

**UNITED STATES COURT OF APPEALS
FOR THE SECOND CIRCUIT**

Sitzungsperiode August 2009

(Vorgetragen am: 9. Oktober 2009

Entscheidung: 2. September 2010)

Prozesslistennr. 08-5119-cv

DAVID BAKALAR,

Kläger -Widerbeklagter-Berufungsbeklagter,

—gegen—

MILOS VAVRA UND LEON FISCHER,

Beklagter-Widerkläger-Berufungskläger,

SCHENKER INC. UND SCHENKER & Co. A.G.,

Widerbeklagte

Vor:

CABRANES UND LIVINGSTON, *Amtsrichter*, und KORMAN, *Bezirksrichter*¹

Berufung gegen ein Urteil des United States District Court für den Südlichen Bezirk von New York (Richter Pauley), nach einer Hauptverhandlung ohne Jury, bei dem David Bakalar zum Eigentümer einer Zeichnung ohne Titel von Egon Schiele erklärt wurde.

AUFGEHOBEN UND ZURÜCKVERWIESEN. Richter Korman stimmt in einer eigenem Rechtsmeinung zu.

* The Hon. Edward R. Korman, Senior United States District Court Judge for the Eastern District of New York, Teilnahme nach Bestellung.

RAYMOND J. DOWD, (Carol A. Sigmond, Thomas V. Marino,
beteiligte Anwälte) Dunnington, Bartholow & Miller
LLP, New York,
N.Y., *für Beklagten -Widerkläger- Berufungskläger.*

JAMES A. JANOWITZ, (William L. Charron, *beteiligte
Anwälte*), Pryor 6 Cashman LLP, New York, N.Y.,
für Kläger -Widerbeklagten -Berufungsbeklagten.

EDWARD R. KORMAN, *Bezirksrichter:*

Dieser Fall behandelt einen Streit um das Eigentum an einer Zeichnung von Egon Schiele (die "Zeichnung") zwischen dem Kläger David Bakalar, dem derzeitigen Besitzer der Zeichnung, und den Beklagten Milos Vavra und Leon Fischer, Erben nach Franz Friedrich Grünbaum ("Grünbaum"). Obwohl die Zeichnung vom Künstler mit keinem Titel versehen wurde, lautet einer der beschreibenden Titel, unter denen es bekannt ist "Sitzende mit angezogenem linken Bein (Torso)."

Vavra und Fischer behaupten in ihrer Klageschrift folgende Fakten. Die Zeichnung war eine von einundachtzig Schieles, welche Teil einer Sammlung von 449 Kunstwerken im Eigentum von Grünbaum, einem österreichischen Kabarettisten waren und in dessen Wohnung in Wien aufbewahrt wurden. Grünbaum wurde seines Besitzes und Einflusses an der Zeichnung nach Verhaftung durch die Nazis und Unterzeichnung einer Vollmacht während seiner Inhaftierung in Dachau beraubt. Die mit 16. Juli 1938 (vier Monate nach seiner Inhaftierung) datierte Vollmacht ermächtigte seine Frau Elisabeth "die gesetzliche erforderliche Vermögenserklärung für mich einzubringen und in meinem Namen alle Erklärungen abzugeben und Unterschriften zu leisten, die für deren Rechtsgültigkeit gemäß den gesetzlichen Bestimmungen erforderlich sind und mich in allen Angelegenheiten allgemein zu vertreten." (A-936.)

In der Vermögenserklärung, auf die sich die Vollmacht bezog, mussten alle Juden ihr gesamtes Eigentum auflisten. Diese Informationen wurden danach von den Nazis verwendet, um Vermögenssteuern und

Strafmaßnahmen verschiedenster Art zu verhängen¹. Mit der Vollmacht, Grünbaum "in all [seinen] Angelegenheiten" zu vertreten konnten die Nazis Elisabeth zur Veräußerung des Vermögens von Grünbaum zum Zwecke der Bezahlung der auferlegten Steuern und Strafen zwingen.² Tatsächlich führte Franz Kieslinger, ein Schätzer der Nazis am Wiener Auktionshaus Dorotheum - einer "führenden Verkaufsstelle von Raubkunst in Österreich" (A-21265) - in einem Bericht, der vier Tage nach der Unterzeichnung der Vollmacht datiert ist, eine Schätzung der 449 Kunstwerke, die Grünbaum in seiner Wohnung aufbewahrt hatte, darunter der einundachtzig Schieles, durch. Am 1.

¹ "Von besonderer Bedeutung ist die Verordnung vom 26. April 1938, nach der Juden ihr Vermögen registrieren lassen mussten und die sowohl diejenigen, die das Reich (wovon Österreich Teil war) verlassen wollten als auch diejenigen erfasste, die blieben, wobei das Reich versuchte, sich deren im Inland wie auch im Ausland befindliche Vermögenswerte anzueignen." Claims Resolution Tribunal: Deposited Assets Claims: Selected Laws, Regulations, and Ordinances Used by the Nazi Regime to Confiscate Jewish Assets Abroad. http://crt-ii.org/_nazi_laws/; siehe auch Robert Gallately, *Backing Hitler: Consent and Coercion in Nazi Germany* 124 (2001); Otto D. Toschus, *Goering Starts Final Liquidation of Jewish Property in Germany*, N.Y. Times, Apr. 28, 1938, S. 1

² Während die Nazis einfach den gesamten Besitz Grünbaums ohne Vollmacht beschlagnahmen hätten können, zeigt ihre Vorgangsweise in diesem Fall die Praxis, Diebstahl mit einem Anstrich von Rechtmäßigkeit zu versehen. Raul Hilberg, der führende Historiker des Kriegs der Nazis gegen die Juden, schrieb dazu: "Überall waren Anwälte, ihr Einfluss durchdrang alles. Immer wieder mussten gesetzliche Rechtfertigungen erfolgen." Raul Hilberg, *Perpetrators Victims, Bystanders: The Jewish Catastrophe, 1933-1945*, S. 71 (1992). Tatsächlich beobachtete der US Generalkonsul in Wien damals "es gibt einen kuriosen Respekt für legalistische Formalitäten. Die Unterschriften der beraubten Person wird stets eingeholt, selbst wenn die fragliche Person nach Dachau geschickt werden muss, um ihren Widerstand zu brechen." Siehe Lynn H. Nicholas, *The Rape of Europe: The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War* 39, Kap. 2 n. 30 (First Vintage Books ed., 1994) (Zitat NA, RG 59, SD Kabel 862, 4016/2103, Geist, Berlin, an Secretary of State, 11. April 1939); siehe auch Gallately, *oben*, Fußnote 1, S. 124. Wissenschaftler haben erklärt, dass die Einhaltung legalistischer Formalitäten keine kuriose Exzentrizität war. Siehe z.B. Henry Friedlander, *Nazi Crimes and the German Law, in Nazi Crimes and the Law* 16-17 (Nathan Stoltzfus & Henry Friedlander, Hrsg., 2008). Stattdessen "stärkte die Einhaltung rechtlicher Formen die Macht [des Reichs]. Aufrechte Bürger fühlten die moralische Verpflichtung, sich der Autorität des Gesetzes zu unterwerfen ... Widerstand war unmoralisch. Waren Bürger wegen einer speziellen Politik beunruhigt, wurden ihre Gewissensbisse mit dem Herzeigen eines Dokuments mit Stempel, das einem Dekret Folge leistete, gelindert." Richard Lawrence Miller, *Nazi Justice: Law of the Holocaust* 1 (1995). Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Gesetz "die Frage der Moral oder Legitimität des Prozesses beseitigte". Peter Hayes, *Summary and Conclusions, in confiscation of Jewish Property in Europe, 1933-1945: New Sources and Perspectives: Symposium* 143, 147 (2003).

August 1938 unterzeichnete Frau Grünbaum eine Liste der Vermögenswerte "für Franz Friedr. Grünbaum, gemäß Vollmacht vom 16. Juli 1938." (A-933.) Ihre darauf erfolgte Angabe des Werts entsprach der Schätzung Kieslingers.

Wie die Zeichnung von Wien in die Galerie St. Etienne, der New Yorker Kunstgalerie, von der Bakalar sie erwarb, gelangte, ist unklar. Grünbaum starb 1941 in Dachau.

In der Todesanzeige, einem Dokument, das bei dem Wiener Bezirksgericht verwahrt ist, dem Frau Grünbaum den Tod ihres Ehemannes meldete, wird angeführt, dass "laut Witwe des Verstorbenen, Elisabeth Sara Grünbaum, kein Nachlass vorhanden ist." (A-982.) Frau Grünbaum wurde am 5. Oktober 1942 von den Nazis verhaftet und starb kurz darauf in einem Konzentrationslager in Minsk. Die Zeichnung wurde gemeinsam mit fünfundvierzig anderen Schieles im Februar und Mai 1956 von der Galerie Gutekunst, einer Schweizer Kunstgalerie, gekauft. Der Bezirksrichter stellte fest, dass Mathilde Lukacs-Herzl ("Lukacs-Herzl" oder "Lukacs"), die Schwester von Frau Grünbaum, die Verkäuferin gewesen war. Im weiteren Verlauf des Jahres wurde die Zeichnung am 18. September 1956 von der Galerie St. Etienne erworben und nach New York versandt. Am 12. November 1963 verkaufte diese die Zeichnung um \$4.300 an David Bakalar.

Bakalar, ein Einwohner des Bundesstaats Massachusetts, hat diese Feststellungsklage eingereicht, um zu bewirken, dass er als rechtmäßiger Besitzer der Zeichnung anerkannt wird. Die Klage wurde eingereicht, nachdem bei einer Auktion bei Sotheby's ein Höchstgebot von rund \$675.000 für die Zeichnung offensichtlich wegen eines im Auftrag von Milos Vavra und Leon Fischer verfassten Briefs, in dem Bakalars Eigentümerschaft angefochten wurde, zurückgezogen wurde. Vavra und Fischer, die von einem österreichischen Gericht formell als Erben des Nachlasses von Grünbaum eingesetzt wurden, sind die genannten Beklagten in dieser Causa. Als Reaktion auf die Klage Bakalars reichten Vavra und Fischer, die in der Tschechischen Republik bzw. in New York ansässig sind, Widerklage auf ein Feststellungsurteil, Herausgabe und Schadenersatz ein. Nach einer

Hauptverhandlung ohne Jury im Southern District von New York (Richter Pauley) wurde das Urteil auf Grundlage der Feststellung des Sachverhalts und Rechtsfolgerungen, die den Anspruch von David Bakalar, nach dem er der rechtmäßige Besitzer sei, aufrechterhielten, eingetragen.

In seiner Sachverhaltsfeststellung und den Rechtsfolgerungen nach dem Verfahren bekräftigte der Bezirksrichter seine Entscheidung vor dem Verfahren, dass Schweizerisches Recht anzuwenden sei. *Bakalar g. Vavra*, 2008 WL 4067335, auf *6 (S.D.N.Y. 2. Sept. 2008) (zitiert wird *Bakalar g. Vavra*, 550 F. Supp. 2d 548, 550 (S.D.N.Y. 2008)). Gemäß Schweizerischem Recht, "wird eine Person, die einen Gegenstand in gutem Glauben erwirbt und in Besitz nimmt, deren Eigentümer, selbst wenn der Verkäufer zur Übertragung des Eigentums nicht berechtigt oder bevollmächtigt war." *Id.* auf *7. Eine "maßgebliche Ausnahme zu dieser Regel besteht darin, dass, wenn der Gegenstand verloren ging oder gestohlen wurde, der Besitzer, der ihn zuvor verloren hat, fünf Jahre lang das Recht auf Rückforderung des Gegenstands hat." *Id.* Der Bezirksrichter war weiters der Ansicht dass, weil Lukacs-Herzl "Besitzerin der Zeichnung und anderer Werke von Schiele war, die sie verkaufte" und zwar im Jahr 1956, die Galerie Gutekunst als Käuferin "zur Annahme berechtigt war, dass sie deren Besitzerin war." *Id.* Da die Galerie Gutekunst in gutem Glauben gekauft hatte und da die Erben von Grünbaum "keinen konkreten Nachweis erbringen konnten, dass die Nazis die Zeichnung geraubt hatten oder dass diese Grünbaum anderweitig entwendet worden war," hat Bakalar mit dem Kauf der Zeichnung von Galerie St. Etienne rechtmäßiges Eigentum daran erworben. *Id.* auf *8. Selbst wenn die Zeichnung vor dem Erwerb durch Galerie Gutekunst 1956 zu irgendeinem Zeitpunkt gestohlen worden wäre, wären "absolute Ansprüche auf den Besitz" seitens der der Zeichnung Bestohlenen "fünf Jahre später, 1961, verloschen", gemäß Schweizerischem Recht. *Id.* auf *7.

DISKUSSION

I

Aufgrund verschiedener Staatsbürgerschaften sind für die Rechtssprechung die New Yorker Grundlagen des anzuwendenden Rechts heranzuziehen. *Klaxon Co. g. Stentor Elec. Mfg. Co.*, 313 U.S. 487, 496 (1941). Bevor wir auf die Analyse der Rechtswahl eingehen, befassen wir uns mit der ersten Frage, ob

ein Unterschied zwischen dem Recht der Schweiz und New Yorks besteht, von dem das Ergebnis dieses Falls anhängt.

Wir kommen zur Schlussfolgerung, dass ein signifikanter Unterschied besteht, der sich in den Gesetzen und der Politik der beiden Jurisdiktionen widerspiegelt.

A. Schweizerisches Recht und Praxis

Die vorstehende Zusammenfassung der Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfolgerungen des Bezirksrichters enthält eine Beschreibung des Schweizerischen Rechts, der wir nur einige wenige Worte hinzufügen. Gemäß Artikel 934 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, zusammengefasst vom Gutachter Bakalar, "erwirbt ein Käufer, der in gutem Glauben handelt, *nach fünf Jahren das rechtmäßige Eigentum an dem gestohlenen Gut*. Nach Ablauf von fünf Jahren ist der frühere Eigentümer des gestohlenen Guts nicht mehr berechtigt, die Rückgabe des gestohlenen Guts vom gutgläubigen Besitzer zu verlangen." (A-706) (Hervorhebung im Original). Darüber hinaus, so der Gutachter von Bakalar, geht das Schweizerische Recht auch davon aus, dass ein Käufer in gutem Glauben handelt und ein Kläger, der die Herausgabe eines gestohlenen Guts verlangt, beweisen muss, dass der Käufer nicht in gutem Glauben gehandelt hat. *Siehe auch In re Holocaust Victim Assets Litig.*, 105 F. Supp. 2d 139 (E.D.N.Y. 2000), *affd.*, 413 F.3d 183, 186 (2d Cir. 2005); *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.*, 717 F. Supp. 1374, 1400 16 (S.D. Ind. 1989), *affd.*, 917 F.2d 278 (7th Cir. 1990). Bezeichnenderweise bestand laut Gutachter von Bakalar

niemals eine rechtliche Vermutung, dass Kunstwerke mit möglichem Bezug zu Deutschland während des 2. Weltkriegs (d.h. aus einer deutschen Sammlung stammend oder von Künstlern geschaffen, die von den Nazis für "entartet" befunden worden waren) allgemein und *per se* als problematisch gelten würden und dass ein Händler, der solche Kunstwerke übernimmt, in den 1950-er Jahren automatisch größere Vorsicht hätte walten lassen müssen. Eine derartige Vermutung bestand im Schweizerischen Recht weder in den 1950-er Jahren noch besteht sie heute.

Siehe auch Abschlussbericht der Unabhängigen Expertenkommission (Bericht Bergier-Kommission),

Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg 364 (2002).

Es ist zwar richtig, so Bakalars Gutachter weiter, dass "[i]m Jahre 1987 der Oberste Gerichtshof der Schweiz die Standards für die Sorgfaltspflicht bezüglich Verkäufen von *Second-hand Luxusautomobilen* und später auch für das Geschäft mit Antiquitäten erhöht hat, weil "in diesen Branchen häufig gestohlene Güter vorkommen; deshalb kann von Käufern in diesen Bereichen eine gesteigerte Wachsamkeit erwartet werden," und "[w]ährend einige Schweizer Rechtskommentatoren der Ansicht sind, dass der *Kunstmarkt* ebenso in diese Kategorie riskanter Geschäftsbereiche fallen sollte, hat der Oberste Gerichtshof der Schweiz die strengeren Maßstäbe *nicht* auf Transaktionen mit Kunstwerken ausgeweitet," (A-714) (Hervorhebung im Original).

Dennoch argumentiert Bakalar, dass das Schweizerische Recht "gegenüber den Rechten enteigneter früherer Besitzer nicht blind ist" und "der Möglichkeit von Diebstahl nicht gleichgültig gegenübersteht." Während diese milde Beurteilung im Schweizerischen Recht von anderen angefochten wurde, *siehe z.B.* Hector Feliciano, *The Lost Museum: The Nazi Conspiracy to Steal the World's Greatest Works of Art* 155 (1. Ausgabe. 1995), haben wir keine Gelegenheit, dieses Thema anzusprechen. Stattdessen nehmen wir das Offensichtliche zur Kenntnis: Schweizerisches Recht errichtet bedeutende Hürden bei der Wiedererlangung gestohlener Kunstwerke sowie beinahe "unüberwindbare" Hindernisse bei der Wiedererlangung von Kunstwerken, die die Nazis Juden und anderen Personen während des Zweiten Weltkriegs und in den Jahren davor gestohlen hatten. *In re Holocaust Victim Assets Litig.*, 105 F. Supp. 2d 139 auf 159 ("[D]ie legalen und praktischen Hindernisse bei der Wiedererlangung [gestohlener] Kunstwerke . . . sind bereits beträchtlich, wenn nicht unüberwindbar.").

B. New Yorker Recht

Im Gegensatz zur Schweiz kann in New York ein Dieb kein rechtmäßiges Eigentum übertragen. *Siehe Menzel v. List*, 49 Misc. 2d 300, 305 (N.Y. Sup. Ct. 1966), *modifiziert nach Schadenersatz*, 28 A.D.2d 516 (1st Dep't 1967), *revidiert nach Modifikation*, 24 N.Y.2d 91 (1969); *siehe auch Silsbury v. McCoon*, 3 N.Y. 379, 383-84 (1850).

Dies bedeutet, dass nach New Yorker Recht, wie in *Menzel g. List* ausdrücklich entschieden und von einem Rechtswissenschaftler festgestellt, "in Ermangelung anderer Erwägungen ein während des Zweiten Weltkriegs gestohlenen Kunstwerk noch immer dem ursprünglichen Besitzer gehört, selbst wenn es danach verschiedene Käufer gegeben hat und selbst wenn jeder dieser Käufer keinerlei Kenntnis davon hatte, dass es sich um gestohlene Güter handelte." Michelle I. Turner, Anmerkung, *The Innocent Buyer of Art Looted During World War II*, 32 Vand. J. Transnat'l L. 1511, 1534 (1999). Die Art und Weise, wie die New Yorker Regelung angewendet wird zeigt die übergeordnete Sorge, dass New York kein Handelsplatz für gestohlene Güter und insbesondere gestohlene Kunstwerke werden darf.

Der führende New Yorker Fall in diesem Bereich ist *Solomon R. Guggenheim Found. g. Lubell*, 77 N.Y.2d 311 (1991), der das Thema, wann ein Klagsgrund für die Herausgabe entsteht, prinzipiell anspricht, womit eine dreijährige Verjährungsfrist ausgelöst wird. Der Fall wurde vor dem Hintergrund des New Yorker Markts für gestohlene Kunstwerke entschieden. Wie ein Kommentator dazu bemerkte, "[w]eil gestohlene Kunstwerke sehr wertvoll sein können, schließlich in den offenen Markt eingeschleust werden können und vielleicht von einer undurchsichtigen Einrichtung der Kunstgalerie abgewickelt werden, werden Kunstbesitzer zum Opfer des internationalen Handels mit gestohlenen Kunstwerken. Die ursprünglichen Besitzer haben aber nur bruchstückhafte und kaum bekannte Mechanismen zur Verfügung, mit denen sie ihre gestohlene Kunstgüter wiedererlangen können." Sydney M. Drum, Kommentar, *DeWeerth g. Baldinger: Making New York A Haven for Stolen Art?*, 64 N.Y.U. L. Rev. 909, 944 (1989). Darüber hinaus werden sie "durch die übliche Praxis der Kunsthändler, die Herkunft der gehandelten Kunstwerke nicht zu prüfen, noch weiter benachteiligt. Die Kunsthändler beteuern zwar, dass sie lediglich dem Wunsch ihrer wohlhabenden Kunden nach Anonymität entsprechen wollen und sie rechtlich nicht verpflichtet sind, der Herkunft der gehandelten Kunstwerke nachzugehen, doch diese Anonymität bringt mit sich, dass illegale Geschäfte nicht wie erforderlichlich geprüft werden." *Id.* auf 912-13.

Die von Drum beschriebenen Umstände zeigen sich in den Marktbedingungen im Gutachten

von *Lubell*. Tatsächlich beginnt der erste Absatz mit der Beobachtung, dass "[d]er Hintergrund zu dieser Klage auf Herausgabe der New Yorker Kunstmarkt ist, wo Meisterwerke außergewöhnliche Preise bei Auktionen erzielen und der illegale Handel mit gestohlenen Objekten eine eigene Industrie ist." *Lubell*, 77 N.Y.2d auf 314 (internes Zitat ausgelassen). *Lubell* weist dann darauf hin, dass das "New Yorker case law (Richterrecht) lange Zeit das Recht des Eigentümers, dessen Eigentum gestohlen wurde, auf Wiedererlangung desselben geschützt hat, selbst wenn es im Besitz eines gutgläubigen Käufers gegen Entgelt ist." *Id.* auf 317. Ein Aspekt dieses Schutzes ist die Bestimmung, dass ein Klagsgrund auf Herausgabe gegen den gutgläubigen Käufer gestohlenen Eigentums "entsteht, wenn der wahre Eigentümer die Rückgabe des beweglichen Guts verlangt und die in dessen Besitz befindliche Person dies verweigert. Bis zur Erhebung der Forderung und der Verweigerung gilt der Besitz des gestohlenen Gutes seitens des gutgläubigen Käufers gegen Entgelt nicht als unrechtmäßig" und die Verjährung beginnt nicht zu laufen. *Id.* auf 317-18 (internes Zitat ausgelassen).

Während das Berufungsgericht anerkannte, dass "die Regelung der Forderung und Verweigerung nicht die einzig mögliche Methode zur Bewertung des Entstehens eines Anspruchs auf Herausgabe darstellt, scheint es allerdings diese Regelung zu sein, die den wahren Eigentümern der gestohlenen Güter den besten Schutz bietet," wies es jegliche Vermutung, dass weniger starke Schutzmaßnahmen anzuwenden seien, zurück. *Id.* auf 318. Damit wies es die Genehmigung einer Regelung bezüglich Ausforschung und Entdeckung zurück, "wobei die Verjährung ab dem Zeitpunkt läuft, zu dem der Eigentümer den Verbleib der gestohlenen Kunstwerks herausfand oder angemessener Weise herausfinden hätte sollen." *Id.* auf 318-19.

Das Berufungsgericht hat tatsächlich festgestellt, dass New York die Annahme einer derartigen Regelung bereits in Betracht gezogen — und abgelehnt— hatte. Insbesondere wurde gegen eine Gesetzesvorlage, mit dem ein Museum künftigen Forderungen gegenüber immun sein sollte, sobald es "den Erwerb wie erforderlich öffentlich bekannt gegeben hat und die dreijährige Verjährungsfrist abgelaufen ist," Drum, *oben* auf 936, von Gouverneur Mario Cuomo ein Veto eingelegt, der "behauptete, dass er vom State Department darauf hingewiesen wurde, dass die Gesetzesvorlage bei einem eventuellen Inkrafttreten dazu führen würde, dass New York 'ein Zufluchtsort für im Ausland

gestohlene Kulturgüter werden würde, da für diese Gegenstände infolge der begrenzten Verjährungsfrist laut Gesetzesvorschlag keine Wiedererlangung mehr möglich wäre." *Lubell*, 77 N.Y.2d auf 319 (Änderung im Original).

Das Berufungsgericht stellte fest, dass "[d]ie Geschichte dieser Gesetzesvorlage und die vom Gouverneur geäußerten Bedenken bei seinem Einspruch gemeinsam mit dem umfassenden Richterrecht, das die Regelung von Forderung und Verweigerung verdeutlicht, uns überzeugt, dass diese Regelung Recht in New York bleibt und dass es keinen Grund zur Verschleierung ihres direkten Schutzes der wahren Eigentümer gibt, indem eine angemessene Sorgfaltspflicht geschaffen wird." *Id.* Bei der Begründung dieser Entscheidung stellte das Berufungsgericht fest, dass seine Entscheidung

. . . teilweise durch [dessen] Anerkennung der Tatsache beeinflusst ist, dass New York weltweit einen Ruf als herausragendes kulturelles Zentrum genießt. Die Last der Aufspürung eines gestohlenen Kunstwerks auf den wahren Eigentümer zu übertragen und die Aufkündigung der Rechte dieses Eigentümers auf Wiedererlangung seines Eigentums, wenn diese Verpflichtung nicht erfüllt wird, ermutigt unserer Ansicht nach den illegalen Handel mit gestohlener Kunst. Drei Jahre nach dem Diebstahl könnte jeder Käufer, ob gutgläubig oder nicht, ein gestohlenen Kunstwerk behalten, wenn der wahre Eigentümer nicht in der Lage war nachzuweisen, eine angemessene Suche nach dem fehlenden Werk vorgenommen zu haben. Diese Verlagerung der Beweislast auf den geschädigten Eigentümer ist unangemessen. Unserer Meinung nach verleiht die bessere Regelung dem Eigentümer relativ größeren Schutz und überträgt die Last der Nachforschung der Herkunft eines Kunstwerks dem potenziellen Käufer.

Id. auf 320.

Die Entscheidungen des Berufungsgerichts beschränkten sich nicht auf diese Aussagen in *Lubell*. In seiner Urteilsbegründung wird weiter die Übereinstimmung mit der Revisionsabteilung ("Appellate Division") angeführt und zwar "aus den von diesem Gericht bekannt gegebenen Gründen, wonach die Last des Nachweises, dass das Gemälde nicht gestohlen wurde beim [Besitzer] liegt." *Id.* auf 321. Insbesondere hatte die Revisionsabteilung befunden, dass "der Tatbestand des Diebstahls der Gouache besteht, und dass die Beweislast bezüglich dieses Themas beim Beklagten liegt, wobei feststeht, dass eine Klage wegen widerrechtlichen Zurückhaltens jeden Tatbestand enthält, der für die Wiedererlangung wesentlich ist, wo das Eigentum des Klägers an dem Objekt sowie der Besitz und

die Verweigerung der Herausgabe des Beklagten behauptet wird." *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 153 A.D.2d 143, 153 (1st Dep't 1990) (zitiert wird 23 N.Y. Jur. 2d, widerrechtliche Aneignung und Klage auf Rückerstattung, §175, auf 422). Während die Revisionsabteilung anerkannte, dass die Last, die sie dem gutgläubigen Besitzer auflegte eine "schwere" sei, legte sie dar, dass "sie sehr wohl dem Prinzip Wirkung verleiht, dass Personen auf eigene Gefahr mit dem Eigentum an beweglichen Gütern umgehen oder das Eigentum an diesen ausüben." *Id.* (interne Zitate ausgelassen).

II

Vor diesem Hintergrund wenden wir uns dem Thema der angemessenen Rechtswahl sowie dem Punkt, ob die Zeichnung gestohlen war, zu. Wir widmen uns zuerst der Rechtswahl, weil es im Falle der Geltung Schweizerischen Rechts unerheblich ist, ob die Zeichnung gestohlen wurde. Ausdrücklich befand der Bezirksrichter wie folgt:

"Gemäß den Regelungen New Yorks bezüglich Rechtswahl unterliegen Fragen der Gültigkeit einer Übertragung persönlichen Eigentums dem Recht des Staates, in dem sich dieses Eigentum zum Zeitpunkt der behaupteten Übertragung befindet." 550 F. Supp. 2d auf 550 (zitiert wird *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Inc.*, 1999 WL 673347, auf *4-5 (S.D.N.Y. 30. Aug. 1999)). Demgemäß folgert er, dass "[d]as Gericht das Recht des Landes anwenden muss, wo die Eigentumsübertragung allenfalls stattgefunden hat." (*Id.*) (interes Zitat ausgelassen). Mit der Annahme dieser Rechtswahlbestimmung bezog sich der Richter stark auf die Auffassung von Richter Mishler in *Kunstsammlungen Zu Weimar v. Elicofon*, 536 F. Supp. 829, 845-46 (E.D.N.Y. 1981), *affd.*, 678 F.2d 1150, 1157-58 (2d Cir. 1982).

Elicofon resultierte aus dem Diebstahl von zwei Gemälden von Albrecht Dürer im Besitz des Vorgängers der Kunstsammlungen zu Weimar, einem deutschen Kunstmuseum. Im Juli 1945, während der amerikanischen Besatzung der Stadt Weimar, wurden die Gemälde aus einem Schloss, in

dem sie aufbewahrt wurden, gestohlen. Edward Elicofon erwarb die Gemälde 1946 gutgläubig von einem Ex-Soldaten, der in seiner Wohnung in Brooklyn, New York erschien und behauptete, er habe sie in Deutschland gekauft. *Elicofon*, 536 F. Supp. 2d auf 830, 833. Rund zwanzig Jahre später forderte das Museum nach Entdeckung ihres Verbleibs ihre Rückgabe. Elicofon verweigerte dies und das Museum klagte auf Herausgabe der Gemälde. Elicofon beantragte ein Urteil im abgekürzten Verfahren gemäß einer Bestimmung des deutschen Eigentumsrecht mit der Bezeichnung *Ersitzung*, die den Erwerb des Eigentums an beweglichen Gütern durch gutgläubigen Kauf und Besitz ohne Mitteilung eines Rechtsmangels innerhalb von zehn Jahren ab dem Tag, an dem der rechtmäßige Eigentümer seinen Besitz verliert, ermöglichte.

Richter Mishler kam zu dem Schluss, dass die wesentlichen Sachfragen in Zusammenhang mit deutschem Recht nicht herangezogen zu werden brauchen, "weil gemäß New Yorker Rechtswahltheorie deutsches Recht nicht gilt, um festzustellen, ob Elicofon Eigentum an den Gemälden erworben hat." *Id.* auf 845. Insbesondere stellte Richter Mishler in der oben zitierten Sprache fest, dass "New Yorks Rechtswahl vorschreibt, dass Fragen zur Gültigkeit der Übertragung persönlichen Eigentums dem Recht des Staates unterliegen, in dem sich das Eigentum zum Zeitpunkt der behaupteten Übertragung befand." *Id.* auf 845-46. Da Elicofon die Gemälde in New York kaufte, kam Richter Mishler zu dem Schluss, dass New Yorker Recht anzuwenden sei. Zudem schloss Richter Mishler, dass selbst bei Anwendung der moderneren "Interessensanalyse" New Yorker materielles Recht anzuwenden sei. *Id.*

Das Problem bei der traditionellen Auswahl des anzuwendenden Rechts, auf die sich Richter Mishler zum Teil und der Bezirksrichter hier ausschließlich bezog, besteht darin, dass sie nicht mehr die aktuelle Rechtswahlregelung in New York bezüglich persönlichem Eigentum widerspiegelt. Dies zeigt sich an unserer Entscheidung in *Kahara Bodas Co., LLC g. Perusahaan Pertambangan Dan Gas Bumi Negara*, 313 F.3d 70, 85 n.15 (2d Cir. 2002). Der Kläger argumentierte dort, dass "das Recht

der Belegenheit (Situs) des angefochtenen Eigentums allgemein vorherrscht." *Id.* Wir haben die Anwendung dieser Bestimmung abgelehnt, weil "das New Yorker Berufungsgericht die 'traditionelle Situs-Bestimmung' ausdrücklich zu Gunsten der Interessensanalyse in *Istim* zurückgewiesen hat." *Id.* (zitiert wird *Istim, Inc. g. Chemical Bank*, 78 N.Y.2d 342, 346-47 (1991)). Die Interessensanalyse, die in allen Rechtswahlkontexten allgemein gilt, *siehe Istim*, 78 N.Y.2d auf 347, beginnt mit der Untersuchung der Kontakte, die jede Jurisdiktion mit dem Vorfall hat, der den Klagsgrund bewirkt. *Siehe Kahara Bodas*, 313 F.3d auf 85. "Sobald diese Kontakte entdeckt und analysiert werden, werden sie erkennen lassen (1), dass kein echter Gesetzeskonflikt besteht, . . . wie in den meisten Fällen von Rechtswahl, oder (2), dass ein echter Konflikt besteht, z.B. beide Jurisdiktionen haben ein Interesse an der Anwendung ihres Rechts." *In re Crichton's Estate*, 20 N.Y.2d auf 135 n.8. "Bei Eigentumsstreitigkeiten sieht die New Yorker Rechtswahlbestimmung bei Feststellung eines Konflikts vor, dass eine 'Interessensanalyse' durchzuführen ist, bei der das 'Recht der Jurisdiktion, die das größte Interesse am Rechtsstreit hat, angewendet [wird] und . . . die Fakten oder Kontakte, die bei der Definition der Staatsinteressen maßgeblich werden, diejenigen sind, die sich auf den Zweck des jeweiligen in Konflikt stehenden Rechts beziehen." *Kahara Bodas*, 313 F.3d auf 85.

Die alternative Grundlage für die Auffassung von Richter Mishler in *Elicofon* liefert ein eindeutiges Beispiel der Anwendung der Interessensanalyse. Während der Diebstahl der Gemälde in Deutschland stattfand, folgerte er richtig, dass der Ort des Diebstahles für das Interesse der zugrundeliegenden *Ersitzung* einfach nicht maßgeblich war. *Elicofon*, 536 F. Supp. auf 846. Im Gegensatz dazu "sind die Kontakte des Falles mit New York, *d.h.* Elicofon erwarb und bewahrt die Gemälde hier auf, tatsächlich für die Durchsetzung seines Interesses an der Regelung der Übertragung des Eigentums auf eine Art, die am besten seine Politik fördert, maßgeblich." *Id.*

Richter Mishler weiter:

Bei der Anwendung der New Yorker Bestimmung, dass ein Käufer kein rechtmäßiges Eigentum von einem Dieb erwerben kann, befassen sich die New Yorker Gerichte nicht mit der Frage, wo der Diebstahl begangen wurde, sondern einfach damit, ob ein Diebstahl stattgefunden hat. Der Wohnsitz des

wahren Eigentümers ist gleichfalls nicht wesentlich [,] denn die Politik von New York ist nicht der Schutz der ansässigen Eigentümer, sondern der Eigentümer allgemein *als Mittel zur Bewahrung der Integrität von Transaktionen und um zu verhindern, dass der Staat ein Markt für gestohlene Güter wird.* Mit der Feststellung, dass New Yorker Recht die Frage des Eigentums regelt, sind wir der Meinung, dass Elicofon das Eigentum nicht durch Ersitzung erwarb.

Id. (Hervorhebung hinzugefügt).

Richter Mishlers Analyse des zwingenden Interesses von New York, "die Integrität von Transaktionen zu bewahren und zu verhindern, dass der Staat ein Markt für gestohlene Güter wird," die vor der klaren Äußerung dieses Interesses durch das Berufungsgericht in *Lubell* erfolgte, ist hier maßgeblich. Wie auch immer die Zeichnung in Besitz der Schweizer Kunstgalerie gelangte, New York hat ein zwingendes Interesse an der Anwendung seines Rechts. Tatsächlich hat New York sein eigenes Recht in einem diesem vergleichbaren Fall ohne sich mit einer Rechtswahlanalyse zu befassen angewendet. *Siehe Menzel*, 49 Misc. 2d auf 314-15. Einfach ausgedrückt: Wenn der Forderung von Vavra und Fischer Glauben geschenkt wird, wurde einer New Yorker Kunstgalerie in New York ein gestohlenen Kunstwerk geliefert, das diese in New York an Bakalar verkaufte. Tatsächlich gesteht Bakalar zu, dass "ein erheblicher Teil der Ereignisse oder Versäumnisse, die diese Forderung begründet haben", in New York eingetreten sind. (A-271.) Diese "Ereignisse und Versäumnisse" haben New York zu einem "Markt für gestohlene Güter" und insbesondere für gestohlene Kunstwerke gemacht, was in *Lubell* von besonderer Bedeutung war. *Siehe* 77 N.Y.2d auf 320.

Die Entscheidung eines Eigentumstreits bezüglich der Zeichnung zwischen Parteien, die ansonsten keine Beziehung zur Schweiz haben, hat hingegen keinerlei Schweizerisches Interesse einfach deshalb, weil sie dort war, zur Folge. Während die Zeichnung in der Schweiz von einer Schweizer Galerie gekauft wurde, die sie innerhalb von fünf Monaten an eine New Yorker Kunstgalerie weiterverkaufte, hätte die Anwendung New Yorker Rechts keine negative Auswirkung auf die Schweizer Kunstgalerie. Noch hätte dies eine Auswirkung auf irgendeinen anderen

Schweizer Bürger oder ein Schweizer Interesse. Die Anwendung New Yorker Rechts kann dazu führen, dass New Yorker Käufer von Kunstwerken mehr darauf achten, sich von der legitimen Herkunft ihres Kaufs zu überzeugen. Dies kann wiederum den extraterritorialen Verkauf von Kunst durch Schweizer Galerien negativ beeinflussen. Das spärliche Interesse der Schweiz an diesen Umständen muss jedoch dem wesentlich größeren Interesse New Yorks weichen, wie dies in *Lubell* und *Elicofon* zum Ausdruck kommt, nämlich zu verhindern, dass der Staat ein Markt für gestohlene Güter wird. *Elicofon*, 536 F. Supp. auf 846, *Lubell*, 77 N.Y.2d auf 320. Daher anerkennt das "Restatement (Second) of Conflict of Laws", das stark zur Situs-Regel neigt, dass "[es] auch Anlässe geben wird, bei denen das lokale Recht eines Staates und nicht das des Staates, in dem sich das bewegliche Gut zur Zeit der Übermittlung befand, wegen der Intensität des Interesses des Staates an der Anwendung seines lokalen Rechts zur Feststellung des jeweiligen Streitfalls angewendet werden sollte." Restatement (Second) of Conflict of Laws § 244 cmt. g (1971).

Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Inc., 1999 WL 673347 (S.D.N.Y. 13 30. Aug. 1999), worauf sich der Bezirksrichter und Bakalar stark stützen, erzwingt kein anderes Ergebnis. Kernfrage in diesem Fall war, ob New Yorker oder französisches Recht bei einem gestohlenen Kunstgegenstand zur Anwendung kommen sollte, den sich ein Bürger Frankreichs nach dreißig Jahren ersessen hatte, wie dies im französischen Recht zulässig ist. Der Kunstgegenstand wurde schließlich nach New York gebracht, wo ihn das Auktionshaus Christie's, Inc. für \$2 Millionen versteigerte. Das Griechisch-Orthodoxe Patriarchat von Jerusalem verklagte daraufhin den Käufer und den früheren französischen Eigentümer. Der Bezirksrichter gewährte ein Urteil im beschleunigten Verfahren zugunsten der Beklagten mit der Begründung, dass französisches Recht gelte und aufgrund von Verwirkung. Die Rechtswahl wurde auf Grundlage der falschen Anwendung der Situs-Regel durch die Bezirksrichterin bestimmt. Zudem lehnte sie die Anwendung der Ausnahme gemäß öffentlicher Politik auf die Regelung ab, nachdem sie festgestellt hatte, dass "[d]ie dreißig Jahre-Frist für die Ersitzung gemäß französischem Recht jedoch

eine wesentliche Zeitspanne und keine Andeutung einer 'kommerziellen Gleichgültigkeit darstellt.'" *Id.* auf *5. Wir brauchen hier nicht zu beurteilen, ob die Anwendung französischen Rechts korrekt war, obwohl wir sagen können, dass die Situs-Regel, auf die sich die Bezirksrichterin berief, mit der New Yorker Rechtswahlbestimmung nicht übereinstimmt und dass Schweizerisches Recht und die Handelspraxis, die dieses fördert, sich wesentlich von Frankreich unterscheidet.¹

Während wir uns auf das Recht der Schweiz und von New York konzentriert haben, gibt es noch eine dritte Jurisdiktion, deren Gesetze wohl von Relevanz sind. Die Zeichnung begann ihre Reise in Österreich, und österreichische Gerichte haben Vavra und Fischer als Erben des Nachlasses von Grünbaum anerkannt. Gewiss hat Österreich kein Interesse, die Forderung dieser Erben gegenüber einem Bürger der Vereinigten Staaten zu Fall zu bringen. Dennoch ist von Relevanz, dass Österreich nach dem Zweiten Weltkrieg das so genannte Nichtigkeitsgesetz erließ, das vorsah "[a]lle entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen während der deutschen Besetzung Österreichs sind null und nichtig, wenn sie im Zuge seiner durch das Deutsche Reich erfolgten politischen oder wirtschaftlichen Durchdringung vorgenommen worden sind, um natürlichen oder juristischen Personen Vermögenschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, die ihnen am 13.03.1938 zugestanden sind." NichtigkeitsG Nr. 106/1946, § 1. Die auf Grundlage des österreichischen Nichtigkeitsgesetzes erhobenen Forderungen sollten durch nachfolgende Gesetzgebung geregelt werden. Während Österreich ein Gesetz zur Regelung der Rückgabe von Vermögen von Privatpersonen — das Dritte Rückstellungsgesetz BGB Nr. 54/1947 - beschloss, das

¹ Gemäß Bakalars Gutachter wird im Schweizerischen Gesetz über den Internationalen Kulturgütertransfer ("KGTG") die Verjährungsfrist für die Rückgabe gestohlener oder verlorener Kulturgüter von gewisser Bedeutung von fünf auf dreißig Jahre erweitert. Das Gesetz gilt jedoch nicht für Ereignisse vor seiner Inkraftsetzung im Juni 2005. Von größerer Bedeutung ist, dass das Gesetz bei der Definition von Objekten, für die es gilt, unklar ist. Tatsächlich ist wie von Bakalars Gutachter angegeben "ob ein Kulturgut im Sinne des KGTG von Bedeutung ist, ist eine Frage der Interpretation, die von Fall zu Fall zu beantworten ist, wobei die gegenwärtige Meinung von Kunstexperten, die Behandlung des Objekts in wissenschaftlichen Publikationen etc. zu berücksichtigen ist. Objekte mit "Museumsqualität" werden üblicherweise im Sinne des Gesetzes als bedeutsam eingestuft." (A-707 n. 11)

laut Bezirksrichter "eine geringere Bürde des Nachweises eines illegalen Transfers der Zeichnung in Österreich" auferlegte (A-347)— lief das Gesetz am 31. Juli 1956 aus. Dennoch erklärte der Oberste Gerichtshof Österreichs in einem Gutachten, von dem uns eine Übersetzung vorliegt, dass das österreichische Nichtigkeitsgesetz "mit den unabänderlichen Grundsätzen unseres Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches übereinstimmt, wonach niemand zur Einhaltung eines Vertrags verpflichtet ist, der auf Grundlage einer ungerechten und wohlbegründeten Angst abgeschlossen wurde." Oberster Gerichtshof [OGH] 1. Apr. 2008, Prozessliste Nr. 5 Ob 272/07x (zitiert wird das öst. Bürgerliche Gesetzbuch § 870). Der Oberste Gerichtshof Österreichs stellte auch fest, dass "[o]bwohl Forderungen wegen Enteignung von Vermögen im Sinne des [Dritten Rückstellungsgesetzes] wegen Ablauf der Verjährungsfrist nicht mehr geltend gemacht werden können (31. Juli 1956), [diese Grundsätze] weiterhin [] integraler Bestandteil österreichischen Rechts sind." *Id.*

Obwohl unklar ist, ob eine der Widerklage von Vavra und Fischer gegen Bakalar vergleichbarer Klagsgrund in Österreich erfolgreich durchgesetzt werden könnte, ist die weitere Zulassung der Forderungen gemäß New Yorker Recht in Einklang mit den Grundsätzen für die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Österreichs. Während Österreich möglicherweise den Ablauf seines Restitutionsgesetzes elf Jahre nach Ende des Zweiten Weltkriegs zugelassen hätte, um österreichische Bürger zu schützen, beinhaltet der vorliegende Fall keine Forderung gegen einen Bürger Österreichs.¹

Somit kommen wir zu dem Schluss, dass Österreich kein konkurrierendes Interesse an den hier

¹ Von Bedeutung ist, dass die Republik Österreich weiterhin alle zwischen 1938 und 1945 erworbenen und jetzt in ihrem Besitz befindlichen Kunstwerke überprüfen lässt. Wie die österreichische Botschaft in den Vereinigten Staaten feststellt: "nicht ordnungsgemäß erworbene Kunstwerke werden an ihre ursprünglichen Besitzer oder deren Erben rückerstattet." Öst. Presse- und Informationsdienst, Öst. Holocaust-Restitution <http://www.austria.org/content/view/414/1>. Allerdings hat die International Bar Association unlängst bekannt gegeben: "Die österreichischen "Kommission für Provenienzforschung" hat 11 Empfehlungen zur Rückgabe der strittigen Objekte (darunter Gemälde, Drucke, Skulpturen, ethnographische Gegenstände und Musikinstrumente) an die Erben der ursprünglichen Eigentümer in zehn Fällen sowie zur teilweisen Rückgabe in einem Fall abgegeben." Sarah Theurich, International Bar Association, *Art, Cultural Institutions and Heritage Law August 2009*, http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid_C93CF2FA-F5F6-4A64-A7D1-8BD907FDF3DD; siehe auch Holocaust Claims Processing Office, *Eight Artworks Returned to Rightful Heir From Austrian Museums with [Assistance] of Holocaust Claims Processing Office*. <http://www.claims.state.ny.us/pr081002.htm>.

dargestellten Umständen hat.

Insgesamt kommen wir zu dem Schluss, dass der Bezirksrichter bei der Feststellung, dass nicht New Yorker, sondern Schweizer Recht in diesem Fall gelte, irrt. Wenn daher die Zeichnung im Gegensatz zur Feststellung des Bezirksrichters gestohlen oder Grünbaum anderweitig illegal entzogen wurde, würde dieser Umstand die Gültigkeit des Eigentums von Bakalar beeinträchtigen.

III

Ungeachtet der Schlussfolgerung, dass die Art und Weise wie die Zeichnung von Grünbaum erworben wurde, den Ausgang dieses Falls nicht beeinträchtigt hätte, befand der Bezirksrichter, dass die Erben Grünbaums "keinen konkreten Beweis, dass die Nazis die Zeichnung geraubt oder dass diese Grünbaum anderweitig entzogen wurde" erbringen konnten. *Bakalar g. Vavra*, 2008 WL 4067335, auf *8 (S.D.N.Y. 2. Sept. 2008). Nach Studium der Unterlagen kommen wir zur Auffassung, dass ein derartiger Beweis existieren könnte und dass der Bezirksrichter durch Anwendung Schweizerischen Rechts diesbezüglich fälschlicherweise den Erben Grünbaums die Beweislast auferlegte. Wenn der Bezirksrichter allerdings, wie schon oben ausgeführt, feststellt, dass Vavra und Fischer eine Schwelle überschritten haben, indem sie nachwiesen, dass sie einen plausiblen Anspruch auf die Zeichnung haben, erlegt New Yorker Recht die Last des Beweises, dass die Zeichnung nicht gestohlen wurde Bakalar, dem derzeitigen Besitzer, auf. *Siehe Lubell*, 77 N.Y.2d auf 321 ("[D]ie Last des Beweises, dass das Gemälde nicht gestohlen wurde obliegt dem [Besitzer]."). Sollte der Bezirksrichter zudem zum Schluss kommen, dass die Erben Grünbaums das Recht haben, sich bezüglich der Gültigkeit des Eigentums Bakalars an der Zeichnung durchzusetzen, sollte der Bezirksrichter auch den Punkt Verjährung ansprechen. Diese Einwendung, die Bakalar als Reaktion auf die Widerklage der Erben Grünbaums vorgebracht hatte, steht ihm gemäß New Yorker Gesetz zu.

Daher heben wir aus oben angeführten Gründen das Urteil des Bezirksgerichts auf und verweisen den Fall zur weiteren Abhandlung einschließlich gegebenenfalls einer Neuverhandlung zurück.

IV

Wir kommen nun kurz zu dem Nebenargument der Erben Grünbaums, wonach der Bezirksrichter seinen Ermessensspielraum durch Einschränkung des Ausforschungsbeweisverfahrens, das sie zum Zwecke der Einreichung eines Antrags auf Zulassung einer Sammelklage angestrengt hatten, missbraucht hätte. Mit der bezirksrichterlichen Anordnung wurden die Nicht-Parteien Sotheby's, Inc., Christie's Inc. sowie Galerie St. Etienne aufgefordert, für die Behandlung der Fragen der Numerosität der Sammelklage erforderliche "statistische Informationen" vorzulegen. Vavra und Fischer fechten den Teil der Anordnung an, der die Identität der möglichen Käufer von Werken im Besitz von Grünbaum ausschließt. Bei einer Konferenz am 9. Dezember 2005, gab der Bezirksrichter folgende Erklärung zu dieser Einschränkung ab:

[A]ngesichts der Tatsache, dass dies ein Antrag auf Zulassung einer Sammelklage ist, ist für den Antragsteller in diesem Fall wichtig, die Fragen der Größenordnung in Erfahrung zu bringen. Das Ausforschungsbeweisverfahren das Sie anstreben, kann durch Vorlage der Statistiken zu den Käufern und Verkäufern der Werke von Grünbaum und durch Angabe des Staates oder Landes zum Zeitpunkt der Transaktion und ob der Käufer ein Museum, Kunsthändler oder eine Privatperson war, Genüge getan werden. *Es besteht zum jetzigen Zeitpunkt kein Grund, die spezifische Identität dieser Personen in Erfahrung zu bringen.*

(A-65-66.) (Hervorhebung hinzugefügt).

Die Anordnung hielt die Erben Grünbaums keineswegs davon ab, ein Ausforschungsbeweisverfahren zur Erfüllung der Forderung nach quantitativen Grundlagen oder anderen Grundlagen nach Fed. R. Civ. P. 23(a) zu erlangen. Es wurde tatsächlich implizit angedeutet, dass diese Informationen zu einem späteren Zeitpunkt eingeholt werden könnten. Unter diesen Umständen hat der Bezirksrichter seinen Ermessensraum durch Ablehnung des Ansuchens der Beklagten auf zusätzliche Ausforschung nicht missbraucht. *Siehe Heerwagen g. Clear Channel Commc'ns*, 435 F.3d 219, 233 (2d Cir. 2006) ("Der Umfang des Ausforschungsbeweisverfahrens [für Sammelklagen] obliegt allgemein dem Ermessen des Gerichts erster Instanz.").

SCHLUSSFOLGERUNG

Das Urteil des Bezirksgerichts wird **AUFGEHOBEN** und der Fall wird zur weiteren Behandlung in Übereinstimmung mit dieser Entscheidung **ZURÜCKVERWIESEN**.

E D W A R D R. K O R M A N , *Bezirksrichter*, zustimmende persönliche Rechtsmeinung:

Oft werden bei Aufhebung eines Urteils andere Punkte angesprochen, die, obwohl sie keine Auswirkung auf das Ergebnis haben, bei der Rückverweisung wahrscheinlich wieder auftauchen werden. Während eine derartige Diskussion richterliche Meinung sein kann, ist sie durch den Wunsch gerechtfertigt, die Last und den Aufwand, der aus der Wiederholung eines nicht behobenen Fehlers entstehen würde, zu vermeiden. Die Durchführung einer solchen Übung obliegt natürlich dem Ermessen. Während meine Kollegen aus vielleicht verständlichen Gründen diese Durchführung ablehnen, bin ich anderer Auffassung und möchte hiermit auf Teil III der Meinung des Gremiums, das sich mit dem Urteil des Bezirksrichters, dass die Erben Grünbaums "keine konkreten Beweise, dass die Nazis die Zeichnung geraubt oder dass diese Grünbaum anderweitig entzogen wurde" vorgelegt haben, kritisch befasst, näher eingehen. *Bakalar g. Vavra*, 2008 WL 4067335, auf *8.

Während im Gutachten des Gremiums festgestellt wird, dass "[n]ach Studium der Unterlagen wir der Auffassung sind, dass solche Beweise existieren könnten" [**Gutachten des Gremiums, ante auf 18**], wird nicht erwähnt, welcher Art diese Beweise sind noch werden die Rechtsgrundsätze diskutiert, die auf eine im wesentlichen Mischung von Recht und Fakten anwendbar ist. Der Bezirksrichter muss die Unterlagen ohne Unterstützung durcharbeiten und nach Beweisen suchen, die er beim ersten Mal nicht gesehen hat und dies ohne Anleitung bezüglich Rechtsgrundsätzen, die die Beweise besonders relevant machen. Mein Kommentar soll diese Lücke füllen.

Grünbaum wurde bei einem Fluchtversuch vor den Nazis verhaftet. Nach seiner Verhaftung war er niemals wieder in physischem Besitz eines seiner Kunstwerke einschließlich der Zeichnung gelangt. Mit der Vollmacht, die er während seines Aufenthalts im Konzentrationslager Dachau unterschreiben musste, wurde ihm jede rechtliche Kontrolle über die Zeichnung entzogen. Dieser unfreiwillige Entzug von Besitz und rechtlicher Kontrolle haben jede nachfolgende Übertragung nichtig gemacht.

"Im amerikanischen Recht und dem Recht vieler fremder Staaten gibt es nur ein Szenario, in dem

der Eigentumsanspruch eines gutgläubigen Käufers gegenüber dem ursprünglichen Eigentümer sofort anerkannt wird. Dieses Szenario ergibt sich, wenn der Eigentümer den Besitz durch Schaffung einer Bürgschaft *freiwillig* aufgibt, der Bürgschaftsempfänger das bewegliche Gut einlöst und die Art der Bürgschaft dem Käufer die Schlussfolgerung gestattet, dass der Bürgschaftsempfänger zur Übertragung des Eigentumsrechts bevollmächtigt ist." Patricia Youngblood Reyhan, *A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation Between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art*, 65 Duke L. J. 955, 971 (2001) (Hervorhebung hinzugefügt). Das Prinzip, auf das Professor Reyhan anspielt, wird in eingeschränkterer Form in Abschnitt 2-403(2) des Uniform Commercial Code kodifiziert, der von New York angenommen wurde und vorsieht, dass "[d]as Anvertrauen des Besitzes von Gütern an einen Händler, der mit Waren aller Art handelt, diesem die Befugnis gibt, alle Rechte der anvertrauenden Person im normalen Geschäftsablauf einem Käufer zu übertragen." Weder handelte es sich nicht um freiwilliges Anvertrauen noch stellte Grünbaums Flucht vor den Nazis eine freiwillige Aufgabe dar.

Abschnitt 2-403(1) des Uniform Commercial Code, der die Konsequenzen der Eigentumsübertragung und nicht so sehr den reinen Besitz grundsätzlich behandelt, sieht vor, dass eine Person mit anfechtbarem Besitzanspruch die Befugnis zur Übertragung des rechtmäßigen Eigentums an einen gutgläubigen Käufer gegen Entgelt hat, und gibt vier Beispiele für Umstände, unter denen diese Bestimmung gilt, an. "Wesentlich für den anfechtbaren Besitzanspruch scheint die Tatsache, dass der ursprüngliche Übergeber den Besitz der Güter freiwillig aufgegeben und die Übertragung des Eigentumsrechts beabsichtigt hat." Franklin Feldman & Stephen E. Weil, *Art Law* § 11.1.3 (1986). Die Abhandlung von Feldman & Weil führt weiter an: "Er mag betrogen worden sein oder der Scheck, den er erhalten hat, mag geplatzt sein oder er mag beabsichtigt haben, an Herrn X. und nicht an Herrn Y. zu verkaufen, aber trotzdem hat er die Eigentumsübertragung beabsichtigt. In solchen Fällen hat der Übergeber die Option den Verkauf für nichtig zu erklären, aber der Übernehmer kann das rechtmäßige Eigentum übertragen. Eine Person, die die Güter von einem Dieb erworben hat, hat jedoch keinen Eigentumsanspruch und daher kann weder sie noch ein nachfolgender Übergeber das Eigentum übertragen." *Id.*; siehe auch Thomas M. Quinn, *Quinn's Uniform*

Commercial Code Commentary and Law Digest § 2-403[A][6] (2d ed., 2002). Grünbaum hatte niemals freiwillig die Übertragung des Eigentums an der Zeichnung beabsichtigt. Im Gegenteil, die Umstände weisen eindeutig darauf hin, dass er die Vollmacht mit einer Pistole an seinem Kopf zu unterschreiben hatte.

Dennoch hat der Bezirksrichter unter Bezug auf U.C.C. § 2-403(1) gefolgert, dass "Galerie St. Etienne ein Verkäufer mit anfechtbarem Besitzanspruch an der Zeichnung war, nachdem sie dieses 1965 von Galerie Gutekunst erworben hatte", und dass Bakalar als gutgläubiger Käufer gegen Entgelt das rechtmäßige Eigentum an der Zeichnung erwarb. 2008 7 WL 4067335, auf *6. Während der Bezirksrichter den Mangel am von der Galerie Gutekunst erworbenen Eigentumsrecht nicht feststellte, der den an die Galerie St. Etienne übertragenen Eigentumsanspruch anfechtbar machte, wurde mit seiner Schlussfolgerung, dass der Anspruch anfechtbar sei, der Rechtsmangel bei der Übertragung des Eigentums an der Zeichnung, als diese von Grünbaum zur Galerie Gutekunst gelangte, implizit anerkannt. Ansonsten hätte der Bezirksrichter keine Grundlage für die Beschreibung des Eigentumsanspruchs, den Letztere auf die Galerie St. Etienne übertrug, als "anfechtbar" gehabt. Diese Beschreibung lässt jedoch die Tatsache außer Acht, dass jede weitere Übertragung nichtig und nicht nur anfechtbar war, wenn Grünbaum die Vollmacht unfreiwillig unterzeichnet hatte.

Dieser Fall entspricht den Umständen in zwei berichteten Fällen. In *Vineberg g. Bissonnette*, 548 F.3d 50 (1st Cir. 2008), *affg* 529 F. Supp. 2d 300, 307 (D.R.I. 2007), hatten die Nazis eine Verordnung erlassen, mit der der jüdische Inhaber einer Kunstgalerie angewiesen wurde diese und das Inventar aufzulösen, nachdem festgestellt wurde, dass ihm "die notwendigen persönlichen Eigenschaften um Exponent deutscher Kultur zu sein", fehlten. *Id.* auf 53. Nachdem die Berufung gegen diese Verordnung erfolglos blieb, "ergab sich der Inhaber in das Unvermeidliche" und übergab die meisten betroffenen Werke einem der Regierung genehmen Lieferanten. *Id.* Die übergebenen Stücke, darunter ein Gemälde von Franz Xaver Winterhalter namens "Mädchen aus den Sabiner Bergen" wurden zu Preisen weit unter dem angemessenen Marktwert versteigert. Aus Angst um sein Leben war der Eigentümer kurz nach dem Zwangsverkauf aus Deutschland geflüchtet. In Folge erhielt er die

Erlöse aus der Versteigerung niemals zurück. *Id.* Das Bezirksgericht kam problemlos zum Schluss, dass des Inhabers "Aufgabe seines Eigentums alles andere als freiwillig erfolgte", 529 F. Supp. 2d auf 307, und diese Feststellung wurde bei der Berufung nicht in Frage gestellt.

In einem ähnlichen Fall, *Menzel g. List*, verließen die jüdischen Besitzer eines Gemäldes von Marc Chagall mit dem Titel "Le Paysan a l'echelle" ("Der Bauer und die Leiter") ihre Wohnung in Brüssel, als sie im März 1941 vor den heranrückenden Nazis flohen. 49 Misc. 2d 300, 301-2 (N.Y. Sup. Ct. 1966), *modifiziert nach Schadenersatz*, 28 A.D.2d 516 (1st Dep't 1967), *revidiert nach Modifizierung*, 24 N.Y.2d 91 (1969). Das Gemälde wurde von den Nazis beschlagnahmt, die eine Bestätigung oder Quittung hinterließen, "wonach das Gemälde gemeinsam mit anderen Kunstwerken in sichere Verwahrung genommen wurde" *Id.* auf 301. Der Richter des Obersten Gerichtshofs des Staates New York, der den Fall leitete, kam zu dem Schluss, dass das Gemälde nicht zurückgelassen wurde, weil dies keinen "freiwilligen Verzicht auf ein bekanntes Recht darstellte." *Id.* auf 305. Der Richter weiter: "Der Verzicht der Menzels, um ihr Leben durch Flucht zu retten, war nicht freiwilliger als der Verzicht auf Vermögen bei einem Raubüberfall." *Id.* Daher ordnete er an, dass der gegenwärtige Besitzer des Gemäldes und gutgläubige Käufer dieses entweder an Frau Menzel zurückzugeben oder ihr \$22.500, den Marktwert zum Zeitpunkt des Falles, zu bezahlen habe. Darüber hinaus stellte er auch fest, dass der gutgläubige Käufer die \$22.500 wegen Verletzung der Rechtsmängelhaftung von den Perls Galleries, von denen er das Gemälde gekauft hatte, zurückfordern konnte. Der Richter erklärte dies wie folgt:

Es ist ohne Bedeutung, dass Perls Galleries ein *gutgläubiger* Käufer des Gemäldes gewesen sein mag, in gutem Glauben und gegen Entgelt und ohne Kenntnis der Geschichte der Menzels. Nichts weniger wird von einer namhaften Kunstgalerie erwartet. Im Laufe der Geschichte der Menschheit hat das Böse unweigerlich zum Leid Unschuldiger und derjenigen, die in gutem Glauben handeln, geführt. Und das Prinzip im Recht, wonach ein Dieb kein Eigentum gegenüber dem wahren Eigentümer übertragen kann, ist ein grundlegendes Recht.

Id. auf 314-15 (Zitate ausgelassen).¹

Aufgrund der damaligen historischen Unterlagen, auf die bereits Bezug genommen wurde, scheint die Vollmacht, die Grünbaum im vierten Monat seiner Internierung in Dachau unterzeichnete, kein freiwilliger Verzicht auf seine legalen Interessen an der Zeichnung als die in *Vineberg* und *Menzel* erörterten Handlungen. Bakalars Argument, dass die Vollmacht eine freiwillige Überlassung des Besitzes an seine Ehefrau darstellte, ist eine Behauptung, die er noch nachzuweisen hat. Tut er dies nicht, und selbst wenn Frau Grünbaum "in der Folge die Zeichnung 1938 ihrer Schwester Mathilde Lukacs übertragen hat, damit sie nicht in die Hände der Nazis fällt", wie Bakalar behauptet, konnte sie das rechtmäßige Eigentum an dem Kunstwerk nicht übertragen. Bezeichnenderweise stellte der Bezirksrichter nicht fest, dass eine Überantwortung zu diesem Zweck überhaupt stattgefunden hat.

In diesem Zusammenhang werden in Bakalars abgeänderter Klage, die am Vorabend des Prozesses eingereicht wurde, zwei Theorien dessen, was mit der Sammlung geschah, postuliert: 1) "dass Elisabeth die [Zeichnung] vor ihrer Deportation vor den Nazis verstecken konnte, und dass ihre Schwester, Lukacs-Herzl, die Sammlung mit in ihr Exil in Belgien nehmen konnte," oder 2) "dass die Bibliothek und Kunstsammlung der Familie nach der Arisierung der Wohnung der Grünbaums 1938 durch die Nazis von einem Wiener Antiquar, der in der Nachbarschaft wohnte, für rund \$90 erworben wurde und dass dieser Wiener Buchhändler irgendwann später die Kollektion Lukacs-Herzl entweder verkaufte oder ihr übergab." (A-277.)

¹ Die Annahme, dass die Perls Galleries in gutem Glauben gehandelt hätten wurde durch deren bewusste Umgehung untergraben. Wie das New Yorker Berufungsgericht bei der Bestätigung des Zuspruchs von Schadenersatz durch sie zugunsten des gutgläubigen Käufers erklärte, waren die Perls Galleries für die Lage, in der sie sich wiederfanden, selbst verantwortlich. Insbesondere wären die Perls Galleries nicht darin, wenn sie sich davon überzeugt hätten, dass sie von der Kunstgalerie, von der sie das Kunstwerk erwarben, einen unanfechtbaren Eigentumsanspruch erhielten. Stattdessen sagte Perls aus, "dass das Infragestellen eines namhaften Händlers bezüglich Eigentumsrecht eine 'Beleidigung' gewesen wäre". Vielleicht [so die Antwort des Berufungsgerichts], aber die Empfindlichkeit eines Kunsthändlers kann nicht dazu herangezogen werden, einem geschädigten Käufer den Schadenersatz für einen Verstoß, der beim Riskieren der Beleidigung vermieden hätte werden können, vorzuenthalten." *Menzel*, 24 N.Y.2d bei 98.

Natürlich wird mit der zweiten Möglichkeit vermutet, dass der Besitz von den Nazis geraubt wurde und Bakalar bestätigt, dass Experten es selbst bei der ersten Theorie für unwahrscheinlich halten, dass Lukacs-Herzl die gesamte Sammlung unter den Umständen, unter denen sie Österreich verließ, retten hätte können. Tatsächlich legten die Erben Grünbaums Sachverständigenbeweise vor, die mit der Annahme konform gehen, dass Lukacs-Herzl die Gemälde nicht mitnehmen oder retten hätte können, weil "sie als Jüdin von den Nazis bis 1944 in einem belgischen Arbeitslager interniert war, nachdem sie mit ihrem Mann aus Wien geflohen war. Es ist eher wahrscheinlich, dass ein Mensch wie Kieslinger mit direkten Verbindungen zu den Nazis die Sammlung Grünbaums in Besitz nahm." (A-1273.) Bezeichnenderweise geht keine der beiden Theorien von Bakalar von der Annahme aus, dass Frau Grünbaum die Kunstsammlung Fritz Grünbaums freiwillig an Lukacs-Herzl oder die Nazis, die ihre Wohnung arisierten, abgegeben hätte.

Noch unterstützen die Sachverhaltsfeststellungen des Bezirksgerichts das Argument Bakalars, "dass wahrscheinlich jemand aus der Familie Grünbaum das Gemälde aus Wien herausgebracht hat." Der Bezirksrichter spekulierte lediglich, dass "[d]ie Zeichnung eine der 417 Zeichnungen gewesen sein könnte, die Elisabeth Grünbaum 1938 ... *womöglich* herausgebracht hat" oder dass die Zeichnung "eine der drei Zeichnungen gewesen sein könnte, die der Ehemann von Lukacs herausgebracht hat" oder dass sie eines der drei Aquarelle "gewesen sein hätte können", die der Schwager von Lukacs herausgebracht hat. 2008 WL 4067335, auf *8 (Hervorhebung hinzugefügt). Diese Szenarios basieren auf reiner Spekulation und stellen keine Tatsachenfeststellung dar, da es keinen Nachweis gibt, dass das, was "gewesen sein hätte können", auch tatsächlich geschehen ist.

Zudem gibt es, obwohl Bakalar nunmehr behauptet, dass es keine "direkten Beweis gibt, dass alle von Lukacs verkauften Schiele-Werke einmal Fritz Grünbaum gehörten" oder dass "die Zeichnung vor oder während des Kriegs Fritz Grünbaum gehörte," beträchtliche Indizien dafür, dass dieses Kunstwerk ihm gehört hatte. Tatsächlich hat der Bezirksrichter den Fall auf dieser Prämisse

entschieden und dies wurde durch die schriftliche Zeugenaussage von Eberhard Kornfeld, einem Partner der Galerie Gutekunst, sowie durch die Prozesszeugenaussage von Jane Kallir, der derzeitigen Direktorin der Galerie St. Etienne bestätigt. Bezeichnenderweise wird in der Katalogbeschreibung der Zeichnung von Sotheby's vom 8. Februar 2005 im Namen von Bakalar deren Provenienz wie folgt angegeben:

Fritz Grünbaum, Wien (bis 1941)
Elisabeth Grünbaum-Herzl, Wien (seine Witwe; bis 1942;
danach durch gesetzliche Erbfolge)
Mathilde Lukcas-Herzl (deren Schwester)
Gutekunst & Klipstein, Bern (durch deren Kommission
bis 1956)
Galerie St. Etienne, New York
Norman Granz, New York
Galerie St. Etienne, New York
Von dieser vom derzeitigen Besitzer erworben

(A-700.)

Sotheby's Eingeständnis der ursprünglichen Herkunft der Zeichnung wurde durch die richterliche Anerkennung bezüglich Herkunft in der ursprünglichen Klage Bakalars bestätigt. *Siehe Official Comm. of the Unsecured Creditors of Color Tile, Inc.g. Coopers & Lybrand, LLP*, 322 F.3d 147, 167 (2d Cir. 2003). Insbesondere hatte Bakalar in seiner Klage behauptet:

Die Zeichnung hat eine nachgewiesene und dokumentierte Herkunft. Sie gehörte ursprünglich zur Sammlung Fritz Grünbaum, eines sehr bekannten Wiener Kabarettisten. 1938 beschlagnahmten die Nazis die Wohnung Grünbaums und inventarisierten den Inhalt seiner Kunstsammlung. Grünbaum wurde nach Dachau deportiert, wo er 1941 starb. Seine Frau Elisabeth starb im folgenden Jahr. Allen glaubwürdigen Berichten zufolge entging die Kunstsammlung Grünbaums jedoch der Beschlagnahme durch die Nazis und gelangte nach dem Krieg gemeinsam mit der Zeichnung in weiterer Folge in den Besitz der Schwägerin Grünbaums, Mathilde Lukacs-Herzl.

(A-217.) Am Vorabend des Prozesses reichte Bakalar eine geänderte Klage ein, bei der sein

Eingeständnis bezüglich der anfänglichen Herkunft der Zeichnung gestrichen war, weil diese auf einer Information basierte, die er von Kornfeld erhalten hatte, der 1998, nachdem er von der Verwandtschaft von Fritz Grünbaum mit Lukacs-Herzl erfahren hatte, zu dieser Schlussfolgerung gelangt war. Während Bakalar offensichtlich eine abgeänderte Klage einreichen durfte, hatten Kornfeld und Kallir genügend Erfahrung auf diesem Gebiet, um kompetente Beweise zu diesem Punkt liefern zu können. Auch ist das Argument Bakalars hier, dass deren Meinung eher auf Indizien als auf direkten Beweisen gegründet ist, keine Antwort. Darüber hinaus und ungeachtet der abgeänderten Klage stellt Bakalars Eingeständnis der Herkunft der Zeichnung einen zulässigen und schlüssigen Beweis dar, den der Prüfer der Tatsachen gemeinsam mit der Erklärung Bakalars zur Aufnahme in die ursprüngliche Klage in Betracht ziehen kann.

Zusammenfassend komme ich nach Studium der Unterlagen zur Auffassung, dass erhebliche Beweise vorliegen, die den Anspruch der Erben Grünbaums untermauern, wonach die Zeichnung Eigentum Grünbaums war und ihm gegen seinen Willen Besitz und Eigentum daran entzogen wurden.