

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

August Term, 2009

(Argued: October 9, 2009)

Decided: September 2, 2010)

Docket No. 08-5119-cv

DAVID BAKALAR,

Plaintiff–Counter-Defendant–Appellee,

—v.—

MILOS VAVRA AND LEON FISCHER,

Defendant–Counter-Claimant–Appellants,

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

Counter-Defendants.

Before:

CABRANES and LIVINGSTON, *Circuit Judges*, and KORMAN, *District Judge*.*

An appeal from a judgment of the United States District Court for the Southern District of New York (Pauley, *J.*), after a bench trial, declaring that David Bakalar was the owner of an untitled drawing by Egon Schiele.

VACATED AND REMANDED. Judge Korman concurs in a separate opinion.

* The Hon. Edward R. Korman, Senior United States District Court Judge for the Eastern District of New York, sitting by designation.

1 RAYMOND J. DOWD, (Carol A. Sigmond, Thomas V. Marino, *on the*
2 *brief*) Dunnington, Bartholow & Miller LLP, New York,
3 N.Y., *for Defendants-Counter Claimant-Appellants.*
4

5 JAMES A. JANOWITZ, (William L. Charron, *on the brief*), Pryor
6 Cashman LLP, New York, N.Y., *for Plaintiff-Counter-*
7 *Defendant-Appellee.*

8 EDWARD R. KORMAN, *District Judge:*

9 This case involves a dispute over the ownership of a drawing by Egon Schiele (the
10 “Drawing”) between plaintiff David Bakalar, the current possessor of the Drawing, and defendants
11 Milos Vavra and Leon Fischer, heirs to the estate of Franz Friedrich Grunbaum (“Grunbaum”).
12 Although the Drawing was untitled by the artist, one of the descriptive titles by which it is known
13 is “Seated Woman with Bent Left Leg (Torso).”

14 Vavra and Fischer allege the following facts in their complaint. The Drawing was one of
15 eighty-one Schieles that were included in a collection of 449 artworks owned by Grunbaum, an
16 Austrian cabaret artist, and kept in his apartment in Vienna. Grunbaum was deprived of his
17 possession and *dominium* over the Drawing after being arrested by the Nazis and signing a power
18 of attorney while imprisoned at Dachau. The power of attorney, dated July 16, 1938 (four months
19 after his imprisonment), authorized his wife Elisabeth “to file for me the legally required statement
20 of assets and to provide on my behalf all declarations and signatures required for their legal effect
21 according to the statutory provisions, and to represent me in general in all my affairs.” (A-936.)

22 The statement of assets, to which the power of attorney referred, required Jews to list all of
23 their property. The information was then used by the Nazis to impose confiscatory taxes and

1 penalties of various kinds.¹ The power to represent Grunbaum “in all [his] affairs” enabled the
2 Nazis to compel Elisabeth to dispose of Grunbaum’s assets for the purpose of paying the imposed
3 taxes and penalties.² Indeed, in a report dated four days after the execution of the power of attorney,
4 Franz Kieslinger, an appraiser for the Nazis with the Viennese auction house Dorotheum—which
5 was “a prime selling point of loot[ed] art in Austria” (A-1265)—conducted an appraisal of the 449
6 artworks that Grunbaum kept in his apartment, including the eighty-one Schieles. On August 1,

¹ “Of particular significance is the ordinance dated April 26, 1938, which required Jews to register their assets and which covered both those who sought to leave the Reich [of which Austria was a part] and those who remained, with the Reich seeking to appropriate their domestically as well as their externally held assets.” 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/; see also Robert Gallately, *Backing Hitler: Consent and Coercion in Nazi Germany* 124 (2001); Otto D. Tolischus, *Goering Starts Final Liquidation of Jewish Property in Germany*, N.Y. Times, Apr. 28, 1938, at 1.

² While the Nazis could simply have confiscated all of Grunbaum’s possessions without a power of attorney, the manner in which they proceeded here reflected their practice of camouflaging theft with a veneer of legality. Raul Hilberg, the preeminent historian of the Nazi war against the Jews, has written: “Lawyers were everywhere and their influence was pervasive. Again and again, there was a need for legal justifications.” Raul Hilberg, *Perpetrators Victims Bystanders: The Jewish Catastrophe, 1933-1945*, at 71 (1992). Indeed, the U.S. Consul General in Vienna at the time observed that “[t]here is a curious respect for legalistic formalities. The signature of the person despoiled is always obtained, even if the person in question has to be sent to Dachau in order to break down his resistance.” See Lynn H. Nicholas, *The Rape of Europa: The Fate of Europe’s Treasures in the Third Reich and the Second World War* 39, Chapter 2 n.30 (First Vintage Books ed., 1994) (quoting NA, RG 59, SD Cable 862.4016/2103, Geist, Berlin, to Secretary of State, April 11, 1939); see also Gallately, *supra* note 1, at 124. Scholars have explained that respect for legalistic formalities was not a curious eccentricity. See, e.g., Henry Friedlander, *Nazi Crimes and the German Law, in Nazi Crimes and the Law* 16-17 (Nathan Stoltzfus & Henry Friedlander eds., 2008). Instead, “obedience to legal forms strengthened [the Reich’s] power. Upstanding citizens felt a moral obligation to submit to the law’s authority Resistance was immoral. If any citizens felt unease about a particular policy, their pained consciences were salved via display of a suitably stamped document in pursuance to a decree.” Richard Lawrence Miller, *Nazi Justiz: Law of the Holocaust* 1 (1995). In sum, the law “removed the question of the morality or legitimacy of the process.” Peter Hayes, *Summary and Conclusions, in Confiscation of Jewish Property in Europe, 1933-1945: New Sources and Perspectives: Symposium* 143, 147 (2003).

1 1938, Mrs. Grunbaum signed a List of Assets “for Franz Freidr. Grunbaum, according to Power of
2 Attorney dated July 16, 1938.” (A-933.) The valuation she placed on it was identical to that which
3 Kieslinger had assigned it.

4 The manner in which the Drawing made its way from Vienna to Galerie St. Etienne, the New
5 York art gallery from which Bakalar purchased it, is unclear. Grunbaum died in Dachau in 1941.
6 The Registration of Death, a document filed in the district court of Vienna in which Mrs. Grunbaum
7 reported the death of her husband, states that “[a]ccording to the deceased’s widow, Elisabeth Sara
8 Grunbaum, there is no estate.” (A-982.) Mrs. Grunbaum was arrested by the Nazis on October 5,
9 1942, and died shortly thereafter in a concentration camp in Minsk. The Drawing was purchased
10 along with forty-five other Schieles by Galerie Gutekunst, a Swiss art gallery, in February and May
11 of 1956. The district judge found that the seller was Mathilde Lukacs-Herzl (“Lukacs-Herzl” or
12 “Lukacs”), the sister of Mrs. Grunbaum. Later the same year, on September 18, 1956, the Drawing
13 was purchased by the Galerie St. Etienne and was shipped to it in New York. On November 12,
14 1963, the latter sold the drawing to David Bakalar for \$4,300.

15 Bakalar, a resident of Massachusetts, filed this action seeking a declaratory judgment that
16 he is the rightful owner of the Drawing. The complaint was filed after a winning bid of
17 approximately \$675,000 for the Drawing at a Sotheby’s auction was withdrawn, apparently because
18 of a letter written on behalf of Milos Vavra and Leon Fischer, which challenged Bakalar’s title.
19 Vavra and Fischer, who have been formally designated by an Austrian court as the legal heirs to the
20 estate of Grunbaum, are the two named defendants in this case. In response to Bakalar’s complaint,
21 Vavra and Fischer, who are residents of the Czech Republic and New York, respectively, filed
22 counterclaims for declaratory judgment, replevin, and damages. After a bench trial, a judgment was

1 entered in the Southern District of New York (Pauley, *J.*), based on findings of fact and conclusions
2 of law, which sustained the claim of David Bakalar that he was the rightful owner.

3 In his post-trial findings of fact and conclusion of law, the district judge reaffirmed his pre-
4 trial ruling that Swiss law applied. *Bakalar v. Vavra*, 2008 WL 4067335, at *6 (S.D.N.Y. Sept. 2,
5 2008) (citing *Bakalar v. Vavra*, 550 F. Supp. 2d 548, 550 (S.D.N.Y. 2008)). Under Swiss law, “a
6 person who acquires and takes possession of an object in good faith becomes the owner, even if the
7 seller was not entitled or authorized to transfer ownership.” *Id.* at *7. One “relevant exception to
8 this rule is that if the object had been lost or stolen, the owner who previously lost the object retains
9 the right to reclaim the object for five years.” *Id.* The district judge proceeded to hold that, because
10 Lukacs-Herzl “possessed the Drawing and the other Schiele works she sold” in 1956, the Galerie
11 Gutekunst, as buyer, “was entitled to presume that she owned them.” *Id.* Because Galerie
12 Gutekunst was a good faith purchaser, and because the Grunbaum heirs had “not produced any
13 concrete evidence that the Nazis looted the Drawing or that it was otherwise taken from Grunbaum,”
14 Bakalar acquired good title when he purchased the Drawing from Galerie St. Etienne. *Id.* at *8.
15 Nevertheless, even if the Drawing had been stolen at some point prior to the Galerie Gutekunst’s
16 purchase in 1956, “any absolute claims to the property” by those from whom the Drawing was stolen
17 “expired five years later, in 1961,” pursuant to Swiss law. *Id.* at *7.

18 DISCUSSION

19 I

20 Because jurisdiction in this case is predicated on diversity of citizenship, New York’s choice-
21 of-law rules apply. *Klaxon Co. v. Stentor Elec. Mfg. Co.*, 313 U.S. 487, 496 (1941). Before
22 engaging in a choice-of-law analysis, we turn to the threshold question whether there is a difference

1 between the laws of Switzerland and New York upon which the outcome of the case is dependent.
2 We conclude that there is a significant difference that is reflected in the laws and policies of these
3 two jurisdictions.

4 5 **A. Swiss Law and Practice**

6 The preceding summary of the district judge’s findings of fact and conclusions of law contain
7 a description of Swiss law, to which we add only a few words. Under Article 934 of the Swiss Civil
8 Code, as summarized by Bakalar’s expert, “a buyer acting in good faith will *acquire valid title to*
9 *stolen property* after a period of *five years*. After the five year period, a previous owner of a stolen
10 object is no longer entitled to request the return of the stolen object from a good-faith possessor.”
11 (A-706) (emphasis in original). Moreover, as Bakalar’s expert explained, Swiss law also presumes
12 that a purchaser acts in good faith, and a plaintiff seeking to reclaim stolen property has the burden
13 of establishing that a purchaser did not act in good faith. *See also In re Holocaust Victim Assets*
14 *Litig.*, 105 F. Supp. 2d 139 (E.D.N.Y. 2000), *aff’d*, 413 F.3d 183, 186 (2d Cir. 2005); *Autocephalous*
15 *Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.*, 717 F. Supp. 1374, 1400
16 (S.D. Ind. 1989), *aff’d*, 917 F.2d 278 (7th Cir. 1990). Significantly, according to Bakalar’s expert,

17 [t]here has never been a legal presumption that art works with a
18 potential relationship to Germany during World War II (i.e.
19 emanating from a German collection or created by artists deemed
20 “degenerate” by the Nazis) would in general and *per se* be tainted,
21 and that a dealer accepting such art works would automatically be
22 subject to a heightened standard of diligence in the 1950s. Such a
23 presumption did not in the 1950s and does not today exist in Swiss
24 law.
25

26 *See also* Final Report of the Independent Commission of Experts (Bergier Commission Report),

1 *Switzerland, National Socialism and the Second World War* 364 (2002).

2 While it is true, as Bakalar’s expert continues, that “[i]n 1987, the Swiss Federal Supreme
3 Court raised the standards of due diligence with respect to sales transactions involving *second-hand*
4 *luxury automobiles*,” and later to the antiquities business because “in these businesses stolen
5 property is known to be frequent; therefore a heightened alertness may be expected from buyers in
6 these sectors,” and “[w]hile some Swiss legal commentators are of the opinion that the *art market*
7 should also fall into this category of businesses at risk, the Swiss Federal Supreme Court has *not*
8 extended the stricter standards to transactions with works of art,” (A-714) (emphasis in original).

9 Nevertheless, Bakalar argues that Swiss law is “not blind to the rights of dispossessed former
10 owners,” and does not “reflect indifference to the possibility of theft.” While this benign assessment
11 of Swiss law has been disputed by others, *see e.g.*, Hector Feliciano, *The Lost Museum: The Nazi*
12 *Conspiracy to Steal the World’s Greatest Works of Art* 155 (1st ed. 1995), we have no occasion to
13 address this issue. Instead, we simply note the obvious: Swiss law places significant hurdles to the
14 recovery of stolen art, and almost “insurmountable” obstacles to the recovery of artwork stolen by
15 the Nazis from Jews and others during World War II and the years preceding it. *In re Holocaust*
16 *Victim Assets Litig.*, 105 F. Supp. 2d 139 at 159 (“[T]he legal and practical obstacles to the recovery
17 of [stolen] art . . . are already substantial, if not insurmountable.”).

18

19 **B. New York Law**

20 Unlike Switzerland, in New York, a thief cannot pass good title. *See Menzel v. List*, 49 Misc.
21 2d 300, 305 (N.Y. Sup. Ct. 1966), *modified as to damages*, 28 A.D.2d 516 (1st Dep’t 1967), *rev’d*
22 *as to modification*, 24 N.Y.2d 91 (1969); *see also Silsbury v. McCoon*, 3 N.Y. 379, 383-84 (1850).

1 This means that, under New York law, as *Menzel v. List* specifically held and one scholar observed,
2 “absent other considerations an artwork stolen during World War II still belongs to the original
3 owner, even if there have been several subsequent buyers and even if each of those buyers was
4 completely unaware that she was buying stolen goods.” Michelle I. Turner, Note, *The Innocent*
5 *Buyer of Art Looted During World War II*, 32 Vand. J. Transnat’l L. 1511, 1534 (1999). The
6 manner in which the New York rule is applied reflects an overarching concern that New York not
7 become a marketplace for stolen goods and, in particular, for stolen artwork.

8 The leading New York case in this area is *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 77
9 N.Y.2d 311 (1991), which principally addresses the issue of when a cause of action for replevin
10 accrues, thus triggering the three-year statute of limitations. The case was decided against the
11 backdrop of the New York market in stolen artwork. As one commentator has observed, “[b]ecause
12 stolen art work can be very valuable, may eventually filter into the open market, and may be handled
13 by the shadowy institution of the art gallery, art owners may be victimized by international trading
14 in stolen art. Original owners, however, have only a few fragmentary and little-known mechanisms
15 by which to register or recover their stolen art objects.” Sydney M. Drum, Comment, *DeWeerth v.*
16 *Baldinger: Making New York A Haven for Stolen Art?*, 64 N.Y.U. L. Rev. 909, 944 (1989).
17 Moreover, they are “further disadvantaged by the art dealers’ usual practice of not examining the
18 sources of the art works in which they trade. While art dealers protest that they are only protecting
19 the desire of their wealthy clients to remain anonymous, and that they are under no legal duty to
20 inquire into the sources of art work they trade, such anonymity removes illegitimate transactions
21 from needed scrutiny.” *Id.* at 912-13.

22 The circumstances that Drum described are reflected in the market conditions described in

1 the opinion in *Lubell*. Indeed, the opening paragraph begins with the observation that “[t]he
2 backdrop for this replevin action is the New York City art market, where masterpieces command
3 extraordinary prices at auction and illicit dealing in stolen merchandise is an industry all its own.”
4 *Lubell*, 77 N.Y.2d at 314 (internal citation omitted). *Lubell* then observed that “New York case law
5 has long protected the right of the owner whose property has been stolen to recover that property,
6 even if it is in the possession of a good-faith purchaser for value.” *Id.* at 317. One aspect of that
7 protection is the rule that a cause of action for replevin against the good-faith purchaser of stolen
8 property “accrues when the true owner makes demand for return of the chattel and the person in
9 possession of the chattel refuses to return it. Until demand is made and refused, possession of the
10 stolen property by the good-faith purchaser for value is not considered wrongful” and the statute of
11 limitations does not begin to run. *Id.* at 317-18 (internal citations omitted).

12 While the Court of Appeals acknowledged that “the demand and refusal rule is not the only
13 possible method of measuring the accrual of replevin claims, it does appear to be the rule that
14 affords the most protection to true owners of stolen property,” and it rejected any suggestion that
15 less protective measures should be adopted. *Id.* at 318. Thus, it declined to adopt a discovery rule
16 “with the Statute of Limitations running from the time that the owner discovered or reasonably
17 should have discovered the whereabouts of the work of art that had been stolen.” *Id.* at 318-19.
18 Indeed, the Court of Appeals observed that New York had already considered—and rejected—the
19 adoption of such a rule. Specifically, a bill proposing that a museum would be immune from future
20 claims once it “gave required public notice of acquisition and a three year statute of limitations
21 period had passed,” Drum, *supra*, at 936, was vetoed by Governor Mario Cuomo, who “stated that
22 he had been advised by the State Department that the bill, if it went into effect, would have caused

1 New York to become ‘a haven for cultural property stolen abroad since such objects [would] be
2 immune from recovery under the limited time periods established by the bill.’” *Lubell*, 77 N.Y.2d
3 at 319 (alteration in original).

4 The Court of Appeals observed that “[t]he history of this bill and the concerns expressed by
5 the Governor in vetoing it, when considered together with the abundant case law spelling out the
6 demand and refusal rule, convince us that that rule remains the law in New York and that there is
7 no reason to obscure its straightforward protection of true owners by creating a duty of reasonable
8 diligence.” *Id.* In justifying this holding, the Court of Appeals observed that its decision was

9 . . . in part influenced by [its] recognition that New York enjoys a
10 worldwide reputation as a preeminent cultural center. To place the
11 burden of locating stolen artwork on the true owner and to foreclose
12 the rights of that owner to recover its property if the burden is not met
13 would, we believe, encourage illicit trafficking in stolen art. Three
14 years after the theft, any purchaser, good faith or not, would be able
15 to hold onto stolen art work unless the true owner was able to
16 establish that it had undertaken a reasonable search for the missing
17 art. This shifting of the burden onto the wronged owner is
18 inappropriate. In our opinion, the better rule gives the owner
19 relatively greater protection and places the burden of investigating
20 the provenance of a work of art on the potential purchaser.
21

22 *Id.* at 320.

23 This is not all the Court of Appeals held in *Lubell*. In the course of its opinion, it went on
24 to agree with the Appellate Division, “for the reasons stated by that court, that the burden of proving
25 that the painting was not stolen properly rests with [the possessor].” *Id.* at 321. Specifically, the
26 Appellate Division had held that “an issue of fact exists as to whether the gouache was stolen, and
27 that the burden of proof with respect to this issue is on defendant, it being settled that a complaint
28 for wrongful detention contains every statement of fact essential to a recovery where it alleges the

1 plaintiff's ownership of the property and the defendant's possession and refusal on demand to
2 deliver." *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 153 A.D.2d 143, 153 (1st Dep't 1990) (citing
3 23 N.Y. Jur. 2d, Conversion, and Action For Recovery of Chattel, §175, at 422). While the
4 Appellate Division recognized that the burden it was placing on the good-faith possessor was an
5 "onerous one," it held that "it well serves to give effect to the principle that persons deal with the
6 property in chattels or exercise acts of ownership over them at their peril." *Id.* (internal citations
7 omitted).

8 II

9 Against this backdrop, we turn to the issue of the appropriate choice of law and the issue of
10 whether the Drawing was stolen. We address first the choice of law issue, because if Swiss law
11 applies, it is immaterial whether the Drawing was stolen. Specifically, the district judge held:
12 "Under New York's choice of law rules, questions relating to the validity of a transfer of personal
13 property are governed by the law of the state where the property is located at the time of the alleged
14 transfer." 550 F. Supp. 2d at 550 (quoting *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's,*
15 *Inc.*, 1999 WL 673347, at *4-5 (S.D.N.Y. Aug. 30, 1999)). Accordingly, he concluded that "[t]he
16 Court must apply the law of the country where title passed, if at all." (*Id.*) (internal quotation
17 omitted). In adopting this choice-of-law rule, the district judge relied heavily on the opinion of
18 Judge Mishler in *Kunstsammlungen Zu Weimar v. Elicofon*, 536 F. Supp. 829, 845-46 (E.D.N.Y.
19 1981), *aff'd*, 678 F.2d 1150, 1157-58 (2d Cir. 1982).

20 *Elicofon* arose out of the theft of two Albrecht Durer paintings possessed by the predecessor
21 of the Kunstsammlungen zu Weimar, a German art museum. In July 1945, during the American
22 occupation of the town of Weimar, the paintings were stolen from a castle where they had been

1 placed for safekeeping. Edward Elicofon purchased the paintings in good faith in 1946 from an ex-
2 serviceman who appeared at his Brooklyn, New York residence and claimed that he had purchased
3 them in Germany. *Elicofon*, 536 F. Supp. 2d at 830, 833. Some twenty years later, upon the
4 discovery of the location of the Durerer paintings, the museum demanded their return. Elicofon
5 refused, and the museaum sued to recover the paintings. Elicofon moved for summary judgment
6 under a provision of German property law called *Ersitzung*, which allowed title to moveable
7 property to be obtained by its good faith acquisition and possession without notice of a defect in title
8 for a period of ten years from the date on which the rightful owner loses possession.

9 Judge Mishler concluded that it was unnecessary to reach the substantive issues in
10 connection with German law “because under New York choice of law theory, German law is not
11 applicable to determine whether Elicofon acquired title to the paintings.” *Id.* at 845. Specifically,
12 Judge Mishler observed in the language quoted above that “New York’s choice of law dictates that
13 questions relating to the validity of a transfer of personal property are governed by the law of the
14 state where the property is located at the time of the alleged transfer.” *Id.* at 845-46. Because
15 Elicofon purchased the paintings in New York, Judge Mishler concluded that New York law
16 applied. Moreover, Judge Mishler concluded that even applying the more modern “interest
17 analysis,” New York substantive law still applied. *Id.*

18 The problem with the traditional situs rule, upon which Judge Mishler relied in part and upon
19 which the district judge here relied exclusively, is that it no longer accurately reflects the current
20 choice of law rule in New York regarding personal property. This is demonstrated by our decision
21 in *Kahara Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Dan Gas Bumi Negara*, 313 F.3d 70, 85
22 n.15 (2d Cir. 2002). The plaintiff there argued that “the law of the situs of the disputed property

1 generally controls.” *Id.* We declined to apply this rule because “the New York Court of Appeals
2 explicitly rejected the ‘traditional situs rule’ in favor of interest analysis in *Istim.*” *Id.* (citing *Istim,*
3 *Inc. v. Chemical Bank*, 78 N.Y.2d 342, 346-47 (1991)). The interest analysis, which generally
4 applies in all choice-of-law contexts, *see Istim*, 78 N.Y.2d at 347, begins with an examination of the
5 contacts each jurisdiction has with the event giving rise to the cause of action. *See Kahara Bodas*,
6 313 F.3d at 85. “Once these contacts are discovered and analyzed they will indicate (1) that there
7 exists no true conflict of laws, . . . as in most choice of law cases, or (2) that a true conflict exists,
8 i.e., both jurisdictions have an interest in the application of their law.” *In re Crichton’s Estate*, 20
9 N.Y.2d at 135 n.8. “In property disputes, if a conflict is identified, New York choice of law rules
10 require the application of an ‘interests analysis,’ in which ‘the law of the jurisdiction having the
11 greatest interest in the litigation [is] applied and . . . the facts or contacts which obtain significance
12 in defining State interests are those which relate to the purpose of the particular law in conflict.”
13 *Kahara Bodas*, 313 F.3d at 85.

14 The alternative basis for Judge Mishler’s holding in *Elicofon* provides a clear example of the
15 application of the interest analysis. While the theft of the paintings occurred in Germany, he
16 concluded correctly that the locus of the theft was simply not relevant to the interest underlying
17 *Ersitzung. Elicofon*, 536 F. Supp. at 846. By contrast, “the contacts of the case with New York, *i.e.*,
18 *Elicofon* purchased and holds the paintings here, are indeed relevant to effecting its interest in
19 regulating the transfer of title in personal property in a manner which best promotes its policy.” *Id.*
20 Judge Mishler continued:

21 In applying the New York rule that a purchaser cannot acquire good
22 title from a thief, New York courts do not concern themselves with
23 the question of where the theft took place, but simply whether one
24 took place. Similarly, the residence of the true owner is not

1 significant[,] for the New York policy is not to protect resident
2 owners, but to protect owners generally *as a means to preserve the*
3 *integrity of transactions and prevent the state from becoming a*
4 *marketplace for stolen goods*. In finding that New York law governs
5 the question of title, we hold that Elicofon did not acquire title under
6 Ersitzung.
7

8 *Id.* (emphasis added).

9 Judge Mishler’s analysis of the compelling New York interest to “preserve the integrity of
10 transactions and prevent the state from becoming a marketplace for stolen goods,” which preceded
11 the clear articulation of this interest by the Court of Appeals in *Lubell*, is relevant here. However
12 the Drawing came into the possession of the Swiss art gallery, New York has a compelling interest
13 in the application of its law. Indeed, it has applied its own law in a case comparable to this one
14 without pausing to engage in a choice-of-law analysis. *See Menzel*, 49 Misc. 2d at 314-15. Simply
15 stated, if the claim of Vavra and Fischer is credited, a stolen piece of artwork was delivered in New
16 York to a New York art gallery, which sold it in New York to Bakalar. Indeed, Bakalar concedes
17 that “a substantial part of the events or omissions giving rise to the claims herein” occurred in New
18 York. (A-271.) These “events and omissions” made New York a “marketplace for stolen goods”
19 and, more particularly, for stolen artwork, which was of special concern in *Lubell*. *See* 77 N.Y.2d
20 at 320.

21 By contrast, the resolution of an ownership dispute in the Drawing between parties who
22 otherwise have no connection to Switzerland does not implicate any Swiss interest simply because
23 the Drawing passed through there. While the Drawing was purchased in Switzerland by a Swiss art
24 gallery, which resold it within five months to a New York art gallery, the application of New York
25 law here would not have any adverse effect on the Swiss art gallery. Nor would it affect any other

1 Swiss citizen or Swiss interest. The application of New York law may cause New York purchasers
2 of artwork to take greater care in assuring themselves of the legitimate provenance of their purchase.
3 This, in turn, may adversely affect the extra-territorial sale of artwork by Swiss galleries. The
4 tenuous interest of Switzerland created by these circumstances, however, must yield to the
5 significantly greater interest of New York, as articulated in *Lubell* and *Elicofon*, in preventing the
6 state from becoming a marketplace for stolen goods. *Elicofon*, 536 F. Supp. at 846, *Lubell*, 77
7 N.Y.2d at 320. Thus, the Restatement (Second) of Conflict of Laws, which strongly tilts toward the
8 situs rule, acknowledges that “[t]here will also be occasions when the local law of some state other
9 than that where the chattel was situated at the time of the conveyance should be applied because of
10 the intensity of the interest of that state in having its local law applied to determine the particular
11 issue.” Restatement (Second) of Conflict of Laws § 244 cmt. g (1971).

12 *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie’s, Inc.*, 1999 WL 673347 (S.D.N.Y.
13 Aug. 30, 1999), upon which the district judge and Bakalar rely, does not compel a different result.
14 The issue in that case was whether New York or French law would apply to a stolen artifact over
15 which a citizen of France acquired title based on prescriptive possession after thirty years, as
16 permitted under French law. The artifact was ultimately brought to New York, where the auction
17 house, Christie’s, Inc., auctioned it for \$2 million. The Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem
18 subsequently sued the purchaser and the prior French owner. The district judge granted summary
19 judgment in favor of the defendants, on the ground that French law applied and on the ground of
20 laches. The choice of law determination was based on the district judge’s erroneous application of
21 the old situs rule. Moreover, she declined to apply the public policy exception to that rule after
22 determining that “[t]he thirty-year period for prescriptive possession under French law, however,

1 is a substantial length of time, not an indication of ‘commercial indifference.’” *Id.* at *5. We need
2 not say here whether the application of French law was correct, although we can say the situs rule
3 on which the district judge relied is not consistent with the New York choice-of-law rule, and that
4 Swiss law and the commercial practice it fosters is significantly different than that of France.³

5 While we have focused on the laws of Switzerland and New York, there is a third
6 jurisdiction, the laws of which are arguably relevant. The Drawing began its journey in Austria, and
7 Austrian courts have recognized that Vavra and Fischer are the heirs to Grunbaum’s estate.
8 Certainly, Austria has no interest in defeating the claim by these heirs against a United States citizen.
9 Nevertheless, it is relevant that after World War II, Austria enacted a statute known as the Austrian
10 Nullification Act, which provided that “[a]ny paid and unpaid legal transactions and other legal
11 business which occurred during the German occupation of Austria will be considered null and void
12 if they were contracted as a consequence of any political or economic influence exercised by the
13 German Reich in order to deprive individuals or entities of property assets or interests owned by or
14 due them as of March 13, 1938.” NichtigkeitsG [Austrian Nullification Act] No. 106/1946, § 1
15 (Austria). The claims made on the basis of the Austrian Nullification Act were to be determined by
16 subsequent legislation. While Austria enacted legislation relating to restitution of property from
17 private parties—the Third Restitution Law BGB No. 54/1947, which the district judge observed

³ According to Bakalar’s expert, the Swiss Act on the International Transfer of Cultural Property (“CPTA”) extended the statute of limitations for the return of stolen or lost cultural objects of a certain importance from five years to thirty years. The Act, however, does not apply to events that occurred prior to its enactment in June 2005. More significantly, the Act is hardly clear regarding which objects come within the Act’s definition. Indeed, as Bakalar’s expert opined, “[w]hether a cultural object is of importance in the sense of the CPTA is a question of interpretation, which must be answered on a case-by-case basis, taking into account the current opinion of art experts, the treatment of the object in scientific publications, etc. Objects of ‘museum quality’ are usually considered to be of importance in the sense of the Act.” (A-707 n.11.)

1 imposed “a lesser burden for proving an illegitimate transfer of the Drawing in Austria,” (A-
2 347)—the statute expired on July 31, 1956. Nevertheless, an opinion of the Supreme Court of
3 Austria, a translation of which is before us, declared that the Austrian Nullification Act is “in
4 accordance with the immutable principles of our General Civil Code that nobody is obligated to
5 adhere to a contract that was concluded on the basis of unfair and well-founded fear.” Oberster
6 Gerichtshof [OGH] [Supreme Court] Apr. 1, 2008, Docket No. 5 Ob 272/07x (citing Austrian Civil
7 Code § 870). Moreover, the Supreme Court of Austria observed that “[e]ven though claims for
8 expropriation of property within the meaning of the [Third Restitution Law] can no longer be
9 asserted due to expiration of the time limit (July 31, 1956), [these principles] continue[] to be an
10 integral part of Austrian law.” *Id.*

11 Although it is unclear whether a cause of action comparable to the counterclaims of Vavra
12 and Fischer against Bakalar could be successfully brought in Austria, allowing the claims to go
13 forward under New York law is consistent with the principles underlying the decision of the
14 Supreme Court of Austria. While Austria may have allowed its restitution-enabling act to elapse
15 eleven years after the end of WWII in order to protect Austrian citizens, the present case does not
16 involve a claim against any citizen of Austria.⁴ Accordingly, we conclude that Austria has no

⁴ Significantly, the Republic of Austria continues to investigate all works of art acquired between 1938-1945, which are now owned by it. Indeed, as the Austrian Embassy in the United States observed, “[w]orks of art not properly obtained will be returned to their original owners or their heirs.” Austrian Press and Information Service, Austrian Holocaust Restitution, <http://www.austria.org/content/view/414/1>. Indeed, the International Bar Association recently reported that “The Austrian ‘Commission for Provenance Research’ issued 11 recommendations, recommending the transfer of the disputed objects (including paintings, prints, sculpture, ethnographical objects and musical instruments) to the heirs of the initial owners in ten cases, and in part in one case.” 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>; see also Holocaust Claims Processing Office, *Eight Artworks*

1 competing interest in the circumstances presented here.

2 In sum, we conclude that the district judge erred in holding that Swiss law, rather than New
3 York law, applied here. Consequently, if, contrary to the holding of the district judge, the Drawing
4 was stolen or otherwise unlawfully taken from Grunbaum, that circumstance would affect the
5 validity of Bakalar's title.

6 III

7 Notwithstanding its conclusion that the manner in which the Drawing was acquired from
8 Grunbaum would not have affected the outcome of the case, the district judge found that the
9 Grunbaum heirs had failed to produce "any concrete evidence that the Nazis looted the Drawing or
10 that it was otherwise taken from Grunbaum." *Bakalar v. Vavra*, 2008 WL 4067335, at *8 (S.D.N.Y.
11 Sept. 2, 2008). Our reading of the record suggests that there may be such evidence, and that the
12 district judge, by applying Swiss Law, erred in placing the burden of proof on the Grunbaum heirs
13 in this regard. Indeed, as discussed earlier, if the district judge determines that Vavra and Fischer
14 have made a threshold showing that they have an arguable claim to the Drawing, New York law
15 places the burden on Bakalar, the current possessor, to prove that the Drawing was not stolen. *See*
16 *Lubell*, 77 N.Y.2d at 321 ("[T]he burden of proving that the painting was not stolen property rests
17 with the [possessor]."). Moreover, should the district judge conclude that the Grunbaum heirs are
18 entitled to prevail on the issue of the validity of Bakalar's title to the Drawing, the district judge
19 should also address the issue of laches. This defense, which Bakalar raised in response to the
20 counterclaim of the Grunbaum heirs, is one that New York law makes available to him.

*Returned to Rightful Heir From Austrian Museums with [Assistance] of Holocaust Claims
Processing Office, <http://www.claims.state.ny.us/pr081002.htm>.*

1 Accordingly, for the reasons stated above, we vacate the judgment of the district court and
2 remand the case for further proceedings, including, if necessary, a new trial.

3 IV

4 We turn briefly to the entirely collateral argument of the Grunbaum heirs that the district
5 judge abused his discretion by limiting the discovery they sought for the purpose of filing a class
6 action certification request. The order of the district judge directed non-parties Sotheby's, Inc.,
7 Christie's Inc., and Galerie St. Etienne, to provide "statistical information" necessary to address
8 questions of class numerosity. Vavra and Fischer challenge the portion of the order excluding the
9 identities of those who may have purchased works owned by Grunbaum. During a conference held
10 on December 9, 2005, the district judge gave the following explanation for that limitation:

11 [G]iven the fact that this is a motion for class certification, what is
12 important for the movant in that case, is to address the questions of
13 numerosity. And the discovery that you are taking, you can, with the
14 discovery that you are taking, that can be satisfied by providing you
15 with statistics on the buyers and sellers of the Grunbaum works, and
16 with the location by state or country at the time of the transaction,
17 and whether the purchaser was a museum, an art dealer, or a private
18 individual. *There is no reason to learn the specific identities of those*
19 *people at this time.*
20

21 (A-65-66.) (emphasis added).

22 The order did not in any way prevent the Grunbaum heirs from obtaining discovery sufficient
23 to satisfy the numerosity requirement or any other requirement of Fed. R. Civ. P. 23(a). Indeed, it
24 suggested implicitly that such information could be obtained at some later point. Under these
25 circumstances, the district judge did not abuse his discretion by denying defendants' request for
26 additional discovery. *See Heerwagen v. Clear Channel Commc'ns*, 435 F.3d 219, 233 (2d Cir. 2006)
27 ("The amount of [class] discovery is generally left to the trial court's considerable discretion.").

1

2

CONCLUSION

3

The judgment of the district court is **VACATED** and the case is **REMANDED** for further

4

proceedings consistent with this opinion.

1 EDWARD R. KORMAN, *District Judge*, separately concurring:

2 Often, when a verdict after a trial is reversed, other issues will be addressed which, though
3 they do not affect the result, are likely to arise again on remand. While such a discussion may
4 constitute dicta, it is justified by the desire to avoid the burden and expense that would result from
5 the repetition of uncorrected error. Whether to undertake such an exercise is, of course,
6 discretionary. While my colleagues, for perhaps understandable reasons, decline to engage in it, I
7 take a different view and write to address more fully Part III of the panel opinion, which takes issue
8 with the district judge's finding that the Grunbaum heirs had failed to produce "any concrete evidence
9 that the Nazis looted the Drawing or that it was otherwise taken from Grunbaum." *Bakalar v. Vavra*,
10 2008 WL 4067335, at *8.

11 While the panel opinion observes that "[o]ur reading of the record suggests that there may be
12 such evidence," **[Panel Opinion, ante at 18]** it does not say what that evidence is, nor does it discuss
13 the legal principles applicable to what is essentially a mixed question of law and fact. The district
14 judge is left to comb the record without assistance, looking for evidence he did not see the first time
15 around, and without guidance as to the legal principles that make the evidence particularly relevant.
16 I write to fill this gap.

17 Grunbaum was arrested while attempting to flee from the Nazis. After his arrest, he never
18 again had physical possession of any of his artwork, including the Drawing. The power of attorney,
19 which he was forced to execute while in the Dachau concentration camp, divested him of his legal
20 control over the Drawing. Such an involuntary divestiture of possession and legal control rendered
21 any subsequent transfer void.

22 "Under American law and the law of many foreign states there is only one scenario in which

1 a good-faith purchaser's claim of title is immediately recognized over that of the original owner. This
2 scenario arises when the owner *voluntarily* parts with possession by the creation of a bailment, the
3 bailee converts the chattel, and the nature of the bailment allows a reasonable buyer to conclude that
4 the bailee is empowered to pass the owner's title." Patricia Youngblood Reyhan, *A Chaotic Palette:
5 Conflict of Laws in Litigation Between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art*,
6 50 Duke L. J. 955, 971 (2001) (emphasis added). The principle to which Professor Reyhan alludes
7 is codified in more limited form in section 2-403(2) of the Uniform Commercial Code, which was
8 adopted by New York, and which provides that "[a]ny entrusting of possession of goods to a
9 merchant who deals in goods of that kind gives him power to transfer all rights of the entruster to a
10 buyer in ordinary course of business." No such voluntary entrustment took place here. Nor did
11 Grunbaum's flight from the Nazis constitute a voluntary abandonment.

12 Section 2-403(1) of the Uniform Commercial Code, which addresses principally the
13 consequences of the transfer of title, rather than mere possession, provides that a person with voidable
14 title has the power to transfer good title to a good-faith purchaser for value, and provides four
15 examples of circumstances in which this rule applies. "The key to the voidable title concept appears
16 to be that the original transferor voluntarily relinquished possession of the goods and intended to pass
17 title." Franklin Feldman & Stephen E. Weil, *Art Law* § 11.1.3 (1986). The Feldman & Weil treatise
18 continues: "He may have been defrauded, or the check he received may have bounced, or he may
19 have intended to sell it to Mr. X rather than to Mr. Y, but, nevertheless, he intended to pass title. In
20 such cases, the transferor has an option to void the sale, but the transferee can pass good title. A
21 person who acquired the goods from a thief, however, has no title and consequently neither he nor
22 successive transferees can pass ownership." *Id.*; see also Thomas M. Quinn, *Quinn's Uniform*

1 *Commercial Code Commentary and Law Digest* § 2-403[A][6] (2d ed., 2002). Grunbaum never
2 voluntarily intended to pass title to the Drawing. On the contrary, the circumstances strongly suggest
3 that he executed the power of attorney with a gun to his head.

4 Nevertheless, the district judge, relying on U.C.C. § 2-403(1), concluded that “Galerie St.
5 Etienne was a seller with voidable title to the Drawing, having acquired it from Galerie Gutekunst
6 in 1956,” and that Bakalar, a good faith purchaser for value, acquired good title to the Drawing. 2008
7 WL 4067335, at *6. While the district judge did not identify the defect in the title acquired by
8 Galerie Gutekunst, which rendered voidable the title it passed to Galerie St. Etienne, his conclusion
9 that the title was voidable implicitly recognizes that there was some legal defect in the passage of title
10 to the Drawing as it made its way from Grunbaum to the Galerie Gutekunst. Otherwise, the district
11 judge would have had no basis to characterize as “voidable” the title the latter conveyed to the
12 Galerie St. Etienne. This characterization, however, ignores the fact that, if the power of attorney
13 signed by Grunbaum was involuntary, any subsequent transfer was void and not merely voidable.

14 This case is analogous to the circumstances in two reported cases. In *Vineberg v. Bissonnette*,
15 548 F.3d 50 (1st Cir. 2008), *aff’g* 529 F. Supp. 2d 300, 307 (D.R.I. 2007), the Nazis issued an edict
16 directing the Jewish owner of an art gallery to liquidate the gallery and its inventory after determining
17 that he “lacked the requisite personal qualities to be an exponent of German culture.” *Id.* at 53. After
18 unsuccessfully appealing this edict, the owner “surrendered to the inevitable,” and consigned most
19 of the affected works to a government-approved purveyor. *Id.* The consigned pieces, including a
20 painting by Franz Xaver Winterhalter known as “Mädchen aus den Sabiner Bergen” (“Girl from the
21 Sabine Mountains”), were auctioned at prices below their fair market value. Fearing for his life, the
22 owner fled Germany shortly after the forced sale. Consequently, he never retrieved the auction

1 proceeds. *Id.* The district court had little trouble in concluding that the owner’s “relinquishment of
2 his property was anything but voluntary,” 529 F. Supp. 2d at 307, and that holding was not
3 challenged on appeal.

4 Similarly, in *Menzel v. List*, the Jewish owners of a painting by Marc Chagall entitled “Le
5 Paysan a L'echelle” (“The Peasant and the Ladder”) left their apartment in Brussels when they fled
6 in March, 1941, before the oncoming Nazis. 49 Misc. 2d 300, 301-2 (N.Y. Sup. Ct. 1966), *modified*
7 *as to damages*, 28 A.D.2d 516 (1st Dep’t 1967), *rev’d as to modification*, 24 N.Y.2d 91 (1969). The
8 painting was seized by the Nazis, who left a certification or receipt “indicating that the painting,
9 among other works of art, had been taken into ‘safekeeping.’” *Id.* at 301. The New York State
10 Supreme Court Justice hearing the case concluded that the painting had not been abandoned because
11 it did not constitute “a voluntary relinquishment of a known right.” *Id.* at 305. The Justice
12 continued: “The relinquishment here by the Menzels in order to flee for their lives was no more
13 voluntary than the relinquishment of property during a holdup.” *Id.* Consequently, he ordered the
14 current possessor of the painting, and good-faith purchaser, to either return it to Mrs. Menzel or pay
15 her \$22,500, its fair value at the time of the case. Moreover, he also held that the good-faith
16 purchaser could recover the \$22,500 for breach of warranty of title from the Perls Galleries, from
17 whom the painting was purchased. In so doing, the Justice explained:

18 It is of no moment that Perls Galleries may have been a *bona fide*
19 purchaser of the painting, in good faith and for value and without
20 knowledge of the saga of the Menzels. No less is expected of an art
21 gallery of distinction. Throughout the course of human history, the
22 perpetration of evil has inevitably resulted in the suffering of the
23 innocent, and those who act in good faith. And the principle has been
24 basic in the law that a thief conveys no title as against the true owner.
25

1 *Id.* at 314-15 (citations omitted).⁵

2 Based on the historical record of the time, to which reference has already been made, the
3 power of attorney Grunbaum signed in the fourth month of his confinement in Dachau does not
4 appear to be any more voluntary a relinquishment of his legal interest in the Drawing than the acts
5 discussed in *Vineberg* and *Menzel*. Bakalar’s suggestion that the power of attorney constituted a
6 voluntary entrustment of property to his wife is a proposition that remains for him to prove. Unless
7 he does so, even if Mrs. Grunbaum “subsequently transferred the Drawing to her sister, Mathilde
8 Lukacs, in 1938, to prevent it from falling into the hands of the Nazis,” as Bakalar alleges, she could
9 not convey valid title to the artwork. Significantly, the district judge made no finding that any
10 entrustment for this purpose even took place.

11 On this score, Bakalar’s amended complaint, which was filed on the eve of trial, posits two
12 theories for what happened to the collection: 1) “that Elisabeth succeeded in hiding the [Drawing]
13 from the Nazis prior to her deportation, and that her sister, Lukacs-Herzl, managed to take the
14 collection with her into exile in Belgium,” or 2) “that after the Grunbaum’s apartment was aryanized
15 by the Nazis in 1938, the family’s library and art collection were purchased by a Viennese antiquarian
16 bookseller who lived in the same neighborhood for approximately \$90, and that the Viennese
17 bookseller then either sold or gave the collection to Lukacs-Herzl at some point thereafter.” (A-277.)

⁵ The assumption that the Perls Galleries acted in good faith was undermined by its own conscious avoidance. As the New York Court of Appeals explained in the course of upholding the award of damages against it in favor of the good faith purchaser, the Perls Galleries was responsible for the position in which it found itself. Specifically, the Perls Galleries would not have been in that position if it had satisfied itself that it was getting good title from the art gallery from whom it purchased the artwork. Instead, the Perls testified “that to question a reputable dealer as to his title would be an ‘insult.’ Perhaps, [the Court of Appeals responded], but the sensitivity of the art dealer cannot serve to deprive the injured buyer of compensation for a breach which could have been avoided had the insult been risked.” *Menzel*, 24 N.Y.2d at 98.

1 Of course, the second alternative assumes that the property was taken by the Nazis, and Bakalar
2 acknowledges that, even under the first theory, scholars believe it is unlikely that Lukacs-Herzl could
3 have saved the entire collection given the circumstances under which she left Austria. Indeed,
4 Grunbaum's heirs offered expert evidence consistent with the premise that Lukacs-Herzl could not
5 have removed or salvaged the paintings because "she was a Jewish woman who was interned in a
6 Belgian work camp by the Nazis until 1944 after she fled Vienna together with her husband. It is
7 more likely that a person like Kieslinger with direct ties to the Nazis took possession of the
8 Grunbaum collection." (A-1273.) Significantly, neither of the two theories posited by Bakalar are
9 predicated on the assumption that Mrs. Grunbaum voluntarily gave over Fritz Grunbaum's art
10 collection to either Lukacs-Herzl or the Nazis who aryanized her apartment.

11 Nor do the district court's findings of fact support Bakalar's argument "that someone in the
12 Grunbaum family more likely than not exported the Drawing from Vienna." The district judge
13 merely speculated that "[t]he Drawing could have been one of the 417 drawings Elisabeth Grunbaum
14 *possibly* exported . . . in 1938," or that the Drawing "could have been one of three drawings Lukacs's
15 husband exported," or that "it could have been" one of the three watercolors exported by Lukacs's
16 brother-in-law. 2008 WL 4067335, at *8 (emphasis added). These scenarios, based on pure
17 speculation, do not constitute findings by a preponderance of the evidence that what "could have"
18 happened, actually did happen.

19 Moreover, although Bakalar now claims that there is no "direct evidence that all of the Schiele
20 art sold by Lukacs had once belonged to Fritz Grunbaum," or that "the Drawing belonged to Fritz
21 Grunbaum prior to or during the war," there is significant circumstantial evidence that this artwork
22 had belonged to him. Indeed, the district judge decided the case on this premise, and it was supported

1 by the deposition testimony of Eberhard Kornfeld, a partner at Galerie Gutekunst, and the trial
2 testimony of Jane Kallir, the current director of the Galerie St. Etienne. Significantly, the Sotheby's
3 Catalogue Description for the Drawing, February 8, 2005, which it prepared on Bakalar's behalf,
4 listed the provenance as follows:

5 Fritz Grunbaum, Vienna (until 1941)
6 Elisabeth Grunbaum-Herzl, Vienna (widow of the above; until 1942;
7 thence by decent)
8 Mathilde Lukcas-Herzl (sister of the above)
9 Gutekunst & Klipstein, Bern (on consignment from the above by
10 1956)
11 Galerie St. Etienne, New York
12 Norman Granz, New York
13 Galerie St. Etienne, New York
14 Acquired from the above by the present owner
15

16 (A-700.)

17 The admission by Sotheby's as to the initial provenance of the Drawing was confirmed by
18 the judicial admission regarding its provenance in Bakalar's original complaint. *See Official Comm.*
19 *of the Unsecured Creditors of Color Tile, Inc. v. Coopers & Lybrand, LLP*, 322 F.3d 147, 167 (2d
20 Cir. 2003). Specifically, Bakalar alleged in his complaint that:

21 The Drawing has an established and documented provenance. It
22 originally belonged to the collection Fritz Grunbaum, a well-known
23 Vienesse cabaret performer. In 1938, the Nazis confiscated
24 Grunbaum's residence and inventoried the contents of his art
25 collection. Grunbaum was deported to Dachau, where he died in
26 1941. His wife, Elisabeth, died the following year. By all credible
27 accounts, however, the Grunbaum art collection escaped confiscation
28 by the Nazis, and the collection, including the Drawing, subsequently
29 came in to the possession of Grunbaum's sister-in-law, Mathilde
30 Lukacs-Herzl, after the war.
31

32 (A-217.) On the eve of trial, Bakalar moved to file an amended complaint, deleting his admission

1 as to the initial provenance of the Drawing, because it was based on information he obtained from
2 Kornfeld, who had come to this conclusion in 1998 after he learned of Fritz Grunbaum's relationship
3 to Lukacs-Herzl. While Bakalar was apparently permitted to file an amended complaint, Kornfeld
4 and Kallir had sufficient expertise in the field to provide competent evidence on this score. Nor is
5 it any answer to argue, as Bakalar does here, that their opinion was based on circumstantial rather
6 than direct evidence. Moreover, notwithstanding the amended complaint, Bakalar's admission as to
7 the provenance of the Drawing constitutes competent evidence that the trier of fact is free to consider,
8 along with Bakalar's explanation for its inclusion in the original complaint.

9 In sum, my reading of the record suggests that there is substantial evidence to support the
10 claim of the Grunbaum heirs that the Drawing was owned by Grunbaum and he was divested of
11 possession and title against his will.

**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 abhängt.

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

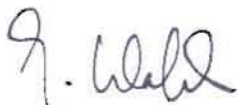
Eingeständnis bezüglich der anfänglichen Herkunft der Zeichnung gestrichen war, weil diese auf einer Information basierte, die er von Kornfeld erhalten hatte, der 1998, nachdem er von der Verwandtschaft von Fritz Grünbaum mit Lukacs-Herzl erfahren hatte, zu dieser Schlussfolgerung gelangt war. Während 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.

Bestätigung

Hiermit bestätigen wir, dass die angeheftete Übersetzung von einem konzessionierten Übersetzungsbüro (Nummer: 3294/f/21/neu, MBA 21-G-F 2363/96) angefertigt wurde.

Wien, 9.9.2010



Jeffrey J. Waldock

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

01.04.2008

Geschäftszahl

5Ob272/07x

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in den verbundenen Rechtssachen

I. der klagenden Parteien 1. Maijken Hofmann, Pensionistin, 2. Anna Lokrantz, Angestellte, 3. Maria Müller, Angestellte, 4. Andreas Müller-Hofmann, Angestellter und 5. Lena Müller-Hofmann, Angestellte, alle Arsenalsgatan 4, 11147 Stockholm, Schweden, alle vertreten durch Freimüller/Noll/Obereder/Pilz & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, und

II. der klagenden Parteien 1. George Bentley, Kaufmann, 2600 Lunada Lane, 94507-1023 Alamo, USA, 2. Trevor Mantle, Angestellter, 1431 W. 534d Avenue, V7P 1L1, Vancouver, BC, Kanada, beide vertreten durch Dr. Stefan Gulner, Rechtsanwalt in Wien,

gegen die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien,

und der Nebenintervenienten auf Seite der beklagten Partei 1. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel, Hochschullehrer, Johannes-Kepler Universität Linz, Rechtswissenschaftliche Fakultät, 4040 Linz, Altenbergerstraße 69, 2. o. Univ.-Prof. Dr. Walter Rechberger, Hochschullehrer, Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät, 1010 Wien, Schottenbastei 10-16, und 3. Dr. Andreas Nödl, Rechtsanwalt, Saltzorgasse 2, 1010 Wien, alle vertreten durch Spohn, Richter & Partner, Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Aufhebung eines Schiedsspruchs, über die außerordentlichen Revisionen sämtlicher Kläger gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 8. Oktober 2007, GZ 14 R 83/07i-21, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Die außerordentlichen Revisionen werden zurückgewiesen.

Text**Begründung:**

Das Gemälde „Amalie Zuckermandl“ von Gustav Klimt steht im Eigentum der beklagten Partei und befindet sich in der Österreichischen Galerie im Schloss Belvedere. Die beklagte Partei wurde durch Schenkung von Dr. Viktoria Künstler am 17. 3. 1988 Eigentümerin dieses Gemäldes.

Am 13. März 1938 stand dieses Gemälde im Eigentum von Ferdinand Bloch-Bauer und befand sich in seinem Haus Elisabethstraße 18 in 1010 Wien und verblieb dort jedenfalls bis 28. Jänner 1939. Danach gelangte das Bild in den Besitz der Familie Zuckermandl/Müller-Hofmann. Die näheren Umstände dieses Besitzwechsels blieben ungeklärt. Durch Verkauf um 1.600 RM gelangte das Bild noch während der NS-Zeit an die Galeristin Dr. Viktoria Künstler. Diese wiederum schenkte es, wie oben ausgeführt, 1988 der Republik Österreich.

Das verfahrensgegenständliche Gemälde war bis zum Inkrafttreten des KunstrückgabeG 1998 niemals Gegenstand eines Rückstellungsverfahrens. Die Klägerinnen und Kläger der Gruppe Müller-Hofmann (Gruppe I) sind Rechtsnachfolger der porträtierten Amalie Zuckermandl bzw deren Tochter Hermine Müller-Hofmann. Die Klägerinnen und Kläger der Gruppe Altmann (Gruppe II) sind Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer. Alle erhoben nach Inkrafttreten des KunstrückgabeG 1998 gegen die Republik Österreich Ansprüche auf Rückgabe des Klimt-Bildes. Nach einer die Rückgabevoraussetzungen verneinenden Entscheidung des in § 3 KunstrückgabeG vorgesehenen Beirats, den die zuständigen Minister vor Übereignung anzuhören haben (§ 2

Abs 2 KunstrückgabeG), schlossen die Altmann-Gruppe und DDr. Nelly Auersberg im Mai 2005 mit der Republik Österreich einen Schiedsvertrag, worin sie vereinbarten, dass ein Schiedsgericht über die Fragen entscheiden solle, ob hinsichtlich des Gemäldes „Amalie Zuckerkanndl“ die Voraussetzungen für eine Rückgabe ohne Bezahlung gemäß § 1 KunstrückgabeG erfüllt sind und bejahendenfalls, ob das Gemälde an die Erben von Ferdinand Bloch-Bauer oder an jene von Amalie Zuckerkanndl zurückgegeben werden soll. Als Schiedsrichter bestimmten die Altmann-Gruppe und DDr. Auersberg den dritten Nebenintervenienten, die beklagte Partei den zweiten Nebenintervenienten, diese beiden einigten sich auf den ersten Nebenintervenienten als weiteren Schiedsrichter. Ebenfalls im Mai 2005 schlossen die Parteien dieses bezeichneten Schiedsvertrags mit den Mitgliedern der Familie Müller-Hofmann eine Beitrittsvereinbarung („joinder agreement“), wonach der Familie Müller-Hofmann sämtliche Vorteile und Verpflichtungen aus dem Schiedsvertrag hinsichtlich des Gemäldes „Amalie Zuckerkanndl“ zukommen sollten. Die Familie Müller-Hofmann verpflichtete sich, die Entscheidung des Schiedsgerichts anzuerkennen. Auf diese Beitrittsvereinbarung wurde auch im Schiedsvertrag Bezug genommen und festgehalten, dass deren Abschluss und insbesondere die Bereitschaft der Familie Müller-Hofmann, das Ergebnis des Schiedsverfahrens als verbindlich zu akzeptieren, Bedingung für die Zustimmung der Parteien zum Schiedsvertrag sei.

Beide Klägergruppen erhoben daraufhin die Schiedsklage an das mit dem Schiedsvertrag konstituierte Schiedsgericht. Mit Schiedsspruch vom 7. 5. 2006 wies das Schiedsgericht beide Klagen ab und stellte fest, dass die Voraussetzungen des § 1 KunstrückgabeG für eine unentgeltliche Rückgabe des Bildes „Amalie Zuckerkanndl“ an die Erben von Ferdinand Bloch-Bauer oder an die Familie Müller-Hofmann nicht erfüllt seien.

Der Schiedsspruch enthält keine gesondert ausgewiesenen Sachverhaltsfeststellungen, sondern unter der Überschrift „Rechtliche Beurteilung“ zusammengefasste Überlegungen zur Beweiswürdigung und deren Ergebnis sowie eine rechtliche Beurteilung dieser Umstände. Danach ist das Schiedsgericht davon ausgegangen, dass das Bildnis „Amalie Zuckerkanndl“ über Veranlassung von Ferdinand Bloch-Bauer nach dessen durch die Machtergreifung der Nationalsozialisten in Österreich verursachten Flucht ins Ausland von dem von den Nationalsozialisten eingesetzten Vermögensverwalter Dr. Führer ohne Gegenleistung an Hermine Müller-Hofmann (eine Tochter der Amalie Zuckerkanndl) herausgegeben wurde. Ursprünglich war das Bild nämlich im Eigentum der Familie Zuckerkanndl gestanden und war von Herrn Bloch-Bauer vor dem März 1938 von dieser gekauft worden. Eine auf dem Weg über Müller-Hofmann durch den Vermögensverwalter Dr. Führer vorgenommene Veräußerung an Dr. Viktoria Künstler hielt das Schiedsgericht nicht für erwiesen.

Die Familie Müller-Hofmann, die ebenfalls während der NS-Zeit der Verfolgung ausgesetzt war, Hermine Müller-Hofmann war Jüdin, verkaufte während der NS-Zeit aus Not das Bildnis an Dr. Viktoria Künstler, eine der Familie in Freundschaft verbundene Person. Hermine Müller-Hofmann musste die erhaltene Summe verwenden, um ihr Leben zu retten. Bezüglich des Kaufpreises von 1.600 RM nahm das Schiedsgericht an, dass dieser zwar vergleichsweise niedrig, aber für die damalige Zeit nicht völlig unverhältnismäßig gewesen und daher immer noch im Rahmen des Vertretbaren gelegen sei.

Im Ergebnis verneinte das Schiedsgericht hinsichtlich beider Rechtshandlungen den Tatbestand einer Entziehung im Sinn des § 1 NichtigkeitsG 1946. Zuzugabe der Verweisung auf das Nichtigkeitsgesetz in § 1 KunstrückgabeG gehe es im Kern um Gegenstände einer Vermögensentziehung während der NS-Zeit. Das sei zunächst im Verhältnis zu Ferdinand Bloch-Bauer zu prüfen. Zwar sei eine Entziehung hinsichtlich aller Objekte zu bejahen, die Dr. Führer in seiner Eigenschaft als von den nationalsozialistischen Behörden eingesetzter Vermögensverwalter von Ferdinand Bloch-Bauer ohne dessen freiwillige Mitwirkung veräußert, faktisch herausgegeben oder für sich behalten habe. Inkriminiert im Sinn des NichtigkeitsG sei jede Handlung oder Unterlassung, die nach der Rechtsordnung eine rechtliche Wirkung erzeugt habe. Nun habe sich aber erwiesen, dass die Herausgabe des Bildes aus der Sammlung Bloch-Bauer an die Familie Zuckerkanndl/Müller-Hofmann freiwillig, durch die private Beziehung zu Amalie Zuckerkanndl motiviert, über Veranlassung Ferdinand Bloch-Bauers erfolgt sei. Das lasse die Annahme einer „Entziehung“ im Sinn des Nichtigkeitsgesetzes verneinen, obwohl die Rückstellung des Bildes durch die Verfolgung Ferdinand Bloch-Bauers insofern verursacht worden sei, als ohne die Ereignisse nach 1938 alle Dinge eine andere Wendung genommen hätten. Das Gesetz verlange aber, dass die Vermögensverschiebung erfolge, „um zu ... entziehen“. Was den zweiten Rechtsübergang betreffe, sei der Verkauf an Dr. Künstler zweifellos im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Machtübernahme gestanden. Die Umstände der Veräußerung seien jedoch besonders gelagert, sei doch der Verkauf an jemanden erfolgt, mit dem die Verkäuferfamilie befreundet gewesen sei. Die Verkäuferin habe dieses Rechtsgeschäft eher als Hilfe in der Not, denn als Mitwirkung bei der Beraubung durch die Nazis empfunden. Selbst wenn sie die Kaufsumme verwenden habe müssen, um ihr Leben zu retten, rechtfertige das nicht, den Verkauf an eine befreundete Person als „Entziehung“ iSd NichtigkeitsG zu qualifizieren. Das werde auch durch das spätere Verhalten von Hermine Müller-Hofmann bestätigt, die nach dem Krieg in keiner Weise versucht habe, eine Rückgabe des Bildes zu betreiben. Vielmehr habe sie die ihr von Dr. Künstler vorgeschlagene Möglichkeit, das Bild zurückzukaufen, ausgeschlagen. Das Schiedsgericht legte auch zugrunde, dass die Ablehnung des Rückerwerbs zum seinerzeit verlangten Preis trotz in der Zwischenzeit erfolgter Wertsteigerung freiwillig erfolgt sei, weil Hermine Müller-Hofmann noch in den Jahren 1985 oder 1986 sich mit dem Verlauf der Dinge hinsichtlich des Bildes „ganz zufrieden“ erklärt habe. Beide Klägergruppen begehren mit ihren Klagen die Aufhebung des Schiedsspruchs, die Klägergruppe Müller-Hofmann auch die Aufhebung der Beitrittsvereinbarung zum Schiedsvertrag sowie die gerichtliche Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 1

KunstrückgabeG für eine unentgeltliche Rückgabe an sie erfüllt seien, also eine Entscheidung in der Sache selbst.

In ihrer Aufhebungsklage macht die Klägergruppe Müller-Hofmann gemäß § 595 Abs 1 Z 1 und 6 ZPO geltend, dass weder die Schiedsvereinbarung noch das Schiedsverfahren den Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 MRK entspreche. Dadurch, dass diese Klägergruppe einer bereits bestehenden Schiedsvereinbarung beigetreten sei, habe sie keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts nehmen können, insbesondere sei ihr das Recht entzogen worden, einen eigenen Schiedsrichter zu benennen.

Überdies sei der vorliegende Schiedsvertrag bzw der Beitritt zum Schiedsvertrag (joinder agreement) ungültig, nicht nur, weil dieser einen Bestellungsmodus vorgesehen habe, der die Gleichbehandlung der Parteien nicht sicher gestellt habe und daher gegen die Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung verstoße, sondern auch, weil diese Klägergruppe genötigt worden sei, der Schiedsvereinbarung beizutreten, weil sie sonst keine Möglichkeit gehabt hätte, ihren Restitutionsanspruch zu verfolgen. Der erzwungene Verzicht auf die Mitwirkung bei der Schiedsrichterbestellung widerspreche dem *ordre public*.

Beide Klägergruppen stützen ihr Aufhebungsbegehren auch darauf, dass der Schiedsspruch insgesamt an so krassen Verfahrensmängeln leide und Fehler der Beweiswürdigung und rechtlichen Beurteilung aufweise, dass sein Ergebnis mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar sei.

Zentrales Argument des Aufhebungsbegehrens ist, dass aufgrund einer gänzlich unvertretbaren Rechtsansicht im Schiedsspruch die Voraussetzungen des § 1 KunstrückgabeG 1998 verneint worden seien. Zentral sei der Begriff der „Vermögensentziehung“. Weil sich aus § 1 NichtigkeitsG selbst keine unmittelbaren Rechtsfolgen ergäben, müsse auf die Definition des Tatbestands der Vermögensentziehung im einschlägigen 3. RStG zurückgegriffen werden. Demnach liege eine Vermögensentziehung bereits dann vor, wenn der Eigentümer politischer Verfolgung durch den Nationalsozialismus unterworfen gewesen war und der Erwerber des Vermögens nicht dartun konnte, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre. In anderen Fällen sei eine Vermögensentziehung zu verneinen, wenn der Erwerber dartun könne, dass der Eigentümer die Person des Käufers frei ausgewählt und eine angemessene Gegenleistung erhalten habe oder dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt sei.

Bei Anwendung dieses gesetzlichen Tatbestands auf die vorliegenden Rechtshandlungen bzw Vermögensübertragungen hätte schon der hier feststehende Umstand ausgereicht, dass jeweils jene Person, der Vermögen entzogen wurde, politischer Verfolgung ausgesetzt war. Die weiteren Umstände, nämlich dass eine Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre, hätte dann der Erwerber nachzuweisen gehabt. Das treffe auf beide Sachverhalte nicht zu. In beiden Fällen sei der Vermögenstransfer im unmittelbaren Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Machtergreifung und politischen Verfolgung gestanden. Völlig zu Unrecht, weil durch die einschlägigen Rückstellungsbestimmungen nicht erfasst, habe das Schiedsgericht stattdessen subjektive Momente in den Vordergrund gestellt, wie die Freundschaft zwischen der Familie Zuckerkandl/Müller-Hofmann und Herrn Bloch-Bauer einerseits, andererseits das freundschaftliche Verhältnis zwischen Müller-Hofmann und Dr. Künstler. Solche Erwägungen gingen an der Bedeutung des NichtigkeitsG vorbei. Nach den historischen Materialien zum NichtigkeitsG sollte dieses dazu dienen, „dass alle Rechtsübertragungen, die während der Besetzungszeit im Zug der politischen Durchdringung unseres Landes durch das Dritte Reich erfolgten, null und nichtig sind“. Das gehöre „zu den unverrückbaren Grundsätzen unseres Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs“. Das gefundene Ergebnis des Schiedsspruchs sei mit Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung daher nicht vereinbar. Beide Vorinstanzen wiesen die Klagebegehren ab.

Das Berufungsgericht verneinte das Vorliegen der behaupteten Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung und des Schiedsspruchs im Wesentlichen mit der Begründung, die Beitrittsvereinbarung zur Schiedsvereinbarung sei frei und ohne vom Gesetz verpönten Zwang zustande gekommen. Die „Drohung“ der Republik Österreich, das Gemälde, das unzweifelhaft in ihrem Eigentum steht, zu behalten, wenn es nicht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung bzw zum Beitritt zu einer bestehenden Schiedsvereinbarung komme, sei weder rechtsmissbräuchlich noch rechtswidrig gewesen, die Androhung eines „Übels“ nicht „ungerecht“, weil es der Republik Österreich zugestanden sei, ihre Rechtsposition als Eigentümerin zu wahren. Mit dem Beitritt zum Schiedsvertrag habe die Klägergruppe Müller-Hofmann eine vertragliche Schiedsrichterbestellung vorgenommen. Die Vorinstanzen verneinten auch die Unvereinbarkeit des Schiedsspruchs mit Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung. Ob das Schiedsgericht die aufgeworfenen Tat- und Rechtsfragen richtig gelöst habe, könne im Aufhebungsverfahren nicht geprüft werden (RIS-Justiz RS0045124). Nur das Ergebnis eines Schiedsspruchs, nicht aber dessen Begründung sei dahin zu überprüfen, ob es zu einer unerträglichen Verletzung tragender Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung gekommen sei (RIS-Justiz RS0110124). Es unterliege keinem Zweifel, dass jegliche Billigung des Nationalsozialismus, seiner Verbrechen und durch das nationalsozialistische Regime erzwungener Vermögensverschiebungen in krassestem Gegensatz zu den Grundwerten der österreichischen Rechtsordnung stehe. Dazu gehöre es auch, erzwungene Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen. Die Republik Österreich dürfe sich nicht am geschehenen Unrecht bereichern. Das bedeute aber nicht, dass jede Ablehnung eines Rückstellungsbegehrens betreffend im Eigentum der Republik Österreich stehender Kunstwerke, die vor oder während der nationalsozialistischen

Herrschaft einer vom Regime verfolgten Person gehörten, ordre-public-widrig sei. Beide Erwerbsvorgänge, die Gegenstand des Schiedsspruchs sind, hätten nicht durch unmittelbar ausgeübten Zwang des nationalsozialistischen Regimes stattgefunden.

Ob auch eine freiwillige, wenn auch durch die Umstände der nationalsozialistischen Verfolgung bedingte Vermögensveräußerung, wie sie hier von Ferdinand Bloch-Bauer an Hermine Müller-Hofmann und später von dieser an Dr. Viktoria Künstler erfolgt sei, im Sinn des § 1 NichtigkeitsG als null und nichtig zu qualifizieren sei und damit Anlass zu einer Rückstellung nach dem KunstrückgabeG gebe, sei eine Frage, die nicht mehr die Grundwertungen der Rechtsordnung berühre. Sie sei durch Auslegung der einschlägigen Gesetze zu lösen, weshalb die durch den Schiedsspruch vorgenommene Gesetzesauslegung keiner weiteren Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte im Rahmen einer Anfechtung des Schiedsspruchs unterliege.

Schließlich sei in der Frage des Verstoßes gegen Grundwertungen in der österreichischen Rechtsordnung auch noch zu bedenken, dass das KunstrückgabeG keinen Rechtsanspruch früherer Eigentümer, sondern nur eine Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen zur Rückübereignung von Kunstgegenständen vorsehe. Einen Rechtsanspruch schließe das KunstrückgabeG selbst aus. Ein durchsetzbarer Anspruch hätte überhaupt erst bei entsprechendem Ausgang des Schiedsverfahrens entstehen können. Verweigere nun ein Schiedsspruch die Voraussetzungen für die gesetzliche Ermächtigung, könne dies schon grundsätzlich nicht gegen den ordre public verstoßen. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands jeweils 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil die aufgeworfenen Rechtsfragen in ihrer Bedeutung nicht über den konkreten Einzelfall hinaus gingen, im Übrigen im Sinn ständiger Rechtsprechung gelöst worden seien, sodass die Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO nicht vorlägen.

Gegen diese Berufungsentscheidung richten sich die außerordentlichen Revisionen beider Klägergruppen.

Rechtliche Beurteilung

Sie erweisen sich nach Prüfung der in ihnen vorgetragenen Argumente als unzulässig, weil sie sich nicht im Rahmen des gesetzlichen Umfangs der Anfechtung eines Schiedsspruchs halten, sondern auf eine Überprüfung der Richtigkeit der im Schiedsspruch vorgenommenen Rechtsauslegung und damit auf eine unzulässige revision au fond abzielen.

Schiedssprüche können, wie sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, nicht wegen jeden Verstoßes gegen Rechtsvorschriften, nicht einmal wegen jeden Verstoßes gegen zwingendes Recht angefochten werden (vgl 3 Ob 2372/96m = SZ 71/82 = EvBl 1998/179 = JBl 1999, 390 = RdW 1998, 742 mwN), sodass keine Rechtsgrundlage für das Begehren nach Klärung besteht, ob und wie weit das Schiedsgericht die im Verfahren aufgeworfenen Tat- und Rechtsfragen im Schiedsspruch richtig gelöst hat (1 Ob 582/91 = JBl 1992, 192 ua). Zweck der Aufhebungsklage ist nicht eine Nachprüfung des Schiedsspruchs. Selbst die Prüfung, ob eine ordre public-widrigkeit vorliegt, darf nicht zu einer (Gesamt-)Überprüfung des Schiedsspruchs in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht führen (vgl 3 Ob 221/04b = SZ 2005/9 = JBl 2005, 661).

Nur dann, wenn es mit dem Ergebnis des Schiedsspruchs (vgl 2 Ob 158/00z = wobl 2001/115 [Reiner, 161 ff]) zu einer unerträglichen Verletzung tragender Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung kommt (vgl 3 Ob 221/04b = JBl 2005, 661), berechtigt dies zur Anfechtung des Schiedsspruchs nach § 595 Abs 1 Z 6 ZPO in der hier noch anzuwendenden Fassung der ZVN 1983. Zufolge § 595 Abs 1 Z 6 ZPO idF vor Inkrafttreten des SchiedsRÄG 2006 war ein Schiedsspruch aufzuheben, wenn er mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist oder gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt, deren Anwendung auch bei einem Sachverhalt mit Auslandsberührung nach § 35 IPRG durch eine Rechtswahl der Partei nicht abgedungen werden kann. Übereinstimmung besteht in Lehre und Rechtsprechung dahin, dass der ordre public als „Ausschnitt aus dem prinzipiell zwingenden Recht“ definiert wird (vgl Pitkowitz, Die Aufhebung von Schiedssprüchen, Rz 398 mwN; Fasching, Lehrbuch Rz 2231 f; 3 Ob 566/95 = SZ 68/154 ua), also nicht jede Verletzung zwingender Normen per se zur Aufhebung führt.

Das KunstrückgabeG 1998 als Ermächtigungsgesetz (§ 1 Einleitungssatz), das ausdrücklich keinerlei Anspruch auf Übereignung begründet (§ 2 Abs 2), ist keine zwingende Rechtsvorschrift im Sinn des § 595 Abs 1 Z 6 ZPO aF.

§ 1 NichtigkeitsG 1946, auf den das KunstrückgabeG verweist, bildet nach übereinstimmender Ansicht selbst keine Rückforderungsgrundlage, diese wird nur durch Ausführungsgesetze geschaffen (vgl für viele: G. Graf, Arme Amalie! - Kritische Anmerkungen zum Schiedsspruch iS Amalie Zuckerkandl, NZ 2007, 65 f).

Schon damit erweist sich die Argumentation der Revisionswerber, jede unrichtige Anwendung des Nichtigkeitsgesetzes und damit im Zusammenhang stehender Bestimmungen stelle bereits einen Verstoß gegen Grundwerte der österreichischen Rechtsordnung dar (vgl idS auch Pitkowitz, Ordre public-widriger Klimt - Schiedsspruch, ecolex 2007, 663) als nicht zielführend.

In der RV zum NichtigkeitsG 1946, Nr 83 der Beilagen zu den stenografischen Protokollen des Nationalrats (V.G.P.), heißt es (bei richtiger Wiedergabe!), es entspreche den unverrückbaren Grundsätzen unseres Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, dass niemand zur Einhaltung eines Vertrags verpflichtet sei, dessen Abschluss durch ungerechte und begründete Furcht veranlasst wurde (§ 870 ABGB). Das Nichtigkeitsgesetz

allein ist nur programmatisch und bildet keine Rechtsgrundlage für Rückforderungen. Aus ihm kann die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften nicht abgeleitet werden (vgl. J. Jungwirth, NS-Restitutionen und Zivilrecht 27 f N 121 bis 125). Es ist daher die Auslegung durchaus vertretbar, dass sich das KunstrückgabeG 1998 infolge der Zitierung des § 1 NichtigkeitsG 1946 als ein Ausführungsgesetz eigener Art darstellt, das zwar keine Restitutionsansprüche schafft, wohl aber unter den Voraussetzungen des § 1 NichtigkeitsG eine Ermächtigung zur Rückgabe von rechtmäßig ins Eigentum des Bundes übertragenen Kunstgegenständen statuiert. Weder der Gesetzestext des KunstrückgabeG noch die erläuternden Bemerkungen stellen einen Bezug zum Dritten Rückstellungsgesetz BGBl Nr 54/1947 idGF (3. RStG 1947) her, dessen § 2 wie folgt lautet:

Abs 1:

„Eine Vermögensentziehung im Sinn des § 1 Abs 1 liegt insbesondere vor, wenn der Eigentümer politischer Verfolgung durch den Nationalsozialismus unterworfen war und der Erwerber des Vermögens nicht dartut, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.“

Abs 2:

„In anderen Fällen liegt eine Vermögensentziehung insbesondere nicht vor, wenn der Erwerber dartut, dass der Eigentümer die Person des Käufers frei ausgewählt und eine angemessene Gegenleistung erhalten hat oder dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.“

Wenn auch Ansprüche aus Vermögensentziehungen im Sinn des 3. RStG 1947 infolge Ablaufs der Frist (31. 7. 1956) nicht mehr geltend gemacht werden können, ist dieses doch nach wie vor Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung (OGH 1. 4. 1997, RkV 1/97; J. Jungwirth aaO 32).

Gerade aus rechtshistorischer Sicht (auf die die Revisionswerber hinweisen) und unter Berücksichtigung des Inhalts und Zwecks der einzelnen Rückstellungsgesetze, von denen jedes einzelne andere Sachverhalte aufzuarbeiten und einer Lösung zuzuführen suchte, ist für das 3. RStG wesentlich, dass es noch in zeitlicher Nähe zu den inkriminierten Handlungen primär Rückforderungen des früheren Eigentümers unmittelbar gegen den „Vermögensentzieher“ zum Gegenstand hatte, was bei der Beurteilung der in § 2 Abs 1 normierten Beweislastumkehr nicht außer Acht gelassen werden darf. Es genügt nach § 1 des 3. RStG für den Rückgabeanspruch, dass Vermögen während der deutschen Besetzung Österreichs, sei es eigenmächtig, sei es aufgrund von Gesetzen oder anderen Anordnungen, insbesondere auch durch Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen dem Eigentümer (Berechtigten) im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Machtübernahme entzogen worden war und der Eigentümer politischer Verfolgung durch den Nationalsozialismus unterworfen war. Bei diesem Anscheinstatbestand konnte der Erwerber des Vermögens einer Rückforderung nur entgehen, wenn er nachwies, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre (§ 2 des 3. RStG).

Die beklagte Republik Österreich argumentiert in diesem Zusammenhang damit, dass sie bei Anwendung des 3. RStG dessen Entziehungsvermutung und Beweislastumkehr unterläge, obwohl sie keinerlei Beitrag zur Vermögensentziehung zu vertreten habe. Auch wären ihr die Umstände der seinerzeitigen Vermögensentziehung schon wegen des Zeitablaufs kaum mehr nachvollziehbar, sodass sie praktisch in jedem Fall dem Vorwurf ausgesetzt wäre, sich gesetzwidrig zu verhalten, wenn sie eine Rückstellung verweigere.

Dieses Argument wird von den Befürwortern der Anwendung des Vermögensentziehungsbegriffs des 3. RStG 1947 auf das KunstrückgabeG 1998 nicht ausreichend beachtet. Nach dem hier auf die Anfechtung eines Schiedsspruchs anzulegenden Maßstab des § 595 Abs 1 Z 6 aF ZPO müsste es mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar und unter diesem Aspekt eindeutig widerlegbar sein, was nicht zutrifft. Graf (aaO) sieht es als selbstverständlich an, der Republik Österreich den Entlastungsbeweis aufzuerlegen, weil doch auch nach dem 3. RStG Rechtsnachfolger des seinerzeitigen Entziehers in Anspruch genommen werden konnten (arg aus § 2 Abs 3 3. RStG: Als Erwerber gilt jeder Besitzer nach der Entziehung). Unbeachtet bleibt dabei, dass der spätere Erwerber sich beim Entzieher regressieren konnte, wofür bei Rückstellungen nach dem KunstrückgabeG, das keine Rückstellungsverpflichtung normiert, keine gesicherte Grundlage besteht. Auch sind heute seit dem Entziehungstatbestand bereits an die 60 Jahre verstrichen und die handelnden Personen meist verstorben, sodass ein Entlastungsbeweis praktisch nicht mehr möglich ist. Im Ergebnis würde die von den Klägern vertretene Ansicht dazu führen, dass über das KunstrückgabeG für die dort genannten Kunstgegenstände - und nur für diese - ansonsten längst präkludierte Ansprüche nach dem 3. RStG geltend gemacht werden könnten, gleichzeitig aber der Republik Österreich de facto der Entlastungsbeweis vorenthalten bliebe.

Dass der Gesetzgeber des KunstrückgabeG einen Verweis auf das 3. RStG bewusst vermieden haben könnte, um die Republik Österreich nicht mit der nur durch die Entziehungsvermutung zu rechtfertigenden Beweislastumkehr zu belasten, ist vor diesem Hintergrund immerhin so weit wahrscheinlich, dass die Forderung nach einer (analogen) Anwendung dieser Bestimmung keineswegs zwingend erscheint. Im Schiedsspruch wurde § 1 NichtigkeitsG in wörtlicher Auslegung dahin verstanden, dass durch die Verwendung des Begriffs „um Vermögen zu entziehen“ eine Entziehungs-, eine Art Schädigungs- bzw Bereicherungsabsicht als Tatbestandsvoraussetzung gefordert wird. Die Wortinterpretation stellt nach der juristischen Methodenlehre und § 6 ABGB den ersten Interpretationsschritt dar. Der Schiedsspruch führt nicht aus, weshalb weitere

Interpretationsschritte, insbesondere die Analogie zum 3. RStG unterlassen wurden. Den Gesetzesmaterialien ist, wie schon ausgeführt, dazu nichts zu entnehmen.

Graf (aaO) führt in seiner Auseinandersetzung mit der Frage aus, es sprächen insgesamt „die besseren Gründe dafür, von jenem Entziehungsbegriff auszugehen, der seine Ausprägung im 3. Rückstellungsgesetz erfahren hat“ (vgl Graf aaO).

Die Richtigkeit der Interpretation der maßgeblichen Gesetzesstelle kann im Aufhebungsverfahren nicht geklärt werden, weil - wie erwähnt - eine revision au fond des Schiedsspruchs gesetzlich nicht vorgesehen ist. Die Überprüfung hat sich darauf zu beschränken, ob mit dem die Voraussetzungen für eine Rückgabe verneinenden Schiedsspruch - basierend auf der vorgenommenen Auslegung - im Ergebnis eine ordre public-Widrigkeit bewirkt wurde. Ob eine während der NS-Zeit zwischen befreundeten Personen stattgefundene unentgeltliche Überlassung eines Gemäldes oder dessen entgeltliche Veräußerung an eine befreundete Galeristin zu einem jedenfalls nicht völlig unadäquaten Kaufpreis allein deshalb, weil die Betroffenen zum Personenkreis der vom NS-Regime ungerecht Verfolgten gehörten, allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen und Grundwertungen der Rechtsordnung so sehr zuwiderläuft, dass die Rückgabe des Gegenstands dieser Rechtsgeschäfte bzw Rechtshandlungen als einzig gerechte Lösung erscheint und daher die Verweigerung der Rückgabe als unerträgliche Rechtsfolge gewertet werden muss, ist unter dem besonderen Aspekt des Anlass gebenden KunstrückgabeG 1998 zu beurteilen.

Anforderungen auf Rückgabe nach diesem Gesetz richten sich gegen die Republik Österreich, die - als Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Gesetzes - Kunstwerke rechtmäßig erworben haben muss (hier durch die völlig unbedenkliche Schenkung im Jahr 1988); außerdem darf kein Zusammenhang mit verpönten Rechtsgeschäften während der NS-Zeit bestehen. Die Repräsentanten der Republik Österreich werden durch das KunstrückgabeG bloß „ermächtigt“, entzogene Kunstwerke dem ursprünglichen Eigentümer ohne Gegenleistung „rückzustellen“. Der Begriff „Rückstellung“ bedeutet daher nicht „Zurückstellung“, weil die Republik Österreich die Gegenstände nicht entzogen hat. Da kein Rechtsanspruch auf Rückstellung besteht, ein solcher wird im Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen, könnte nur eine Verweigerung unter Einnahme eines unvertretbaren Rechtsstandpunkts oder unter schwerwiegender Ungleichbehandlung von Betroffenen, die hier aber nicht behauptet wird, den Vorwurf eines ordre public-Verstoßes rechtfertigen. Eine derartige Fehlinterpretation ist dem Schiedsgericht nicht anzulasten.

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die sich in diesem Rahmen hält, ist daher gemäß § 502 Abs 1 ZPO einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof gar nicht zugänglich.

Was die noch nicht behandelte Frage eines Grundrechtsverstoßes durch Verletzung von Verfahrensvorschriften, insbesondere Art 6 MRK, betrifft, ist Folgendes anzumerken:

Zufolge § 580 ZPO idF vor dem SchiedsRÄndG erfolgt die Schiedsrichterbestellung vorrangig durch den Schiedsvertrag und bei einem gemeinschaftlich zu bestellenden Schiedsrichter durch Einigung der Parteien. Soweit ein Aufhebungsgrund Besetzungsmängel betrifft, entspricht er dem Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 2 ZPO, der nach § 260 Abs 4 ZPO durch Einlassung der Parteien geheilt werden kann,

was auch bei einem Schiedsgericht gilt (3 Ob 740/25 = SZ 7/295; 2 Ob

906/36 = Rsp 1937/17; Rechberger/Melis Rz 7 zu § 595 ZPO²). Im Beitritt der Klägergruppe Müller-Hofmann zum bereits bestehenden Schiedsvertrag mit der Beklagten unter Zustimmung sämtlicher Parteien wurde auch dem darin enthaltenen Schiedsrichterbestellungsmodus vorbehaltlos zugestimmt. An der Vertretbarkeit der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass damit die Klägergruppe Müller-Hofmann auf die Bestellung eines eigenen Schiedsrichters verzichtete, bestehen bei dieser Sachlage keine Bedenken. Immer dort, wo in der Schiedsvereinbarung oder im Verhalten während des Schiedsverfahrens, etwa durch Unterlassung einer Rüge, eine Partei zu erkennen gegeben hat, dass sie der Einhaltung einer Bestimmung kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen hat, wird eine maßgebliche Verletzung rechtlichen Gehörs verneint (vgl Pitkowitz, Die Aufhebung von Schiedssprüchen, Rz 195 ff [200] Fn 401, 403; zur Darstellung der Rechtsprechung Rz 206 bis 221). Maßgeblich ist stets, ob die Waffengleichheit mit dem Gegner eingehalten wird (vgl Pitkowitz aaO). Überhaupt besteht zwischen staatlichen Gerichten einerseits, die an strenge Verfahrensregeln gebunden sind und deren Entscheidungen meist einem Rechtszug unterliegen, und Schiedsgerichten andererseits, gegen deren Entscheidungen ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig ist und die bezüglich der Gestaltung des Verfahrens wesentlich freier vorgehen können als die staatlichen Gerichte, ein wesentlicher Unterschied. Nur bei ganz groben Verstößen gegen tragende Grundsätze eines geordneten Verfahrens ist eine Anfechtung des Schiedsspruchs möglich (RIS-Justiz RS0117294).

Soweit sich die außerordentliche Revision auf die Entscheidung EuGRZ 1983, 428 Nr 91 (Bramelid und Malmström/S) hinsichtlich der Konventionswidrigkeit der Schiedsrichterbestellung im vorliegenden Fall bezieht, ist ihr entgegen zu halten, dass die zitierte Entscheidung nicht nur einen Fall sogenannter Zwangsschiedsgerichtsbarkeit zum Gegenstand hatte, sondern dort für die Schiedsbeklagte von einer staatlichen Stelle ein Schiedsrichter bestellt wurde, während die Schiedsklägerin, ein führendes schwedisches Wirtschaftsunternehmen, eine Person ihres Vertrauens zu ihrem Schiedsrichter bestellen konnte. Der Fall ist dem gegenständlichen also keineswegs vergleichbar.

Überhaupt stellt eine Schiedsvereinbarung einen - nach der MRK zulässigen - freiwilligen Teil-Verzicht auf die Ausübung der in Art 6 Abs 1 MRK garantierten Rechte dar (vgl Matscher in FS Nagel, Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK 238). Auch kann nach herrschender Ansicht im Schiedsvertrag auf Garantien des Art 6 MRK verzichtet werden (vgl Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention 116, 297 f, 312). Nur die Mindestgarantien rechtlichen Gehörs sind auch für private Schiedsverfahren jeweils im nationalen Recht festzulegen und nur der gänzliche Ausschluss vom rechtlichen Gehör rechtfertigt ein Begehren auf Aufhebung eines Schiedsspruchs (vgl Pitkowitz, aaO Rz 199 ff; 7 Ob 265/02z mwN = EvBl 2003/67).

Soweit die Klägergruppe Müller-Hofmann in ihrer außerordentlichen Revision darauf zurückkommt, die Schiedsvereinbarung sei konventionswidrig, weil unter Zwang zu Stande gekommen, hat schon das Berufungsgericht unter Darstellung der Rsp dazu zutreffend Stellung genommen. Das der Klägergruppe Müller-Hofmann „angedrohte Übel“ war weder ungerecht noch der Vorgang selbst rechtsmissbräuchlich (RIS-Justiz RS0014881). Die Rechtslage war einfach für die Klägergruppe Müller-Hofmann ungünstig. Die Beklagte war nicht verpflichtet, das Bild herauszugeben. Die Drohung, wenn die Klägergruppe Müller-Hofmann dem Schiedsvertrag nicht beitrete, werde die Beklagte das Bild behalten, stellt somit in keiner wie immer gearteten Hinsicht ein rechtswidriges Verhalten her, das die Kläger zur Anfechtung des Schiedsvertrags und der Behauptung der Verletzung eines Rechts nach Art 6 Abs 1 MRK berechtigt, sondern gibt nur die Rechtslage wieder.

Auch eine „Vielzahl einzelner Verfahrensverstöße“, womit in Wahrheit Beweis- und Tatfragen angeschnitten werden, eignen sich nicht zu einer Anfechtung des Schiedsspruchs.

Insgesamt sind damit alle aufgeworfenen Rechtsfragen durch höchstgerichtliche Rechtsprechung geklärt. Soweit unzulässigerweise Fragen einer unüberprüfaren rechtlichen Beurteilung eines Schiedsspruchs angeschnitten werden, sind sie unerheblich im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

BUNDESGESETZBLATT

FÜR DIE REPUBLIK ÖSTERREICH

Jahrgang 1946

Ausgegeben am 30. Juli 1946

34. Stück

106. Bundesgesetz: Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind.
107. Bundesgesetz: Vermögensteuernovelle 1946.

106. Bundesgesetz vom 15. Mai 1946 über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind.

Der Nationalrat hat beschlossen:

§ 1. Entgeltliche und unentgeltliche 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 Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, die ihnen am 13. März 1938 zugestanden sind.

§ 2. Die Art der Geltendmachung und der Umfang der Ansprüche, die sich aus § 1 ergeben, wird durch Bundesgesetz geregelt.

§ 3. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist das Bundesministerium für Vermögenssicherung und Wirtschaftsplanung im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministerien betraut.

Reaner
Figl Krauland

107. Bundesgesetz vom 13. Juni 1946, betreffend Maßnahmen auf dem Gebiet der Vermögensbesteuerung und Einheitsbewertung (Vermögensteuernovelle 1946).

Der Nationalrat hat beschlossen:

§ 1. (1) Von den gemäß § 1 des Vermögensteuergesetzes vom 16. Oktober 1934, Deutsches R. G. Bl. I S. 1052, unbeschränkt vermögenssteuerpflichtigen haben eine Vermögenserklärung über ihr Gesamtvermögen mit dem Stichtag 1. Jänner 1946 bis zu einem vom Bundesministerium für Finanzen zu bestimmenden Zeitpunkt einzubringen:

I. Natürliche Personen:

1. verheiratete oder verwitwete, wenn ihr Gesamtvermögen 20.000 S übersteigt;
2. ledige, wenn ihr Gesamtvermögen 10.000 S übersteigt.

In die Vermögenserklärung ist auch das Vermögen derjenigen Personen aufzunehmen, mit denen der Steuerpflichtige gemäß § 11 des Vermögensteuergesetzes zusammen zu veranlagten ist. Die Freibeträge (§ 5 des Vermögensteuergesetzes) sind außer Betracht zu lassen.

II. Juristische Personen:

1. Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bergrechtliche Gewerkschaften), ohne Rücksicht auf die Höhe ihres Gesamtvermögens;
2. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, sonstige juristische Personen des privaten Rechtes, Anstalten, Stiftungen und sonstige Zweckvermögen, wenn ihr Gesamtvermögen 10.000 S übersteigt.

(2) Beschränkt vermögenssteuerpflichtige haben eine Vermögenserklärung über ihr Inlandsvermögen ohne Rücksicht auf die Höhe desselben einzubringen.

(3) Für offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und sonstige Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) anzusehen sind und die ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz im Inlande haben, ist eine Vermögenserklärung einzubringen, wenn das Vermögen der Gesellschaft 10.000 S übersteigt.

(4) Eine Vermögenserklärung hat außerdem jeder einzubringen, der dazu vom Finanzamt besonders aufgefordert wird.