen und von einer ungültigen, da auf keiner formell erteilten oder gar schriftlichen Vollmacht basierenden Rechtshandlung des Notars Gast ausgehen wollte, wird man die spätere Entgegennahme der Restaurationsarbeiten von Zetter durch die Einwohnergemeinde als eine *nachträgliche Genehmigung* der fehlenden Voll-

34 Schwager, 357 ff.

35 Zäch/Künzler, N 19 zu Art. 33 OR.

36 Zäch/Künzler, N 19 zu Art. 33 OR.

37 Eccher/Purtscheller, JBl 1977, 568 f.; Thunhart, JBl 2001, 70 f.; Just, ÖJZ 1952, 422.

38 Zäch/Künzler, N 53 zu Art. 38 OR m.w.N.

39 BGE 93 II 307.

macht verstehen dürfen. Auch in diesem Punkt sind die Ausführungen des Obergerichts im Ergebnis trefflich:

«[...] Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde Grenchen die für in Frage kommenden Handlungen des Hn. Gast dadurch genehmigt hat, dass sie die von den HH. Zetter und Buchser in der Kirche Allerheiligen ausgeführten Arbeiten acceptierte [...].»

6.4 Unterlag Notar Gast bei der Veräusserung des Bildes einem Irrtum (Willensmangel)?

Es stellt sich weiter die Frage, ob bei der Bildübertragung nach § 1023 CGB ein «Irrthum obgewaltet» hat, da «über solche Eigenschaften der Sache, wodurch sie, nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer Sache anderer Art gerechnet würde, keine Einwilligung der Klägerin zur Übertragung vorhanden» war:

§ 1023. Wenn ein Irrthum obgewaltet hat, sei es über die Natur des zu gründenden Rechtsverhältnisses, oder über den Gegenstand desselben, oder über solche Eigenschaften der Sache, wodurch sie, nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer Sache anderer Art gerechnet würde, so ist keine Einwilligung vorhanden.

Der vertragsrechtliche Irrtumstatbestand des alten CGB stimmt im Wesentlichen mit der noch heute geltenden Irrtumsregelung von Art. 23 und 24 OR überein, wie folgende Synopsis zeigt:

Solothurnischen Civilgesetzbuch (CGB)	Geltendes Obligationenrecht
<i>Wenn ein Irrthum obgewaltet hat, sei es über die Natur des zu gründenden Rechtsverhältnisses, oder über den Gegenstand desselben, oder über solche Eigenschaften der Sache, wodurch sie, nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer Sache anderer Art gerechnet würde, so ist keine Einwilligung vorhanden (§ 1023 CGB)</i>	<i>Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Der Irrtum ist namentlich ein wesentlicher, wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache gerichtet war, als er erklärt hat (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR).</i>

Nach wohl vorherrschender und m. E. auch richtiger Auffassung liegt bei der Konstellation unseres Madonna-Falls ein *wesentlicher Irrtum* (Willensmangel) vor, welcher die irrende Partei berechtigt, den Vertrag anzufechten: *Die veräussernde Partei hat im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses irrtümlich gemeint, das Madonna-Bild sei nicht von einem Meister, sondern von einem unbekannten*

*Maler geschaffen worden.*⁴⁰ Freilich ist diese Auffassung nicht unumstritten. Die meisten gerichtlich beurteilten Irrtumsfälle im Zusammenhang mit der Echtheit bzw. Unechtheit eines Kunstwerkes betreffen im Sinne eines «Unechtheitsirrtums» den *Käuferirrtum*: Es werden irrtümlich als echt beurteilt, aber unechte Objekte veräussert bzw. erworben,⁴¹ und der Käufer möchte den Kauf rückgängig machen. Von diesen Fällen zu unterscheiden ist der «Echtheitsfall», in dem sich die Parteien bei Vertragsschluss zwar über den Kauf des Kunstwerkes geeinigt haben, ohne dieses jedoch einem bestimmten Urheber zuzuordnen oder eine bestimmte Urheberin ausdrücklich auszuschliessen.

Die Konstellation ist beim *Verkäuferirrtum*, also dort, wo irrtümlich beurteilte Kunstobjekte veräussert wurden,⁴² nicht ganz gleich gelagert. Ein Teil der Rechtslehre will diese Fälle irrtumsrechtlich deshalb unterschiedlich behandeln: Eine Irrtumsanfechtung sollte demnach für den Verkäufer dann nicht in Frage kommen, wenn zur Zeit das Bild noch nicht einem bestimmten Maler zugeschrieben oder einem weniger geltenden Maler zugeschrieben ist. In diesen Fällen ergebe sich die «richtige» Zuschreibung nicht ohne Weiteres, es bedürfe vielmehr einer Entdeckung, damit das Bild nun als ein solches eines bedeutenden Malers gelte.⁴³ Im Unterschied zum Irrtum des Käufers, dessen Erwerbswille sich auf ein *spezifisches* Kunstwerk richtet, habe der Verkäufer gerade *keine Vorstellung* über die Echtheit des Verkaufsobjekts. Da diese Vorstellung fehlt, könne sie auch nicht Geschäftsgrundlage bilden, wie sie für die Irrtumsanfechtung Voraussetzung sei.

Diese Auffassung kann aber nicht überzeugen, und es sollte der Gegenauffassung, welche insbesondere in der Linie der zitierten deutschen Entscheidungen liegt, der Vorzug gegeben werden. Dies aus den folgenden Gründen:

Zunächst führt nur die Gleichbehandlung von Echtheits- und Unechtheitsirrtum zu einer angemessenen *symmetrischen* Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer. Anders kann es sich immerhin dann verhalten, wenn beide Parteien sich infolge der vagen, ungesicherten Angaben über den Künstler oder die Herkunft des Werks über den aleatorischen Charakter ihres

40 Huwiler, 99; Renold, 814.

41 BGE 114 II 131: unechter Picasso; BGE 82 II 411: unechter Van Gogh; BGE 56 II 424: unechter Robert; BGE 52 II 143: unechter Orientteppich; OGer ZH, ZR 1963, 92 ff. unechter Degas; OGer LU, SJZ 1905/06, 189: unechte Stradivari-Geige; BGHZ 63, 370: unechter Jawlensky, und RGZ, 135, 342 f.: unechter Ruisdael, wobei nach deutschem Recht diese Konstellationen nicht der Irrtumsanfechtung, sondern der kaufrechtlichen Gewährleistung unterliegen; OGer ZH, ZR 1969, 1 ff: unechter Degas; OGer ZH, ZR 1967, 206 ff: unechter Vautier.

42 BGH, NJW 1988, 2599 (Wilhelm Leibl), und RGZ 124, 116 (Ming Vasen). Siehe auch den Fall, in dem sich ein Bild, welches für die Parteien Fragonard lediglich zugeschrieben war («attribué à Fragonard»), nachträglich als echter Fragonard erwies (zit. bei Siehr, FS Hanisch, 254).

43 Flume, JZ 1991, 633 f.; Koller/Plotke, 385 f.

Rechtsgeschäfts einig sind und jede Partei das entsprechende Risiko zu übernehmen bereit ist.⁴⁴ Im Solothurner Holbein-Fall einigten sich die Parteien aber nicht über eine derartige Risikoverteilung, sondern beide Teile gingen einvernehmlich von einem Wert des Bildes (zusammen mit den drei weiteren, überlassenen Werken⁴⁵) aus, welcher ungefähr dem Gegenwert der von Zetter zu leistenden Renovierungsarbeiten entsprach. Zu keiner anderen Wertung würde die Annahme führen, Zetter wäre im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von einem echten Holbeingemälde ausgegangen.

Weiter wird es kaum richtig sein, dass man dem Verkäufer Berufung auf seinen Echtheitsirrtum verweigert, wenn es um Affektionsgegenstände geht, also um Objekte, welcher nur die jeweilige Eigentümerin einen besonderen (emotionellen) Wert beilegt: Die Verkäuferin eines Kunstwerks einer ihr nahestehenden Person könnte sich nicht auf ihren Irrtum berufen, wenn sie von dieser Zuschreibung erst nach der Veräusserung erfahre. Das Argument, dass mit der Übertragung von Objekten auch das Risiko der Wertveränderung übergeben wird, mag im Grundsatz zutreffen. Die richtige Zuschreibung eines Kunstwerks ist aber ein dem Objekt immanentes Element und die Wertsteigerung lediglich dessen Folge. Richtig ist hingegen, dass eine Wertveränderung eines Objekts nach der Veräusserung für sich genommen keinen Irrtum einer der Parteien begründet.

Auf die richtige Ebene führt die hypothetische Fragestellung, ob die Verkäuferin das Werk nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch (zu denselben Bedingungen) veräussert hätte, wenn sie im Zeitpunkt des Verkaufs um die richtige Zuschreibung des Werks gewusst hätte und die Parteien die Ungewissheit der Zuschreibung nicht in das vertragliche Risiko eingeschlossen hätten. Es ist m. E. nicht einsichtig, warum Nichtwissen und Falschwissen – stets jeweils unverschuldet – irrtumsrechtlich unterschiedlich behandelt werden sollten: Im ersten Fall wäre die Berufung auf den Irrtum verwehrt, im anderen Fall würde sie gewährt. Dieses Ergebnis ist dann umso stossender, wenn die Diskrepanz zwischen Fehlvorstellung und Echtheit, wie im Holbein-Fall, sehr gross ist: In unserem Fall hielten die Parteien den Fund in der Grenchner Kapelle für ein nicht sehr wertvolles, verfallenes, von einem anonymen Künstler geschaffenes Ölbild, wogegen es sich tatsächlich um eines von nur zwei erhaltenen Madonnenbildern von Hans Holbein d. J. handelte.

Zusammenfassend ist der Ansicht den Vorzug zu geben, dass der Verkäuferirrtum, wie ihm die Gemeinde Grenchen über ihren Vertreter Notar

44 Siehr, FS Hanisch, 254.

45 Wälchli, 111.

Gast unterlag, ein *wesentlicher Irrtum* über den Gegenstand oder über dessen Eigenschaften darstellt, welcher eine vertragliche Einwilligung ausschloss (§ 1023 CGB). Das Solothurner Obergericht hat angenommen, dass grundsätzlich ein «Irrthum obgewaltet» habe. Es hat diesen Irrtum jedoch aus anderen als den soeben besprochenen Gründen als unwesentlich und dessen Geltendmachung darüber hinaus auch als verspätet beurteilt. Im Einzelnen dazu das Folgende.

6.5 Wenn ein Irrtum von Notar Gast zu bejahen war, wem wäre dieser Irrtum zuzurechnen – ihm selbst oder der Gemeinde Grenchen?

Das Obergericht hat die Frage der Zurechnung des Irrtums nicht behandelt, da es bereits das Vorliegen eines Irrtums an sich verneint hat:

«[...] Allein wenn auch als richtig anzunehmen ist, dass Hr. Gast die Originalität des fragl. Bildes nicht bekannt war, kann doch dieser Umstand schon [...] nicht als ein den Vertrag auflösender Irrthum angesehen werden.»

Wenn man, wie das Obergericht, Notar Gast zutreffend als Bevollmächtigten der Gemeinde Grenchen qualifiziert, so hätte man folgerichtig auch seinen Willensmangel (Irrtum) der Einwohnergemeinde Grenchen zurechnen müssen: Das Vertretungsgeschäft ist für den Vertretenen unverbindlich, wenn der Vertreter sich bei Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.⁴⁶ Massgeblich ist, anders gesagt, ob der *Vertreter* dem Irrtum unterlag und nicht, ob sich die *Vertretene* (ebenfalls) geirrt hat⁴⁷.

6.6 Schloss der Umstand, dass sich Notar Gast nur über die Autorschaft des Bildes, nicht aber über den Wert geirrt hat, eine Irrtumsanfechtung aus?

Oberrichter Gast hat als (Anscheins-)Bevollmächtigter der Einwohnergemeinde Zetter neben des Madonnenbildes zahlungshalber drei weitere Werke zu Eigentum überlassen.⁴⁸ Gemäss obergerichtlichem Entscheid befand sich Gast wohl über die Echtheit des Bildes im Irrtum, dieser sei aber kein solcher, der zur Anfechtung des Vertrags berechtige, da der effektive Wert *nicht einem erheblichen Missverhältnis* mit dem Wert der entgegengenommenen Arbeiten stehe:

⁴⁶ BGer 4A_303/2007, Erw. 3.4.3; BGE 41 II 373 f.; Klein, N 22 f. zu Art. 32.

⁴⁷ Zäch/Künzler, N 132 zu Art. 32 OR (mit Hinweisen zu besonderen Ausnahmekonstellationen) und N 142 zu Art. 32 OR; BGE 56 II 105.

⁴⁸ Wälchli, 111.

«Allein wenn auch als richtig anzunehmen ist, dass Hr. Gast die Originalität des fragl. Bildes nicht bekannt war, kann doch dieser Umstand schon desshalb nicht als ein den Vertrag auflösender Irrthum angesehen werden, weil der Werth des Bildes in demjenigen Zustande, in dem es übergeben worden, mit den Gegenleistungen der Hrn Zetter und Buchser in keinem erheblichen Missverhältnisse steht. Den hohen Werth, den das streitige Bild gegenwärtig besitzt, hat es, wie aus bei den Akten liegenden Gutachten der Sachverständigen hervorgeht, durch die mit grossem Risiko & bedeutenden Kosten verbundene Restauration erhalten [...].»

Diese Beurteilung ist nicht überzeugend, denn der materielle Wert des Gegenstands, über den ein Irrtum bestand, kann für sich genommen nicht entscheidend sein. Vielmehr ist ein wesentlicher Irrtum ganz allgemein anzunehmen, wenn man sich über die Echtheit eines Kunstwerks irrt, also über dessen Eigenschaft, und nicht erst dann, wenn man sich über dessen finanziellen Wert, im Irrtum befand:⁴⁹ Der Tatbestand des *Sachirrtums* (*error in substantia*) ist nämlich abzugrenzen vom *Wertirrtum*, der in einer Unter- oder Überschätzung des wirklichen Werts eines Vertragsgegenstandes besteht.⁵⁰ Die Bedeutung dieser Unterscheidung mögen folgende Beispiele illustrieren:

Wenn jemand Aktien der Bank A kaufen wollte, sich irrtümlich verschreibt und stattdessen Aktien der Bank B kauft, wird dieser Irrtum nicht dadurch unwesentlich, dass die Aktien der Bank B anders und allenfalls besser bewertet sind.⁵¹ Dies gilt insbesondere auch im Lichte der (langfristigen) Wert Schwankungen, wie namentlich der heutige Wert der Holbein'schen Madonna illustriert. Ähnliches zeigt sich auch am oben genannten Beispiel von irrtümlichen Veräußerungen von Affektionsgegenständen mit rein emotionalem Wert für die Eigentümerin. Es muss beispielsweise möglich sein, auf die Veräußerung einer alten Tabakdose ohne Marktwert zurückzukommen, wenn sich erst nachträglich herausstellt, dass diese einem bestimmten Vorfahren gehört hat und man auf Grund dieses familiär-emotionalen Bezugs nun den Veräußerungsvertrag wegen Irrtums anfechten und die Dose zurückerhalten möchte. Die unzutreffende Sicht des Obergerichts nimmt einzig den objektiven Marktwert zur Massgabe, was, wie gezeigt, der Sachlage vielfach nicht gerecht wird.

⁴⁹ Vgl. auch BGer, 5A_337/2013, E. 4.3 ff. – Le Pontormo.

⁵⁰ Vgl. BGE 110 II 303.

⁵¹ Schmidlin, N 74 zu Art. 23/24 OR; Bucher, 200.

Das deutsche Reichsgericht hat im Zusammenhang mit einem Gemälde, welches fälschlicherweise *Jacob von Ruisdael* zugeschrieben wurde, in einem Entscheid von 1932 überzeugend das Folgende ausgeführt:

«Röhrt dann das Werk nicht von dem Künstler her, als dessen Werk es nach beiderseitiger Anschauung gekauft ist, so liegt stets ein Fehler der Kaufsache vor. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine Kopie oder eine Fälschung eines von dem Meister stammenden Bildes handelt oder um die wertvolle Schöpfung eines anderen Malers. Der Vorderrichter lässt dahingestellt, wie zu entscheiden wäre, wenn der wahre Schöpfer des Bildes ebenso berühmt oder noch höher geschätzt wäre als der Künstler, dem es die Parteien zugeschrieben haben. Für diesen Fall gilt grundsätzlich das gleiche, wie sofort einleuchtet, wenn man sich den Fall denkt, dass der Käufer nach beiderseitigem Wissen ausschliesslich Werke eines bestimmten Meisters sammelt».⁵²

Diese Erwägungen des Reichsgerichts treffen den Kern. In der Auseinandersetzung um die Holbein-Madonna ist dementsprechend der Auffassung des Solothurner Obergerichts entgegenzuhalten, dass der Unterschied zwischen dem Wert des Objekts, welches effektiv veräussert wurde, und dem Wert, der man diesem veräusserten Objekt irrtümlich beimass, nicht ausschlaggebend für die Berufung auf den Irrtum – *error in substantia* – sein kann.⁵³ Die entsprechenden Ausführungen des Gerichts können m.E. also im Ergebnis nicht überzeugen.⁵⁴

6.7 Wurde die Irrtumsanfechtung durch die Einwohnergemeinde Grenchen zu spät erhoben (Verwirkung)?

Abgesehen davon, dass für das Obergericht gar kein Irrtum im Rechtssinne vorlag, habe die Einwohnergemeinde Grenchen mit der Irrtumsanfechtung

⁵² RGZ, 135, 342 f. – unechter Ruisdael.

⁵³ So auch auch die deutsche Judikatur: BGH, NJW 1988, 2599 (anschliessend an RGZ, 135, 342 f.), wo die Veräusserung eines Bildes von Frank Duveneck ging, welches sich später als ein Werk Wilhelm Leibls herausstellte: «Auch hier ändert nichts daran, dass ein Bild von Duveneck nach dem Vortrag der Bekl. Ebensoviel wert sein kann wie ein solches von Leibl». [...] «ein Fehler des Bildes im Sinne des Gesetzes [kann] selbst dann gegeben sein [...], wenn der wahre Schöpfer des Bildes noch höher geschätzt wird als der Künstler, dem es die Vertragsparteien zugeschrieben haben»; im Ergebnis so wohl auch Köhler/Fritzsche, JuS 1990, 18, und Mayer-Maly, 347.

⁵⁴ Studer, Jurablätter 1970, 59: «Es kann nicht von der Hand gewiesen werden, Gast hätte sich tatsächlich in einem wesentlichen Irrtum befunden. Das Obergericht kommt nun aber erstaunlicherweise zu einem gegenständigen Entscheid».

auch zu lange zugewartet (Verwirkung). Offen bleibt allerdings, ob die Klage allein aus diesem Grund hätte abgewiesen werden dürfen, da das Gericht das Zuwarten lediglich «mitberücksichtigt» hat, ohne aber das Argument als ausschlaggebend zu benennen:

«Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde Grenchen die für in Frage kommenden Handlungen des Hn. Gast dadurch genehmigt hat, dass sie die von den HH. Zetter und Buchser in der Kirche Allerheiligen ausgeführten Arbeiten acceptierte, & anderseits fünf Jahre lang zuwartete bevor sie gegen die Verabfolgung des streitigen Bildes Einsprache erhob, obwohl sie, wie aus den Akten klar hervorgeht, von dem Geschehen von Anfang an Kenntnis hatte.»

Ziehen wir unter dem Titel der Verwirkungsfrage bzw. der Anfechtungsfrist alle verfügbaren Hinweise und plausiblen Annahmen zusammen und berücksichtigen, dass das Solothurnische und auch das Bernische CGB⁵⁵ (anders als Art. 30 OR) *keine Frist zur Irrtumsanfechtung* kannten, so wird es kaum richtig gewesen sein, der Einwohnergemeinde Grenchen vorzuwerfen, dass, sie «fünf Jahre lang zuwartete bevor sie gegen die Verabfolgung des streitigen Bildes Einsprache erhob». Selbst wenn man eine Befristung hätte annehmen wollen, dann wäre es die zehnjährige Verjährungsfrist⁵⁶ gewesen:

§ 1486. Durch Verjährung erloscht in der Regel (§§ 1487—1489) das Klagrecht wegen Forderungen, wenn die Klage während eines Zeitraums von 10 Jahren weder von dem Berechtigten rechtshängig gemacht, noch die Forderung von dem Verpflichteten anerkannt worden.

Das heutige Recht setzt in Art. 31 OR die Frist der Anfechtung basierend auf einem wesentlichen Irrtum bei Vertragsabschluss auf *ein Jahr*: Wenn der durch Irrtum beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt.

Aus dem Wortlaut der Bestimmung geht hervor, dass der Kläger alternativ wählen kann, ob er dem Vertragspartner eröffnet, er wolle den Vertrag nicht

⁵⁵ Irrtumsregelung in Art. 680 ff. des Bernischen CGB.

⁵⁶ Die Frist zur Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums wird richtigerweise nicht als Verjährungs-, sondern als Verwirkungsfrist begriffen (BGE 114 II 141).

halten *oder* ob er die schon erfolgte Leistung zurückfordert.⁵⁷ Diese Wahlmöglichkeit des Irrenden (und daraufhin Leistenden) ist auch relevant im vorliegenden Zusammenhang: Wird basierend auf Vertragsrecht erklärt, dass man den Vertrag wegen seines Irrtums nicht halte, so fällt der Rechtsgrund (*causa*) dahin und die Herausgabe der übertragenen Sache und insbesondere deren Befristung unterliegt dann den sachenrechtlichen Prinzipien. Wird also der Vertrag wegen Irrtums form- und fristgerecht angefochten («Erklärung, dass man den Vertrag nicht halte»), so unterliegt der dingliche Herausgabeanspruch (*rei vindicatio*, heute Art. 641 Abs. 1 ZGB) seinem eigenen Verwirkungsregime. Wenn vor der Anfechtung des Vertrages im Rahmen dessen Erfüllung eine Sachübereignung erfolgt ist, hat diese als ungültig zu gelten; die leistende Veräußererin ist Eigentümerin der Sache geblieben und kann diese vindizieren. Im Falle einer zwischenzeitlichen Weiterveräußerung wäre die Sache als «anvertraut» zu betrachten und die Vindikation käme nur in Frage, wenn der Erwerber gutgläubig wäre, d.h. wenn er die fehlende Verfügungsmacht⁵⁸ nicht kannte und auch nicht kennen musste.⁵⁹

Die Entdeckung des Irrtums verlangt allerdings *sichere* Kenntnis, eine blosse Verunsicherung genügt nach allgemeiner und richtiger Auffassung nicht.⁶⁰ Die Anfechtung ist empfangsbedürftig, aber formfrei, wobei diese ausdrücklich oder konkludent geäussert werden kann und insbesondere eine *klageweise* Geltendmachung nicht verlangt ist.⁶¹ Wie wären diese Grundsätze auf die Auseinandersetzung zwischen den Verfahrensparteien anzuwenden gewesen?

⁵⁷ Die Literatur zum geltenden Recht der Irrtumslehre und Rückabwicklung vermittelt den Eindruck, dass gedanklich stets davon ausgegangen wird, dass die Situation nach der erfolgreichen Geltendmachung des Irrtums fortbesteht und jener entspricht, welche bei der Vertragserfüllung bestanden und sich parteiseitig nichts geändert hat (siehe etwa Wiegand, 721: «Die synallagmatische Bindung zwischen den Parteien bleibt bestehen»). Präsentiert sich diese Rückabwicklung wie im Fall der Madonna aber insbesondere auf Grund der Weiterveräußerung des Vertragsgegenstands anders, kann dies zu einer Spaltung der Rechtswirkungen führen, d.h. zum Auseinanderfallen vertraglicher und dinglicher Ansprüche.

⁵⁸ Die Frage des gutgläubigen Erwerbs und des damit zusammenhängenden Prinzips «Hand wahre Hand» (fehlende Verfügungsmacht) wird im obergerichtlichen Entscheid und bei Studer, Jurablätter 1970, 58, vermengt mit der fehlenden Vertretungsmacht: Oberrichter Gast handelt nicht für sich selber im Sinne von § 745 CGB, sondern er vertrat die Eigentümerin: die Einwohnergemeinde handelte durch Gast, worüber sich auch Zetter im Klaren war. Immerhin ist denkbar, dass sich der Kunstverein auf den späteren Erwerb vom Nichtberechtigten (Zetter) grundsätzlich hätte berufen können. Es hätte dann aber wohl an dessen Gutgläubigkeit gefehlt, da der Verein um die laufende Auseinandersetzung um das Bild gewusst hat. Anzumerken bleibt, dass in § 745 CGB die Gutgläubigkeit nicht als Voraussetzung genannt wird. Allerdings ist der gute Glaube (bona fides) konstitutives – und im Falle § 745 CGB – ungeschriebenes Tatbestandselement des Gutglaubenserwerbs. Dies zeigt auch ein Blick auf das ABGB und dessen § 367 (Huwiler, FS Bader, 96 f.; Zoppel, N 3 ff. zu § 367 ABGB).

⁵⁹ Bucher, 214.

⁶⁰ BGE 82 II 426; BGE 108 II 105.

⁶¹ BGE 132 II 165; 128 III 75; Schmidlin, N 68 f. zu Art. 31; Piotet, JdT 1988 I 523.

Die von der Fachwelt akzeptierte Zuschreibung des Bildes an Hans Holbein d. J. darf wohl erst mit der Veröffentlichung des zweiten Bandes der Holbein-Monographie des Fachspezialisten *Alfred Woltmann* im Jahr 1868⁶² angenommen werden.⁶³ Denkbar wäre aber auch, dass die Frist für die Anfechtung des Vertrags bereits im Oktober 1867 mit der Ausstellung der Solothurner Madonna in Augsburg vor ihrem Rücktransport nach Solothurn angelaufen war. Spätestens ab diesem Zeitpunkt, als zahlreiche Kunstfachleute in die Stadt kamen, um die «Madonna von Solothurn» zu bewundern,⁶⁴ hätten die Echtheitszweifel als ausgeräumt gelten können und die Gemeinde Grenchen Gewissheit erhalten müssen, dass das Bild ein echter Holbein war.

Die Sachverhaltsdarstellungen, wonach «die Gemeinde Grenchen wiederholt und vergeblich von Zetter die Herausgabe des Bildes verlangt hatte», deuten ihrerseits darauf hin, dass die Klägerin die Frist zur Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums gewahrt hat, *bevor* Zetter am 9. Oktober 1867 seinen Eigentumsanteil dem Kunstverein vermacht hatte. Es ist also bei aller Vorsicht die Vermutung zulässig, dass die formfreie Geltendmachung des Irrtums durch einfache Erklärung, man wolle den Vertrag nicht halten, durch die Gemeinde Grenchen bereits (und spätestens) im *September oder Anfang Oktober 1867* erfolgt ist.

Erheblich ist sodann, dass vor Amtsgericht Solothurn-Lebern als Vorinstanz auch die Frage der Echtheit des Gemäldes Gegenstand des Sachverständigungsgutachtens war (Gutachten Rothpletz/Bühler vom Oktober 1872).⁶⁵ Zu dieser skeptischen Zurückhaltung beigetragen hat sicher auch der «Dresdner Holbeinstreit», welcher im Herbst 1871 um die Echtheit des «Schwesterbildes», der Darmstädter Madonna, getobt hat.⁶⁶ Wenn es also selbst das Gericht als angezeigt erachtete, die Frage der Echtheit gutachterlich zu erstellen, wird man kaum annehmen dürfen, dass die Gemeinde Grenchen und ihre Vertreter als Laien bereits vor diesem Datum *sichere* Kenntnis von ihrem Irrtum haben konnten. Mit guten Gründen liesse sich sogar vertreten, dass die Frist für die Irrtumsanfechtung nicht vor dem Oktober 1872 (Abschluss des Gutachtens Rothpletz/Bühler) angelaufen war. Schliesslich ist anzumerken, dass unter dem ABGB die Irrtumsanfechtung nach § 871 einer *dreijährigen* Verjährungsfrist nach § 1487 ABGB unterlag und auch

⁶² Bätschmann/Griener, 142; Ziemer, ZAK 2013, 202).

⁶³ Die Echtheit der Solothurner Madonna bildete nicht Gegenstand des späteren «Holbeinstreits» in Deutschland» (siehe Ziemer, ZAK 2013, 203).

⁶⁴ Huggel, 311.

⁶⁵ Transliteriert abgedruckt bei Bätschmann/Griener, 173 ff.

⁶⁶ Zum Ganzen Bätschmann, 87 ff. und in jüngerer Zeit Brinkmann, 103 ff.

heute noch unterliegt⁶⁷ und folglich sogar diese Frist mit Anfechtung durch Klageanhebung am 29. Oktober 1869 gewahrt gewesen wäre, wenn man die Frist mit der wissenschaftlichen Echtheitsbestimmung durch Woltmann anlaufen lässt.

Vieles spricht nach dem Gesagten dafür, dass die entsprechenden Ausführungen zur Verwirkungsfrist des Obergerichts einen schweren Stand haben. «Von dem Geschehen von Anfang an Kenntnis» haben konnte jedenfalls die Gemeinde hinsichtlich der Echtheit des Gemäldes so wenig wie die übrigen Beteiligten. Die Zuschreibung des Madonna-Bildes an Holbein erschien, wie bemerkt, selbst in der Fachwelt erst 1867/1868 erhärtet, und unbestritten ist, dass die Gemeinde bereits vor dem 9. Oktober 1867 die Rückgabe des Bildes gefordert hatte.

7 Gesamtbetrachtung und Ergebnis

Ohne den harten Begriff des «Fehlurteils» zu bemühen, hinterlässt die juristische Qualität des Urteils letzten Endes einen tief irritierenden Eindruck.⁶⁸ Grenchner Stimmen wie jene von Marie Schürer-Schaad beklagten noch 1944 nicht ohne Bitterkeit den «Justizirrtum», mit welchem das Kunstwerk der Gemeinde Grenchen «weggerettet» worden sei.⁶⁹ Heute, hundertfünfzig Jahre später, lässt sich nicht mehr ermitteln, wie es dazu kommen konnte, dass erhebliche und durchaus anspruchsvolle Rechtsfragen im Verfahren entweder unbedarf und ohne jeden Tiefgang behandelt wurden oder gar nicht Prozess-thema waren.⁷⁰ Eine Rolle gespielt haben könnte allenfalls der Umstand, dass die damaligen Solothurner Oberrichter keine ausgebildeten Juristen waren.⁷¹

Mag der auffällig kurze Prozess, welchen die Beschwerde vor dem Obergericht in nur drei Monaten durchlief, nachdem der vorinstanzliche Streit fünf Jahre gedauert hatte, damit zu erklären sein, dass die Solothurner Justiz

⁶⁷ «Die Rechte, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen; den Pflichttheil oder dessen Ergänzung zu fordern; eine Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zu widerrufen; einen entgeldlichen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben, oder die vorgenommene Theilung eines gemeinschaftlichen Gutes zu bestreiten; und die Forderung wegen einer bey dem Vertrage unterlaufenen Furcht, oder eines Irrthumes, wobey sich der andere vertragmachende Theil keiner List schuldig gemacht hat, müssen binnen drey Jahren geltend gemacht werden. Nach Verlauf dieser Zeit sind sie verjährt»; Gschnitzer, N 44 zu § 871 m.w.N.

⁶⁸ Zurückhaltender Studer, Jurablätter 1970, 59: «Man kann heute etwelche Zweifel an der Richtigkeit der Argumente des Obergerichts hegen. [...] Immerhin ist die Stellungnahme des Obergerichts vertretbar, wenn auch nicht überzeugend».

⁶⁹ Schürer-Schaad, 33.

⁷⁰ Siehe Wild, 113.

⁷¹ Wortmeldung von Alt-Oberrichter Daniel Kiefer am Vortrag vom 1. Februar 2023 im Kunstmuseum Solothurn.

den langwierigen Streit nun endgültig vom Tisch haben wollte? Unvermittelt beschleicht einen der Argwohn, dass das Obergericht einen *Weiterzug an das Bundesgericht* verunmöglichen wollte, welches mit der revidierten Bundesverfassung 1874 als ständige Gerichtsbehörde etabliert wurde. Die angesichts der zeitlichen Umstände nicht ganz aus der Luft gegriffene Vermutung, findet aber bei genauerem Hinsehen keinen Halt: Einerseits nahm das Bundesgericht erst im Januar 1875 seinen Betrieb auf,⁷² andererseits war die Berufung an das Bundesgericht in schuldrechtlichen Verfahren, von Sonderfällen abgesehen,⁷³ erst ab 1883, jene in zivilrechtlichen Sachen sogar erst ab 1912 möglich.

Im Sinne eines «weichen» und letztlich wohl ausschlaggebenden Faktors, mag der Solothurner Richterspruch vom Umstand beeinflusst gewesen sein, dass das Gemälde Holbeins während Jahrhunderten mit geistigen Banden mit dem St. Ursenkult der Stadt Solothurn verknüpft war und man das Kunstwerk nicht nur der Stadt, sondern dem ganzen Kanton, hatte erhalten wollen. Abenteuerliche Thesen von Jakob Amiet, wonach Stifter des Holbein-Gemäldes der Solothurner Niklaus Conrad (1460–1520) und Solothurn Stiftungsort gewesen sei,⁷⁴ wurden hingegen schon früh von der kunsthistorischen Forschung als Fabulierkunst entlarvt.⁷⁵

8 Schlussbetrachtung

Der Entscheid des Solothurner Obergerichts vom 15. November 1873 ist in seiner privatrechtlichen Begründung und Fundierung von enttäuschender Qualität – im Unterschied zum Gegenstand, um welchen es im Urteil ging, kein Meisterwerk. Immerhin: Selbst eine rechtliche Begründungslinie, mit welcher man zum Ergebnis des Obergerichts gelangt wäre, ist denkbar: Wollte man der (hier nicht vertretenen) irrtumsrechtlichen Minderheitsmeinung folgen, wonach die Verkäuferin eines Kunstwerks, die sich über dessen Herkunft und Schöpfer gar keine (spezifischen) Vorstellungen macht, keinem Irrtum im Sinne § 1023 CGB bzw. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR unterliegt,⁷⁶ hätte man den Entscheid zumindest rechtsdogmatisch schlüssig begründen können. Der Solothurner Entscheid übergeht aber den Kern der rechtlichen Fragenstellungen.

Trotz all seiner rechtstechnischen Mängel wird man das Ergebnis des Urteils auch nach 150 Jahren aber begrüßen dürfen. Ihm ist zu verdanken,

⁷² Haefliger, SJZ 1975, 3.

⁷³ Im Einzelnen Seferovic, 20 f.

⁷⁴ Amiet, NZZ Nr. 209 vom 27. Juli 1880.

⁷⁵ Huggel, 315.

⁷⁶ Flume, JZ 1991, 633 f.; Koller/Plotke, 385 f.

dass die «*Sacra Conversazione*» ihre Heimat in Solothurn gefunden hat. Es ist anzunehmen, dass die damals finanzschwache Gemeinde Grenchen das Bild verkauft hätte.⁷⁷ An das briefliche Angebot Buchsers an den Kunstverein Basel vom Oktober 1864 anschliessend folgten noch vor Abschluss des Verfahrens Bemühungen Dritter, das Bild ins Ausland zu veräussern: Joseph Duret, Kanzler der Bischöfe des Bistums Basel, gelangte im Juli 1871 mit einem (verdeckten) Angebot des Bildes «eines unbekannten Künstlers» an das Preussische Kultusministerium.⁷⁸ Da das Bistum Basel aber nicht Eigentümerin des Gemäldes war und daher bei einem Interesse Berlins auch nicht darüber hätte verfügen können, werden Durets Maklerbemühungen in den Zusammenhang mit religiös-politischen Auseinandersetzungen der Kulturkampfzeit gestellt:⁷⁹ Wollte Duret der Gemeinde Grenchen und dem Kunstverein – mit einem preussischen Kaufangebot – einen finanziellen Einigungsvorschlag vorlegen, der den Prozess beendet und dem bischöflichen Amt eine grosszügige Provision beschert hätte?⁸⁰

Letztlich ist mit dem Solothurner Urteil *Kulturgüterschutz avant la lettre* betrieben worden. Die zivilrechtliche Vertrags- und Eigentumsregelung, wohl verbunden mit der plausiblen Annahme, dass das Bild für Solothurn für immer verloren gewesen wäre, wenn man es dem «Falschen» zugesprochen hätte, war dafür aber gewiss das falsche rechtliche Vehikel. Wenn das Ergebnis des Prozesses vom Gedanken geleitet war, Solothurn ein Kunstwerk von Weltrang zu erhalten, wäre viel eher eine Unterschutzstellung des Gemäldes im Sinne eines Ausfuhrverbots angezeigt gewesen. Mit dieser Zielsetzung unterliegt heute das Schwesternbild, die Darmstädter Madonna, dem deutschen Ausfuhrbann, indem sie im bundesdeutschen Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes aufgenommen ist.⁸¹ Vielleicht mag die bewegte Provenienzgeschichte der Solothurn Madonna zu Gedanken anregen, Kunstwerke ihres Ranges dem (öffentlich-rechtlichen) Schutz des Kulturerbes zu unterstellen, unter Schutzbestimmungen also, wie sie beispielsweise in den Kantonen St. Gallen, Neuenburg, Waadt, Wallis, Aargau oder Tessin bekannt sind.⁸²

77 Studer, Jurablätter 1970, 59 f.

78 Ziemer, ZAK 2013, 197.

79 Ziemer, ZAK 2013, 198 ff.

80 Ziemer, ZAK 2013, 203.

81 www.kulturgutschutz-deutschland.de, Nr. 01113 («Madonna des Bürgermeisters Meyer», besucht am 24. Juli 2023).

82 Raschèr/Bucheli, 482 ff.

8.1 Epilog I: Folgen des Prozesses

Für den Kunstverein Solothurn erwies sich der gewonnene Prozess als ruinöser Pyrrhussieg, für die Stadt Solothurn langfristig gewiss als Glücksfall. Im Gegenzug zur Zusprechung des Eigentums war im Innenverhältnis mit Zetter auch der vereinbarte Kaufpreis von 10'418 Franken 10 Rappen fällig, die der Kunstverein nicht aufbringen konnte. In seiner Not und im Zuge der Betreibung durch die Erben Zetter blieb dem Kunstverein letztlich nichts anderes übrig, als 1879 seine ganze damalige Gemäldesammlung der Einwohnergemeinde Solothurn zu übergeben, welche sich im Gegenzug bereit erklärte, in den Vertrag mit den Zetterschen Erben einzutreten.⁸³

Auffallen muss, dass sich der Kunstverein durch den Vertragsabschluss und den Prozessbeitritt in eine Situation gebracht hatte, in der er *nur verlieren* konnte: Entweder das Bild wurde der Gemeinde Grenchen zugesprochen, was im Zuge eines wahrscheinlichen Weiterverkaufs zu einem definitiven Verlust des Gemäldes für die Region geführt hätte, oder das Eigentum am Bild wurde – wie geschehen – dem Verein zugesprochen, mit der Folge der – wie ebenfalls geschehenen – späteren finanziellen Überforderung.

8.2 Epilog II: Prozess zum Fotografieurheberrecht

Die Solothurner Madonna bildete kurz nach der Jahrhundertwende auch Gegenstand eines frühen Entscheids zum *Fotografieurheberrecht*. Im Entscheid des Solothurner Obergerichts vom 13. Dezember 1902⁸⁴ ging es um Folgendes: Die klägerische Braun, Clément & Cie.⁸⁵ belangte den Beklagten Hauser-Isch wegen des Vertriebs von Postkarten des Heiligengemäldes. Diese seien, so die Klägerin, Reproduktionen ihrer Fotoaufnahmen. Auch diese Klage scheiterte. Unbestritten war zwar, dass der Fotograf Deppeler eine bereits bestehende fotografische Vorlage reproduzierte, welche wiederum die Vorlage der vertriebenen Ansichtskarten war. Das Solothurner Obergericht erachtete es aber als nicht erwiesen, dass diese Vorlage eine klägerische Fotografie war. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen wäre, war für das Obergericht zweifelhaft, dass die von Deppeler nachgemachte Fotografie überhaupt den Urheberrechtsschutz genossen hat. Dazu in aller Kürze das Folgende:

Das erste schweizerische Urheberrechtsgesetz von 1883 stellte in Art. 9 auch Erzeugnisse der Fotografie unter Schutz. Allerdings galt dieser Schutz

⁸³ Einlässlich dazu Zetter-Collin, Denkschrift, 87 ff.; Studer, FG Obrecht, 61; Vignau-Wilberg, 11.

⁸⁴ ZBJV 1903, 128 ff.

⁸⁵ Die Braun, Clément & Cie. war ein 1853 gegründetes Unternehmen des französischen Fotografiepioniers Adolphe Braun (1812–1877).

nur für Bilder von Fotografen, die in der Schweiz domiziliert waren oder für Bilder, welche von nicht in der Schweiz ansässigen Fotografen in der Schweiz veröffentlicht wurden. In unserem Fall traf weder das eine noch das andere zu: Braun, Clément & Cie. war in Dornach im Elsass domiziliert⁸⁶ und man musste davon ausgehen, dass deren Fotografien auch dort veröffentlicht wurden. Für im Ausland veröffentlichte Abbildungen war die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst von 1886 direkt anwendbar, welche ihrerseits für die Schutzvoraussetzungen auf die Gesetzgebung des Ursprungslandes, in unserem Fall also auf deutsches Recht, verwies. Für das Obergericht war es nicht erstellt, dass die Fotografie von Braun, Clément & Cie. die Bedingungen und Förmlichkeiten des deutschen Reichsgesetzes betreffend den Schutz der Fotografien erfüllte.⁸⁷ Der Klage hatte auch auf der Grundlage dieser Eventualbegründung keinen Erfolg.

8.3 Epilog III: Die Frage nach einer Wiederaufnahme des Prozesses im Jahr 1947

Das eingangs erwähnte briefliche Angebot Buchsers an den Präsidenten des Kunstvereins Basel vom Oktober 1864 wurde erst Anfangs der 1940-er Jahre bekannt,⁸⁸ was den Grenchner Ammann Adolf Furrer 1947 bewog, beim damaligen Bundesgerichtspräsidenten Georg Leuch die Frage zu prüfen, ob gestützt auf dieses neue Beweismittel der Prozess wieder aufgenommen werden könnte. Aus dem Brief ergebe sich nämlich, dass der Erwerber des Bildes beim Erwerb darüber orientiert war, aber verschwieg, dass es sich um einen echten Holbein handle.⁸⁹ Leuch verneinte offenbar die Anfrage insbesondere mit der Begründung, dass zumindest die Einwohnergemeinde Solothurn auf Grund ihres gutgläubigen Erwerbs rechtmässige Eigentümerin sei, unbesehen eines damaligen Irrtums der Grenchner.⁹⁰ Für einen «nochmaligen Prozess»⁹¹ gab es entsprechend keine Veranlassung.

⁸⁶ Dornach, wo die Braun, Clément & Cie. ihren Sitz hatte, war bis 1914 eine selbständige deutsche Stadt, heute ein Stadtteil von Mulhouse.

⁸⁷ OGes SO, ZBJV 1903, 133.

⁸⁸ Wälchli, 113.

⁸⁹ Strub, 703.

⁹⁰ Strub, 704.

⁹¹ Missverständlich Blank, 9.

9 Literaturverzeichnis

Juristische Literatur

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht). 2. Auflage, Zürich 1988

Eccher Bernhard / Purtscheller Meinhard, Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts, JBl 1977, 568f.

Elsener Ferdinand, in: Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meier-Hayoz/Hans Merz/Roger Secrétan/Werner von Steiger [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. I, Geschichte und Geltungsbereich, Basel 1969, 1ff.

Flume Werner, Der Kauf von Kunstgegenständen und die Urheberschaft des Kunstwerks, JZ 1991, 633ff.

Gschnitzer Franz, in: Heinrich Klang/Franz Gschnitzer (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Wien 1968, 136

Haefliger Arthur, Hundert Jahre Schweizerisches Bundesgericht, SJZ 1975, 1ff.

Huwiler Bruno, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand. Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Eigentumserwerbs, in: Claudius Schott/Claudio Soliva (Hrsg.), Nit anders denn liebs und guets, Petershauser Kolloquium aus Anlass des achtzigsten Geburtstags von Karl S. Bader, Sigmaringen 1986, 75 ff.

Ders., Zum Bereicherungsanspruch gegen den Fahrniseigentümer kraft Ersitzung: Eine rechtsvergleichende Fallstudie, in: Guido Jenny/Walter Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, 99 ff.

Just Hermann, Das Vertrauen auf den äusseren Tatbestand bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand, ÖJZ 1952, 421 f.

Kaser Max / Knütel Rolf / Lohsse Sebastian, Römisches Privatrecht, 22. Auflage, München 2021

Koller Thomas / Plotke Jon S., Picasso und van Gogh im Spiegelbild – Überlegungen zum Grundlagenirrtum im Kunstrecht, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 363ff.

Köhler Helmut / Fritzsche Jörg, Anfechtung des Käufers wegen Eigenschaftsirrtums – BGH, NJW 1988, 2597, JuS 1990, 16 ff.

Klein Jean-Philippe, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 32–40 OR, Stellvertretung, 3. Auflage, Zürich 2020

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016

Mayer-Maly Theo, Bemerkungen zum Irrtum über den Wert, in: Ernst Brem/Jean Nicolas Druey/Ernst A. Kramer/Ivo Schwander (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 343ff.

Meier-Hayoz Arthur in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilbd. Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, 4. Auflage, Bern 1966

Piotet Paul, A propos de l'arrêt «Picasso», JdT 1988, I 519 ff.

Raschèr Andrea F. G. / Bucheli Markus, Kantonales Recht zum Kulturgütertransfer, in: Peter Mosimann/Marc-André Renold/Andrea F.G. Raschèr (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, 2. Auflage, Basel 2020, 481ff.

Renold Marc-André, Der Verkauf eines Kunstwerks («private treaty sale»), in: Peter Mosimann/Marc-André Renold/Andrea F.G. Raschèr (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, 2. Auflage, Basel 2020, 809 ff.

Siehr Kurt, Ist ein Carracci ein schlechter Poussin? in: Eltje Aderhold/Kurt Lipstein/Christoph Schücking/Rolf Stürner (Hrsg.), Festschrift für Hans Hanisch, Köln et al. 1994, 247 ff.

Schmidlin Bruno, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Bern 2013

Schwager Rudolf, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Freiburg 1972

Seferovic Goran, Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874, Zürich 2010

Stark Emil W. / Lindenmann Barbara, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, Bern 2016

Studer Charles, Der Prozess um die Solothurner Madonna von Hans Holbein dem Jüngeren, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Festgabe Max Obrecht. Solothurn 1961, 59 ff.

- Thunhart Raphael, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, *JBl* 2001, 70 ff.
- Walliser Peter, Der Gesetzgeber Joh. Baptist Reinert und das Solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841 bis 1847, Olten 1948
- Wiegand Wolfgang, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli, *Gauchs Welt*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 709 ff.
- Zoppel Moritz, in: Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.), *ABGB-Praxiskommentar*, §§ 285–530 ABGB und Notwegegesetz, Wien 2020
- Zäch Roger / Künzler Adrian, in: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. Auflage, Bern 2014
- Kunsthistorische und allgemeine Literatur**
- Amiet Jakob, Hans Holbein's Madonna von Solothurn und der Stifter Nicolaus Conrad der Held von Dorneck und Novarra, Solothurn 1879
- Ders., Hans Holbeins Madonna von Solothurn. Neue Zürcher Zeitung. Nr. 209 vom 27. Juli 1880
- von Arx Constantin, Meine persönlichen Erinnerungen bei der Auffindung der Madonna H.H. 1522 in der Allerheiligenkapelle zu Grenchen, in: *Solothurner Tagblatt*, Beilagen zu Nr. 51 und 53, 1. März und 7. März 1913 (von Arx hatte seine Erinnerungen bereits 1880 niedergeschrieben)
- Bätschmann Oskar, Der Holbein-Streit: eine Krise der Kunstgeschichte, *Jahrbuch der Berliner Museen*, 38 (Beiheft) «Kennerschaft». Kolloquium zum 150sten Geburtstag von Wilhelm Bode, 1996, 87 ff.
- Bätschmann Oskar / Griener Pascal, Hans Holbein d. J., Die Solothurner Madonna, Basel 1998
- Blank Stefan, Die Kapelle Allerheiligen in Grenchen, Bern 2002
- Brinkmann Bodo, Echt oder falsch? – Fallbeispiele aus dem Bereich der Alten Meister, in: Peter Mosimann/Beat Schönenberger (Hrsg.), *Kunst & Recht / Art. & Law* 2012, Basel 2012, 91 ff.
- von Greyerz Kaspar, Basel zur Holbein-Zeit, in: Kunstmuseum Basel (Hrsg.), Hans Holbein der Jüngere, Die Jahre in Basel 1515–1532, München et al. 2006, 72 ff.
- Huggel Doris, «Herr Kanzleysekretär Rust achtungsvoll der Verfasser», ein Buch in der Zentralbibliothek Solothurn beleuchtet die Debatte der offenen Fragen um die «Solothurner Madonna» in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, *Jahrbuch für solothurnische Geschichte* 78 (2005), 305 ff.
- Kaufmann Hans, Grenchen, Solothurn 1974
- Ochsenein Walter, Der Prozess um die «Holbein'sche Madonna», in: *Musikverein Helvetia Grenchen, Gedenkschrift zum 75-jährigen Jubiläum 1858–1933*, Grenchen 1933, 69 ff.
- Rust W., Die holbein'sche Madonna zu Solothurn, in: *Vom Jura zum Schwarzwald* 1891, 122 f.
- Sander Jochen, Hans Holbein d. J. und die niederländische Kunst, am Beispiel der «Solothurner Madonna», in: *Zeitschrift für Schweizerische Archäologie und Kunstgeschichte* 1998 (ZAK), 123 ff.
- Schräder-Schaad M., Neues über die Madonna von Hans Holbein aus der Kapelle Allerheiligen bei Grenchen, *Jurablätter* 1944, 33 ff.
- Strub Werner, *Heimatbuch Grenchen*, Solothurn 1949
- Studer Charles, Die Solothurner Madonna von Hans Holbein dem Jüngern, *Jurablätter* 1970, 49 ff.
- Vögelin Salomon, Hans Holbeins Madonna von Solothurn. in: *Neue Zürcher Zeitung*. Nrn. 73, 74, 76 und 77 vom 13., 14., 15., 16. und 17. März 1880
- Wälchli Gottfried, Frank Buchser (1828–1890), Leben und Werk, Zürich und Leipzig 1941
- Vignau-Wilberg Peter, Gemälde und Skulpturen, Solothurn 1973
- Wild Max, Eine bildschöne Heilige, in: Alli Johr es Galafrässle, Die Festreden des Bruderschaftsmeisters 2007–2018 der Sankt Lukasbruderschaft Solothurn, Solothurn 2018, 99 ff.
- Zetter-Collin F.A., Die Zetter'sche Madonna von Solothurn von Hans Holbein dem Jüngern vom Jahre 1522, in: *Denkschrift zur Eröffnung von Museum und Saalbau der Stadt Solothurn*, Solothurn 1902, 121 ff.
- Ders., Geschichte des Kunstvereins der Stadt Solothurn und seiner Sammlungen, in: *Denkschrift zur Eröffnung von Museum und Saalbau der Stadt Solothurn*, Solothurn 1902, 43 ff.
- Ziemer Elisabeth, «Unter Brüdern»: Wie die Solothurner Madonna von Holbein fast nach Preussen geriet, *Zeitschrift für schweizerische Archäologie und Kunstgeschichte* (ZAK), 2013, 197 ff.

Anhang

Transkription des Urteils des Obergerichts von Prof. Dr. Rolf Max Kully (mit seiner freundlichen Genehmigung)

Der Autor dankt Prof. Dr. Rolf Max Kully für die Transliteration des handschriftlichen Entscheids des Obergerichts sowie Dipl. Arch. ETH Jürg Orfei für die Graphik.

Akten der Obergerichtssitzung vom 15.11.1873 Transkript Rolf Max Kully

Obergerichtssitzung
Samstag d. 15 November 1873

Anwesend:

Herr Burki, Präsident
 “ Ziegler, Vizepräsident
 “ Munzinger, Glutz, Bloch, Emch & Schädler,
 Oberrichter.
 J.B. Fürholz, Gerichtsschreiber

Jn Rechtsstreitsache
 der
 Löbl. Gemeinde Grenchen, Namens der Kirche Allerheiligen,
 Klägerin, Wiederbeklagten & Appellantin
 gegen
 Hr. F. X. Zetter, Maler von Solothurn
 und
 tit. Kunstverein Solothurn, Verantworter eventuelle Wiederkläger
 & Appellaten;

ferner:

Hr. Josef Gast, Alt Oberrichter von Grenchen;
 “ Jakob Schilt, Sigrist in Allerheiligen;
 “ Franz Buchser, Maler, von Feldbrunnen; &
 “ Buchser, Dr. med. in Neu. York;
 Als III. Parteien, welche in den Prozess nicht eingetreten
 erscheinen Hr. Euseb Vogt, Gemeindeammann von Grenchen als
 Vertreter dortiger Gemeinde mit Hr. Fürsprech Ad. Stuber berathen &
 Hr. Fürsprech A. Glutz-Blotzheim von Solothurn für die Appellaten,
 ferner Hr. Viktor Güggi, Statkassier in Solothurn & Urs Josef Hugi,

.//.

15. Nov. 1873.

Müller von Grenchen als Zeugen.

Nach Einsicht der Akten, Einvernahme der Zeugen & Anhörung der mündlichen Vorträge der Partei-Anwälte,

hat
das Obergericht des Kts. Solothurn
auf die Rechtsfrage:

Ob die Appellaten Hr. Zetter & tit. Kunstverein Solothurn gehalten seien der Appellantin löbl. Gemeinde Grenchen zu Handen der Kirche Allerheiligen das im Herbst 1864 von Hr. Zetter in genannter Kirche behändigte Madonabild herauszugeben oder als Gegenwerth fr. 30,000 zu bezahlen.

gestützt auf folgende thatsächliche Verhaltnisse & Erwägungen:
Jm Herbst 1864, als die Appellantin, Gemeinde Grenchen, die Renovation der Kirche Allerheiligen anordnete, kamen der Appellat Hr. Zetter & der als III Partei ins Recht gerufene Hr. Gast, welcher damals Mitglied der Baukommission Grenchen & in dieser Eigenschaft mit der Anordnung & Ueberwachung eines Theils der Renovation betraut war, dahin überein, dass Hr. Zetter gegen Überlassung von einer in benannter Kirche befindlichen von ihm bezeichneten Oelgemälden sich verpflichtete, die vier schadhaften Altargemälde der Kirche zu restaurieren, die Altäre & Stationstafeln zu reinigen & zu verputzen, die Beichtstühle zu ffnisieren & die beiden Eingangspforten mit grüner Oelfarbe anzustreichen.

In Ausführung dieser Ubereinkunft liess Hr. Gast dem Hr. Zetter die bezeichneten Bilder verabfolgen, indem er ihm eine vom 27 September 1864 dadirte schriftliche Weisung zur Uebergabe der Bilder an den Sigrist Jb. Schild in Allerheiligen zustellte woraufhin Hr. Zetter die Bilder behändigte.

/:/

Hr. Zetter erfüllte die von ihm übernommene Verpflichtung ebenfalls, indem er die Flachmalerei durch seinen Arbeiter ausführen liess, und die Restoration der Altargemälde Hr. Kunstmaler Buchser übertrug, welchem er dagegen die erhaltenen vier Bilder zur Hälfte als Eigenthum überliesss.

Unter diesen Bildern befand sich auch das hierorts eingeklagte auf Holz gemalte Madonnabild, das seither als ein Originalwerk des berühmten Malers Hans Holbein des Jüngern erkannt worden & welches gegenwärtig nach der an demselben vorgenommenen Restoration laut dem bei den Akten befindlichen Gutachten Sachverständiger annähernd den alternativ eingeklagten Werth von fr. 30.000 haben mag. Zur Zeit aber als das Bild in den Besitz des Hr. Zetter kam, befand sich dasselbe in einem so äusserst schadhaften, verwahrlosten Zustand, dass es nach der Aussage zweier Zeugen, welche an der Restoration desselben arbeiteten, als werthlos anzusehen war. Es waren oben zwei Löcher in dasselbe gebohrt, welche dazu gedient hatten, es ohne Rahmen an einem Strick aufzuhängen; ein grosses Stük an der untern Ecke fehlte ganz. Das Holz war so vollständig von Würmern zerfressen, dass es in kurzer Zeit zerfallen wäre, das ganze Bild mit Schmutz und Kalkspritzern bedekt.

Nachdem die Originalität des Bildes durch verschiedene Autoritäten, die Hr. Zetter berathen, festgestellt worden, übertrug er die Restauration deselben dem Conservator dre königl. Gemäldegallerie Hr. Eigner, in Augsburg, welcher jedoch den Auftrag nur unter der Bedingung übernahm, dass er jede Garantie für den Erfolg ablehnte, weil es höchst zweifelhaft sei, ob eine Restauration noch möglich und weil im Fall des Misslingens das Bild vollständig verloren gehe.

Nachdem die Restauration des Bildes, welche 1 $\frac{3}{4}$ Jahr in Anspruch nahm, glücklich zu Stande gekommen, gelangte dasselbe im Herbst 1867 von Augsburg

.//.

Nach Solothurn zu Hr. Zetter zurück & erregte von da an die Aufmerksamkeit des Publikums und vorzüglich der Kunstkenner in weitern Kreisen. Hr. Maler Buchser, welcher, wie bereits gesagt, zur Hälfte Eigenthümer des Bildes war, übertrug seine Rechte an seinen Bruder Hr Dr. Buchser, Arzt, & dieser, verkaufte seinen Anteil den 6 September 1867 dem Solothurnischen Kunstverein um Fr. 3,200.-

Eben so trat Hr. Zetter mit schriftlichem Vertrag am 9. Oktober die ihm gehörende Hälfte an dem genannten Kunstverein ab gegen Vergütung der von ihm für das Bild bestrittenen, zu fr. 10,418.10 Ct. berechneten Auslagen, so dass also zur Zeit der Anhebung des vorliegenden Prozesses d. 29 Oktober 1869 das streitige Bild vollständig an den Kunstverein übergegangen war.

Da die Klage einzig gegen Hr. Zetter gerichtet worden, so wurde von ihm der Kunstverein ins Recht gerufen, welcher sich bereit erklärte, den Prozess mit ihm gemeinschaftlich führen zu wollen.

Die Gemeinde Grenchen stützt ihr Klagbegehren auf die Behauptung, Hr. Zetter sei nicht auf rechtsgültige Weise in den Besitz des streitigen Madonabildes gelangt, indem Hr. Gast zu dem mit ihm abgeschlossenen Vertrage keine Vollmacht gehabt habe.

Diese Behauptung erscheint jedoch nicht als begründet, denn, wenn auch eine spezielle Bevollmächtigung des Hn. Gast zu dem mit Hn. Zetter eingegangenen Vertrage zur Ablieferung des streitigen Bildes nicht nachgewiesen worden, so kann doch nicht bestritten werden, dass Hr. Gast sich gegenüber Hr. Zetter als Bevollmächtigter der Gemeinde gerirt & als solcher ihm das streitige Bild verabfolgt hat. Es findet somit der § 745 d. C. G. Anwendung, welcher ausdrücklich sagt, dass der Übernehmer durch die Übergabe das Eigentum der betreffenden Sache erhält, auch wenn der Übergeber an derselben kein Recht gehabt hat. Von dieser

.//.

Regel sind nach § 746 nur entwendete oder gefundene Sachen ausgenommen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde Grenchen die für in Frage kommenden Handlungen des Hn. Gast dadurch genehmigt hat, dass sie die von den HH. Zetter und Buchser in der Kirche Allerheiligen

ausgeführten Arbeiten acceptierte, & anderseits fünf Jahre lang zuwartete bevor sie gegen die Verabfolgung des streitigen Bildes Einsprache erhob, obwohl sie, wie aus den Akten klar hervorgeht, von dem Geschehen von Anfang an Kenntnis hatte.

Es wird ferner von der Gemeinde Grenchen gegen die Gültigkeit des zwischen Hn. Gast und Hn. Zetter geschlossenen Vertrages die Einwendung erheben, es habe dabei auf Seite des Hn. Gast ein den Vertrag aufhebender Jrrthum im Sinne von § 1023 des C.G. obgewaltet, weil ihm der Werth des streitigen Bildes, als Originalwerk von H. Holbein, nicht bekannt gewesen. Allein wenn auch als richtig anzunehmen ist, dass Hr. Gast die Originalität des fragl. Bildes nicht bekannt war, kann doch dieser Umstand schon desshalb nicht als ein den Vertrag auflösender Jrrthum angesehen werden,

weil der Werth des Bildes in demjenigen Zustande, in dem es übergeben worden, mit den Gegenleistungen der Hrn Zetter und Buchser in keinem erheblichen Missverhältnisse steht. Den hohen Werth, den das streitige Bild gegenwärtig besitzt, hat es, wie aus bei den Akten liegenden Gutachten der Sachverständigen hervorgeht, durch die mit grossem Risiko & bedeutenden Kosten verbundene Restauration erhalten, es ist somit auch diese Einwendung nicht geeignet das Klagbegehren zu rechtfertigen
erkannt:

Die Appellaten Hr. Zetter & tit. Kunstverein Solothurn seien nicht gehalten Der Appellantin löbliche Gemeinde Grenchen zu Handen der Kirche Allerheiligen das im Herbst 1864 von Hn. Zetter in benannter Kirche behändigte Madonabild herauszugeben oder als Gegenwerth Fr. 30,000 zu bezahlen.

Die Wiederklage zerfällt, indem dieselbe nur eventuell d. h. für den Fall aufgestellt worden ist, dass der Klägerin & Appellantin das Klagbegehren zugesprochen wird.

In Betreff der Kosten wurde

erkannt:

Dieselben seien mit Fr. 30 Vortragsgebühr für heute & Fr. 10 für den 24 Oktober abhin, im Gesamtbetrag von Fr. 525.40 Ct. der unterlegenen Partei, tit. Gemeinde Grenchen auferlegt.

IN. des Obergerichts,

der Präsident:

Burki

der Gerichtsschreiber

J. Fürholz