

SUPREME COURT, APPELLATE DIVISION, FIRST DEPARTMENT,

John W. Sweeny, Jr., J.P.
Rosalyn H. Richter
Peter Tom
Cynthia S. Kern
Anil C. Singh, JJ.

8172
Index 161799/15

x

Timothy Reif, et al.,
Plaintiffs-Respondents,

-against-

Richard Nagy, et al.,
Defendants-Appellants.

x

Defendants appeal from an order of the Supreme Court, New York County (Charles E. Ramos, J.), entered on or about June 11, 2018, which, inter alia, granted plaintiffs' motion for summary judgment on their claims of replevin and conversion directing defendants to return the Artworks to plaintiffs, and for an award of damages, costs, and attorneys' fees.

Nixon Peabody LLP, New York (Thaddeus J. Stauber and Kristin M. Jamberdino of counsel), for appellants.

Dunnington Bartholow & Miller LLP, New York (Raymond J. Dowd and Samuel A. Blaustein of counsel), for respondents.

SINGH, J.

This controversy stems from art allegedly looted by the Nazis during World War II. We are asked to decide whether Supreme Court properly granted plaintiffs, Timothy Reif and David Frankel, as co-executors of the estates of Leon Fischer and Milos Vavra (collectively plaintiffs), summary judgment on their claims for conversion and replevin. We find that plaintiffs made a prima facie showing of entitlement to judgment as a matter of law that they have superior title to two pieces of art by Egon Schiele, "Woman Hiding Her Face (1912)" and "Woman in a Black Pinafore (1911)" (collectively the Artworks), and that defendants Richard Nagy and Richard Nagy Ltd. (collectively defendants) failed to raise a triable issue of material fact.

Background

Plaintiffs are the legally declared heirs of Fritz Grunbaum (Grunbaum), a well-known Jewish Viennese cabaret artist and art collector.¹ Grunbaum admired the Viennese modern artist, Egon Schiele, and amassed an 81-piece collection of his work before World War II. After the Nazi invasion of Austria on March 12,

¹ Grunbaum was also a doctor of the law and veteran of World War I. His jokes often targeted the Nazis. His fame in Vienna was such that there is a square named after him, "Fritz Grunbaum Platz."

1938, Grunbaum attempted to escape with his wife, Elisabeth "Lilly" (nee Herzl) Grunbaum (Elisabeth), to Czechoslovakia, but was apprehended and arrested by the Nazis on or about March 22, 1938. From the time of his arrest until his murder on or about January 14, 1941, Grunbaum remained imprisoned in various concentration camps, including Buchenwald and Dachau.

Throughout Grunbaum's imprisonment Elisabeth endeavored to secure his release so that they could flee to family abroad. Her sister, Mathilde Lukacs (Mathilde), and brother-in-law, Sigmund Lukacs (Sigmund) (collectively the Lukacses) had fled Vienna to escape Nazi persecution of the Jews. Sigmund had been arrested at the same time as Grunbaum but was released two months later on condition that he would leave Austria. He and Mathilde escaped to Belgium on August 26, 1938, where they resided until 1941 when they fled to Brussels. Elisabeth remained in Austria hoping Grunbaum would be released, as promised by certain German officers. However, starting on Kristallnacht² and continuing

²Kristallnacht, German for "crystal night" or "night of broken glass," occurred on November 9-10, 1938. During these days, Nazis attacked Jewish persons and destroyed their property. The name Kristallnacht refers to the litter of broken glass left in the streets after these organized riots took place (see <https://www.britannica.com/event/Kristallnacht> [last accessed June 10, 2019]). Quoting historians, plaintiffs' expert Petropolous notes that Kristallnacht "inaugurated the definitive

throughout the war, the Nazis passed a series of laws targeting the Viennese Jewish community, directly impeding Elisabeth's efforts to secure Grunbaum's release as well her own ability to flee Nazi persecution.

On July 16, 1938, while Grunbaum was imprisoned at Dachau, the Nazis forced him to execute a power of attorney in favor of Elisabeth. Just four days later, pursuant to the purported power of attorney, Elisabeth was compelled to permit a Nazi official named Franz Kieslinger (Kieslinger) to inventory Grunbaum's property, including his art collection, which contained the 81 pieces by Schiele. Kieslinger determined Grunbaum's entire art collection of over 400 pieces to be valued at 5,791 Reichsmarks (RM).³ Kieslinger inventoried the Schiele pieces as follows: he

phase of . . . the coerced expropriation of German-Jewish property . . . [even calling] for robbing the Jews of their apartments."

³ The Nazis enacted a regulation on April 26, 1938, requiring Jews with holdings of more than 5,000 RM to declare all of their assets. Based upon that declaration, a Jew would then be subject to a tax, called an "expiation fine," in the amount of 20% of all assets. By The Ordinance on The Use of Jewish Property, enacted January 16, 1938, all property held by Jews, including art valued in excess of 1,000 RM was declared to be property of the Third Reich. Remaining property would be held by trustees, who permitted only the withdrawal of subsistence amounts. The Ordinance on the Seizure of Assets of Enemies of the People and the State in Austria, enacted November 18, 1938, legitimized the confiscation of all Jewish assets in favor of the Reich, and on

first listed the five oils by name, then he listed together 55 sheets of "large hand drawings," 20 pencil drawings, and one etching, but gave no more details, nor their titles. Grunbaum's collection also included French watercolors and pieces by artists such as Rembrandt, Degas, Rodin and Durer, all identified by name in the Kieslinger inventory. Only Grunbaum's name appears on the inventory. Elisabeth had her own property and filed a separate declaration on behalf of herself on or about April 27, 1938.

Sometime after it was inventoried, Grunbaum's entire art collection was deposited with Schenker & Co., A.G. (Schenker), a Nazi-controlled shipping company,⁴ and marked for "export." On September 8, 1938, the company formally applied for an export license for "Lilly Grunbaum." The license, however, is devoid of customs stamps, meaning that the art collection never legally left Austria.⁵ In addition, a subsequently filed statement of assets dated November 12, 1938, lists Grunbaum, "formerly Vienna

July 11, 1939, it was declared that all Jews were to be stripped of their citizenship, and reiterated that all of their property was forfeited to the Third Reich.

⁴ The US War Department confirmed Nazi control of Schenker in a letter dated October 19, 1945.

⁵ Schenker was a defendant in the *Bakalar* litigation (discussed *infra*). It claimed that its headquarters and warehouses were destroyed during the war, and thus it had no additional records.

. . . now Buchenwalde," as still possessing 5,791 RM worth of "pictures and graphics."

Prior to fleeing Austria, the Lukacses' were also forced to inventory their assets. In her property registration dated July 15, 1938, Mathilde reported a total of 22 pictures, without further detail, which were valued at 400 RM. This inventory corresponded with the Lukacses' "moving notice," which Mathilde had filed in the name of Sigmund on June 23, 1938. The notice stated that the Lukacses had, among other things, "23 various framed pictures, 1 photo frame, 16 small photo's [sic] and etchings framed." Schenker filed an export request on behalf of Sigmund on June 27, 1938, which listed for export "eleven oil paintings, three watercolors, eight graphics, five miniatures, three drawings, 20 pieces of miscellaneous porcelain and ten carpets." The items left Vienna on or about August 12, 1938, about the same time the Lukacses fled. The Grunbaum art collection, including the 81 works by Schiele, was not listed as part of any of the Lukacses' emigration documents.⁶

On or about January 31, 1939, attorney Ludwig Rochlitzer

⁶ While these inventories, notices and requests are not in the record, these facts and conclusions are stated in the Resolution of the Michalek Commission of the Austrian Art Restitution Commission, dated November 18, 2010.

(Rochlitzer) was appointed as the Grunbaums' Aryan Trustee.⁷

That same day, Rochlitzer sent Elisabeth a bill for 6,500 RM for services. It appears that Elisabeth paid Rochlitzer's bill, but it is unclear from whose assets she paid it.

By early 1939, under Nazi orders, Elisabeth was evicted from her apartment. She went to live with a non-Jewish woman, Grete Hassel (Hassel). After going into hiding, Elisabeth was captured by the Nazis and sent to live in the "collective Jewish residences," a euphemism for "ghetto."⁸ In the ghetto, she was forced to live in overcrowded and squalid conditions, deprived of nearly all valuables.

While in the ghetto, Elisabeth filed an updated property declaration on behalf of Grunbaum on or about June 30, 1939.

⁷ An Aryan Trustee was "an administrator commissioned by" the Nazis for Jewish owned assets, as it was illegal for Jews to possess the property in their property declarations after November 8, 1938.

⁸ In general, US Courts have found that "Nazi persecutory policy toward the Jews . . . had three main components: 1) all Jews first were confined in ghettos and issued new identification papers that identified them as Jews; 2) nearly all of these Jews later were forcibly removed from the ghetto for subsequent murder either by shooting or gassing; and 3) a limited number of Jews whom the Germans considered 'work capable' temporarily were spared and were transferred to forced labor camps where many died from starvation, disease and other inhumane conditions" (*United States v Firishchak*, 426 F Supp 2d 780, 785 [ND Ill 2005], *affd* 468 F3d 1015 [7th Cir 2006]).

That declaration listed Grunbaum's assets as now depreciated by the Reich Flight Tax which was 17,250 RM and the Jewish Property Levy of 8,800 RM, as well as some smaller bills, but, notably, it did not include any depreciation for Rochlitzer's bill. However, it still listed the entire art collection as valued at 5,791 RM. Accordingly, Grunbaum's art collection remained in Austria after Mathilde fled.

On September 3, 1939, World War II broke out, making any subsequent Jewish emigration nearly impossible and highly dangerous.

Grunbaum was murdered at Dachau on June 9, 1941. Elisabeth signed a declaration before an Austrian notary in connection with obtaining her husband's death certificate, stating, "[T]here is nothing left," in other words, there is no estate. Therefore, "[b]ecause of a lack of goods or property, there [was no] estate proceeding for inheritance" before the Dachau Probate Court. On or about October 5, 1942, Elisabeth was murdered at Maly Trostinec death camp.

Grunbaum was survived by Elisabeth and two siblings, one of whom was Elise Zozuli (Zozuli). Zozuli was the only heir who survived World War II. Zozuli is directly related to Milos

Vavra,⁹ a plaintiff in this action.

Postwar Restitution Claims

On May 15, 1947, Sigmund filed two claims to reclaim his property. He had been forced by the Nazis to close his business, they had confiscated his inventory of jewels and they made him pay a number of export taxes so that he and his wife could flee Austria. In those claims, Sigmund also noted that Mathilde and he had been imprisoned in Brussels by the Nazis on October 26, 1943 and were detained in a senior citizens' home until the end of the war.

On June 16, 1954, Mathilde formerly applied to an Austrian court to declare Elisabeth to be dead and certify her heirship, but she withdrew the application on July 16, 1954.

Additionally, in 1959, Mathilde made a claim for restitution on behalf of her sister Elisabeth. Her claim was for Elisabeth's bank assets and jewelry, including a large pearl necklace, a diamond and platinum brooch, and a large diamond ring. She rescinded the applications when the German government requested a certificate of her right to inheritance.

⁹ Vavra is a testamentary heir (by will) of Marta Bakalova, Zozuli's daughter, who died in 1996. Marta Bakalova was the heir to Zozuli, who died in 1977.

Between 1945 and 2002, other potential heirs to Grunbaum attempted to lay claim to the Grunbaums' lost assets. None were successful.

On April 19, 1999, Vavra, a great-nephew of Grunbaum, filed a claim for restitution for Grunbaum's works of art in Austria.¹⁰ On September 12, 2002, Leon Fischer (Fischer), second cousin of Elisabeth, and Vavra were declared by an Austrian court to be the legal heirs of Grunbaum. Fischer and Vavra (the heirs) passed away, and plaintiffs Reif and Frankel are the current co-executors of their estates.

Grunbaum's Schiele Art Collection

The Kieslinger inventory dated April 27, 1938 listed that Grunbaum had 81 pieces by Schiele. Grunbaum's ownership of the Schieles can be traced back to 1928, when he loaned 21 of the pieces (the two subject paintings not included) to his friend, the Viennese art dealer Otto Nirenstein (later known as, and hereinafter referred to as, Otto Kallir), who exhibited them as part of a retrospective celebrating Schiele's work. There is a detailed list of all 21 pieces from the Grunbaum collection in

¹⁰ Vavra lived behind the Iron Curtain until 1989 and there is testimony in the record that he was unable to effectively pursue heirship claims while behind it.

the exhibition. However, the 1928 catalog compiled by Otto Kallir features only four of the pieces, explicitly attributing them to Grunbaum, but fails to mention the rest of the loaned pieces.

In 1930, Otto Kallir compiled the first catalogue raisonné¹¹ of Schiele's work (the 1930 catalog). Three¹² pieces in the catalog are designated as belonging to Grunbaum, none of which are the pieces at issue.

During the subsequent prewar and war years, there was no mention of the Schieles at issue or the entire Grunbaum art collection, aside from the Kieslinger inventory and the Schenker documents.

In 1956, 65 pieces by Schiele surfaced at Gutekunst & Klipstein (later known as and hereafter referred to as Galerie Kornfeld), an art gallery in Switzerland in which Eberhard Kornfeld (Kornfeld) was a principal. The artworks were put on sale by Kornfeld on September 8, 1956, almost immediately after the window for claims made in Austria for Nazi looted art closed,

¹¹A catalogue raisonné is a comprehensive, annotated listing of all known artworks by an artist.

¹²While the 1928 catalog explicitly attributes four Schiele works to Grunbaum, the 1930 catalog only includes three works.

on July 31, 1956. That same year, Galerie Kornfeld issued a sales catalog for its Schiele collection (1956 catalog), which included the artworks at issue here, listed under the titles "Woman, Sitting with Hands on Hips" and "Model, Hiding Face." The catalog also listed "Dead City III" with a provenance of being previously owned by Grunbaum. However, aside from "Dead City III," no provenance is given for the other Schiele pieces.¹³ Mathilde's name does not appear as provenance for any of the pieces listed in the 1956 catalog.

Otto Kallir purchased the Schiele collection listed in the 1956 catalog as well as a few others, totaling 110 pieces, from Galerie Kornfeld before 1957. In Otto Kallir's 1966 update of his 1930 catalog, Grunbaum is still the only name listed as the provenance for the same Schiele artworks he had featured. Notably, while Kornfeld's gallery is listed in its provenance as well, Mathilde's name is nowhere to be found.

¹³Defense expert Laurie A. Stein states that "[t]he paucity of detailed and illustrated published information about Schiele's works on paper (which had little monetary value at the time) hindered awareness of which objects specifically may have had provenance to Grunbaum. . . ." Further, Kornfeld testified at his deposition that he created his own titles as "[n]one of the leaves had any names and had to be written upon, described [Therefore, often there was] the same work by two different names . . . [and] title c[ould] change once you process[ed] the piece of art."

In 1988, Jane Kallir, the granddaughter of Otto Kallir, published "Egon Schiele: The Complete Works," which included "Woman in a Black Pinafore" (1911) and "Woman Hiding Her Face" (1912), the current titles of the artworks at issue here. She also listed the artworks without full provenance, stating only that they were part of a "private collection." In the *Bakalar* action, discussed *infra*, Jane Kallir testified that the Schieles were of Grunbaum provenance. However, in her 1988 catalog and its subsequent updates, there is no mention of either Grunbaum or Mathilde.

The 1998 Seizure of "Dead City III"

In 1998, "Dead City III" was being exhibited at the Museum of Modern Art (MOMA), on loan by the Leopold Foundation,¹⁴ a collection amassed after World War II by Dr. Rudolph Leopold and later sold to the Austrian government. Before the painting could be removed from New York, then-District Attorney Robert Morgenthau seized "Dead City III" on the grounds that the Nazis had stolen it from Grunbaum (see *Matter of Grand Jury Subpoena Duces Tecum Served on Museum of Modern Art*, 93 NY2d 729, 732

¹⁴A second Schiele "Portrait of Wally" was also on loan from the Leopold Foundation and exhibited at MOMA in late 1997. The heirs, different from those in this case, laid claim to it and the matter settled for \$19 million while trial was pending.

[1999]). MOMA contested the seizure citing to section 12.03 of New York's Arts and Cultural Affairs Law, which exempts works of fine art from seizure while on exhibition in a museum. MOMA argued that it was compelled to return the painting to the Leopold Foundation (*see Museum of Modern Art*, 93 NY2d at 733-734).

The Court of Appeals quashed the subpoena on the grounds that it was contrary to the legislative intent of the statute to permit such seizures. It noted that the legislative intent was "to insulate nonresident lenders from seizures via legal process and, concomitantly, to protect State cultural institutions that depend upon the free flow of art for the benefit of the people of the State of New York" (*id.* at 736). As a result, "Dead City III" was returned to the Leopold Foundation.

The 2005 Federal Action Regarding "Seated Woman With Bent Left Leg" (1917)

In 2005, David Bakalar brought suit against the Grunbaum heirs, finally declared to be Fischer and Vavra, seeking, *inter alia*, a declaration that he was the rightful owner of the Schiele drawing "Seated Woman With Bent Left Leg" (1917), a piece he had owned for over 40 years (*see Bakalar v Vavra*, 819 F Supp 2d 293 [SD NY 2011], *affd* 500 Fed Appx 6 [2d Cir 2012], *cert denied* 569

US 968 [2013]).

Bakalar testified that he had purchased the drawing in 1963 from Otto Kallir's Galerie St. Etienne, which had purchased it from Galerie Kornfeld. He maintained that he was not informed of its provenance and he had never heard of either Grunbaum or Kornfeld (*Bakalar*, 819 F Supp 2d at 295). Kornfeld testified in his deposition in the *Bakalar* action that he had corresponded with Dr. Leopold in 1998 and told him that he acquired "Dead City III," as well as the rest of the Schiele collection featured in the 1956 catalog, from Mathilde, who died in 1979. This is the first time Kornfeld stated that he purchased the Schiele collection in his 1956 catalog from Mathilde.

Following a bench trial, the District Court made a number of factual determinations, including that Grunbaum had possessed the drawing prior to World War II (*Bakalar*, 819 F Supp 2d at 295). It also found that Kornfeld had purchased the drawing from Mathilde in 1956 and that Bakalar had purchased the drawing in good faith in 1964 (*id.*). The court explained that the heirs had failed to produce "any concrete evidence that the Nazis looted the drawing or that it was otherwise taken from Grunbaum" and that the "most reasonable inference . . . is that the [d]rawing remained in the Grunbaum family's possession" throughout World

War II (*id.* at 297, 298-299 [internal quotation marks omitted]).

However, the District Court found that, “Bakalar c[ould] not establish by a preponderance of the evidence that Grunbaum voluntarily relinquished possession of the [d]rawing, or that he did so intending to pass title” (*id.* at 300). The court also found that Mathilde had not acquired valid title to the drawing (*id.* at 302-303). Nonetheless, the District Court awarded the drawing to Bakalar on the ground of laches (*id.* at 305-306).

The Second Circuit affirmed in a summary order,¹⁵ observing that the District Court’s finding that the drawing had not been looted by the Nazis was not “clearly erroneous” (*Bakalar*, 500 Fed Appx at 8). However, the Court explicitly declined to rule on whether Mathilde had acquired proper title to the drawing. Instead, it affirmed the District Court’s finding that laches applied (*id.* at 9).

This Action to Recover the Artworks: “Woman Hiding Her Face” (1912) and “Woman in a Black Pinafore” (1911)

By complaint dated March 18, 2016, plaintiffs filed suit against defendants claiming a right of replevin and conversion and a violation of New York General Business Law § 349 and

¹⁵US Court of Appeals for the Second Circuit, Local Rule 32.1.1 (b) states that “Rulings by summary order do not have precedential effect.”

seeking a declaratory judgment that they have ownership of the Artworks. The complaint annexed various documents concerning the Grunbaums, including the Kieslinger inventory, the power of attorney and the property declarations of Grunbaum and Elisabeth.

Also annexed to the complaint is an email from plaintiffs' counsel to defendants, dated November 13, 2015, advising defendants that plaintiffs had learned that day that defendants were offering two Schiele pieces with acknowledged Grunbaum provenance for sale. The Artworks were the pieces at issue here, "Woman in a Black Pinafore" (1911), listed as number 21 in the 1956 catalog, and "Woman Hiding Her Face" (1912), listed as number 22 in the 1956 catalog. Additionally, plaintiffs annexed a letter dated October 6, 2004, from the Art Loss Register,¹⁶ stating that "Girl [sic] in a [Black] Pinafore" was not in their database, but that it was definitely a Schiele from the Grunbaum collection and in light of the "Dead City III" litigation, there was a "remote" "chance of a title claim" against the work.

Defendant Richard Nagy, who has been an independent art dealer since 1980, first obtained a 50% share in "Woman in a

¹⁶ The Art Loss Register operates a database of pieces stolen or missing (<http://www.artloss.com/en> [last accessed June 11, 2019]).

Black Pinafore" from Thomas Gibson Fine Art on or around February 24, 2005, the day after its unsuccessful auction at Sotheby's.¹⁷ In October 2011, he "voided" his interest, given the ambiguity and problems with the provenance. However, he reacquired his interest in the piece on or around December 9, 2013, soon after the Second Circuit affirmed the dismissal of the plaintiffs' claims in *Bakalar* (see *Bakalar*, 500 Fed Appx at 6).

Nagy acquired "Woman Hiding Her Face" on December 18, 2013. The Art Sale and Transfer Agreement (the Agreement) for "Woman Hiding Her Face" states that "the heirs of Fritz Grunbaum claim ownership of the Painting on the theory that it was stolen from Mr. Grunbaum when he was deported to a German concentration camp during World War II." Nagy agreed that he would have no claim against the seller if title were declared invalid on that basis. The Agreement listed the provenance of the work, as per Sotheby's, as follows:

- "• Fritz Grunbaum, Vienna (until 1941);
- "• Elisabeth Grunbaum-Herzl (widow of the above until 1942);
- "• Mathilde Lukacs-Herzl (sister of the above);
- "• Gutekunst & Klipstein Bern, selling exhibition 1956, No. 22 (purchased from above);"

¹⁷ Prior to Thomas Gibson, the painting had passed through several owners.

and six subsequent purchasers, the last of whom Nagy acquired it from.

Additionally, pursuant to the terms of the Agreement, on January 16, 2014, Nagy purchased title insurance for "Woman Hiding Her Face," which acknowledged that the piece was registered as "Lost Art" and that claims had been made by Grunbaum's heirs that it was looted by the Nazis during World War II.

Defendants moved to dismiss the action pursuant to CPLR 3211, arguing, *inter alia*, that *Bakalar* collaterally estopped plaintiffs from pursuing their claims. Supreme Court, New York County (Charles E. Ramos, J.), denied the motion. On appeal, we modified by dismissing plaintiffs' General Business Law § 349 claim, and otherwise affirmed (149 AD3d 532 [1st Dept 2017]). We explained:

"Collateral estoppel requires the issue to be identical to that determined in the prior proceeding, and requires that the litigant had a full and fair opportunity to litigate the issue. Neither of those requirements has been shown here where the purchaser, the pieces, and the time over which the pieces were held differ significantly. The three works are not part of a collection unified in legal interest such to impute the status of one to another"

(*id.* at 533 [internal citations omitted]).

Thereafter, plaintiffs moved for summary judgment on their

claims for replevin and conversion, supported by an expert report by Jonathan Petropoulos¹⁸ and an expert opinion of Kathrin Hofer.¹⁹

Nagy cross-moved for summary judgment, arguing that there was a lack of evidence that Grunbaum ever owned the Artworks, and, rather, that the evidence showed that the Artworks were always possessed by Mathilde and never stolen by the Nazis. Nagy asserted that he was a good faith purchaser and that plaintiffs had failed to timely pursue their claim. Nagy relied upon the expert reports of Dr. Sophie Lillie,²⁰ Lynn Nicholas,²¹ Laurie Stein²² and Dr. August Reinisch.²³ He also submitted

¹⁸ Petropoulos is a Professor of European History and Director of the California Center for the Study of the Holocaust, Genocide, and Human Rights, and former Research Director for Art and Cultural Property on the 2001 Presidential Commission on Holocaust Assets in the United States.

¹⁹ Hofer is an Austrian attorney-at-law.

²⁰ Lillie is an independent scholar on Viennese Art prior to 1938.

²¹ Nicholas is the author of several books on the looting of art by the Nazi regime.

²² Stein is a curator and specialist in 19th-20th Century German Art.

²³ Reinisch is a professor of international law at the University of Vienna and has written on issues including Holocaust-related property restitution.

correspondence allegedly between Kornfeld and Mathilde regarding the 1956 sale of the Schiele Collection.

Supreme Court granted plaintiffs' motion for summary judgment (61 Misc 3d 319 [Sup Ct, NY County 2018]). The court concluded that the Artworks belonged to Grunbaum prior to World War II and that they were looted by the Nazis. Supreme Court found that plaintiffs had made "a threshold showing that they have an arguable claim of a superior right of possession to the Artworks, and that the Artworks are in the unauthorized possession of another who is acting to exclude plaintiffs' rights" (*id.* at 325). Accordingly, the court held that the burden of proof had shifted to defendants (*id.* at 325-326) and found that "[d]efendants have neither presented evidence nor raised a triable issue of fact to show that Mr. Grunbaum voluntarily transferred the subject artworks during his lifetime" and that "any evidence that Ms. [Mathilde] Lukacs possessed good title to the Artworks is absent from the record" (*id.* at 326).

Discussion

Replevin and Conversion

"A conversion takes place when someone, intentionally and without authority, assumes or exercises control over personal property belonging to someone else, interfering with that

person's right of possession'" (*William Doyle Galleries, Inc. v Stettner*, 167 AD3d 501, 505 [1st Dept 2018], quoting *Colavito v New York Organ Donor Network, Inc.*, 8 NY3d 43, 49-50 [2006]; see also *Solomon R. Guggenheim Found. v Lubell*, 153 AD2d 143 [1st Dept 1990], *affd* 77 NY2d 311 [1991]). "Two key elements of conversion are (1) plaintiff's possessory right or interest in the property; and (2) defendant's dominion over the property or interference with it, in derogation of plaintiff's rights" (*Colavito*, 8 NY3d at 50 [internal citations omitted]). Where a party's interests in property have been sold, there can be no interference with their property rights and a conversion claim may not be maintained (see *Pappas v Tzolis*, 20 NY3d 228, 234 [2012]).

To state a cause of action for replevin, a plaintiff must establish a superior possessory right to property in a defendant's possession (see *Pivar v Graduate School of Figurative Art of N.Y. Academy of Art*, 290 AD2d 212, 213 [1st Dept 2002]). Here, we find that plaintiffs have made a prima facie showing of superior title to the Artworks based on evidence that establishes the following: (1) Grunbaum owned the Artworks prior to World War II; and (2) Grunbaum never voluntarily relinquished the Artworks.

1. Grunbaum owned the Artworks prior to World War II.

Defendants argue that plaintiffs submitted insufficient proof of Grunbaum's ownership of the Artworks. We disagree. While the specific works in question are not named in the inventories of Grunbaum's property or the prewar catalogs, there is sufficient proof of Grunbaum's ownership of the Artworks before World War II.

a. "Dead City III" is of Grunbaum provenance.

The 1956 catalog contained many Schieles, including "Dead City III," "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso)" and the Artworks. However, Kornfeld only attributed "Dead City III" to Grunbaum. Mathilde is not included in the provenance listed for "Dead City III." Therefore, it is undisputed that at least one of the Schieles in the same collection as the Artworks originated from Grunbaum.

b. Federal courts concluded that "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso)" has a Grunbaum provenance.

In *Bakalar*, the District Court found that another Schiele in the 1956 catalog, "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso)," has a Grunbaum provenance. In reaching this conclusion, the court relied in part on Kornfeld's 2007 testimony where he admitted that all the Schiele works in the 1956 catalog were originally

from the Grunbaum collection. A 2004 email from Galerie Kornfeld also confirmed that the provenance of all the Schieles featured in the 1956 catalog was Grunbaum.

Furthermore, defendants in their answer in this action admit that the Artworks share an established and documented historical provenance with "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso)" and "Dead City III." However, defendants argue that all share the Lukacs-Kornfeld provenance, explicitly ignoring the conclusions made by the District Court in *Bakalar*, discussed *supra*.

Plaintiffs' expert Petropoulos also relies on both the District Court and the Second Circuit *Bakalar* decisions, concluding that this, paired with other relevant evidence, supports the finding that the Artworks were definitively of the Grunbaum collection. Petropoulos notes that defense expert Lillie agreed in her report and a 2005 article she wrote about "Dead City III" that the Schieles in the 1956 catalog all shared the same provenance.²⁴

Petropoulos also opines that there is documentary evidence that the collection was transferred to an Aryan Trustee prior to 1940.

²⁴ In her rebuttal, Lillie explains that in 2005, she had found no evidence that Elisabeth gifted Mathilde the collection, that Kieslinger had looted the collection, or that the collection had been looted by other Nazis. Lillie still concludes though, by stating that the collection was in the possession of Mathilde and does not deny that it was originally Grunbaum's.

He maintains that the gaps in the record do not suggest, as defendants' experts state, that the art was returned to the victims. This was never standard Nazi practice. Rather, it strongly suggests that former Nazis took and sold the Artworks in the thriving black market for stolen art in postwar Europe. He explained that this is the reason why the Grunbaum collection was kept largely intact during the war, as evidenced by the fact that Kornfeld sold approximately 80% of it in the mid-1950s.

Petropoulos states that there are a number of individuals who would have been capable of stealing the collection, including Kieslinger and Rochlitzer. Kieslinger was a known admirer of Schiele, and worked with Dr. Kajetan Muhlmann, a Nazi colonel, known as one of the most prolific art plunderers in history. He adds that Otto Kallir purchased the works from Kornfeld in 1956 with the knowledge that they had belonged to Grunbaum. Otto Kallir and Grunbaum were friends before the war and there is evidence that Otto Kallir had inspected Grunbaum's Schiele collection in the late 1920s.

Finally, Petropoulos states that since the *Bakalar* ruling, new evidence has come to light that Kornfeld was found by German and Swiss governments to be an individual who trafficked in Nazi looted art. Kornfeld was the art dealer for Cornelius Gurlitt,

purchasing 11 works in 1988 of what Kornfeld called "degenerate art." A raid on Gurlitt's home, known as "the 2012 Munich Artworks Discovery," revealed over one thousand pieces of art, with a value of over \$1 billion, looted by the Nazis during the war. Gurlitt's father, Hildebrand Gurlitt, a dealer appointed by Joseph Goebbels and Hermann Goering to participate in the Nazi confiscation of Jewish-owned art, retained pieces for his "personal collection." Cornelius Gurlitt had agreed to cooperate with the German government but died shortly after the seizure. No one was ever prosecuted for the thefts.

c. Kornfeld explicitly acknowledged that the Artworks in the 1956 catalog share a Grunbaum provenance.

Kornfeld testified in his May 25, 2007 deposition in the *Bakalar* action that he acquired the Schieles in the 1956 catalog through Mathilde. He testified that he only knew of the Grunbaum provenance of these Schiele artworks because of the 1998 "Dead City III" proceeding.²⁵ He also stated that he did not know that the Artworks were originally Grunbaum's when he purchased them from Mathilde in 1956.

Plainly, Kornfeld's testimony that he did not know of the

²⁵He also stated that he had no personal knowledge concerning their provenance.

Grunbaum provenance of at least some of the Schieles in 1956 is false, as he listed "Dead City III" as originating from Grunbaum. Kornfeld testified that apart from his consultation of the 1930 catalog in creating the 1956 catalog, he had never heard of Grunbaum. However, there were *three* Schieles listed in the 1930 catalog attributed to Grunbaum's collection, while Kornfeld chose only to list one, "Dead City III," as explicitly attributed to Grunbaum in the 1956 catalog. He intentionally omitted Grunbaum's provenance as to the other two Schieles. Moreover, prior to the 1998 seizure of "Dead City III," Kornfeld denied ever corresponding with Mathilde. However, after the seizure Kornfeld claimed that the Artworks had provenance through Mathilde. While Kornfeld testified in 2007 that he acquired the Schieles from Mathilde in 1956, her name does not appear in the 1956 catalog. Nor does Mathilde's name appear in Otto Kallir's 1966 update of his 1930 catalog as the provenance for the Schiele works. He includes Galerie Kornfeld and his own Gallery in the provenance. This update was made after Otto Kallir purchased the corresponding Schieles from Kornfeld. Additionally, Otto Kallir's granddaughter, Jane Kallir, also makes no mention of Mathilde in the provenance histories of her 1988 catalog of Schiele artworks.

Further proving that he knew of the provenance of the Artworks, Kornfeld admitted that in 2001 he had written to Dr. Leopold, who had amassed the Leopold Collection containing "Dead City III," stating that Mathilde had told him in the 1950's that the entire Schiele collection at issue had been held in storage at Schenker, but not sold during World War II, and was then retrieved by Mathilde after the war. He maintained that when he asked her of their origin, Mathilde allegedly told him they were "an old Viennese family possession" and he declined to inquire further.

The records purporting to show that Mathilde sold a total of 113 works of art to Kornfeld from 1952 through 1956 at best are inconclusive. Kornfeld acknowledged in his deposition that the records he produced had Mathilde's signature and name added in pencil, while the rest of the page was written in ink. He also admitted that her name was not added contemporaneously with the purchase. Kornfeld confirmed that Mathilde's signature on key documents was misspelled and her signature did not appear in her handwriting. Kornfeld surmised that the signature could have been her secretary's. Petropoulos states that Kornfeld refused to allow the original documents to be examined by a handwriting expert.

We note that Kornfeld acquired three non-Schiele pieces as part of his acquisition of artworks in 1956. Grunbaum's 1939 property declaration specifically lists the three non-Schiele pieces acquired by Kornfeld.²⁶ Accordingly, it is clear that the Artworks here were obtained by Kornfeld from the same seller - whether or not that seller was Mathilde - as at least four other pieces that can conclusively be traced to Grunbaum's collection.

d. Additional evidence that the Artworks share a Grunbaum provenance.

Jane Kallir explicitly attributes the provenance of the Artworks to Grunbaum in her deposition. She testified that in 1956, Otto Kallir, a friend of Kornfeld and a friend of Grunbaum with direct knowledge of his Schiele collection, having inspected and catalogued it in the 1920s, purchased the entire Schiele collection featured in the 1956 catalogue from Kornfeld. Jane Kallir had knowledge of the pieces as well, and she listed the

²⁶Specifically, Kornfeld's ledgers reads that he acquired "Egger Lienz, 2 [S]oldiers in [B]lue [U]niforms," "a water color on cardboard 61x43" and "Kokoschka, 1 drawing, charcoal, female head," and "[Kokoschka], 1 drawing, pencil, female head." Grunbaum's property declaration from 1939 reads that he possessed "17. Egger-Lienz, 2 soldiers in front of mountain landscape, watercolour" and "40. 2 large Kokoschkas, female heads, hand drwg."

Artworks by their current titles in her 1988 publication.

Furthermore, the Art Loss Registry lists "Girl [sic] in a [Black] Pinafore" as a Schiele from the Grunbaum collection, and Galerie Kornfeld confirmed via an email in 2004 stating that the provenance of the Artworks was Grunbaum.

Additionally, when Nagy reacquired "Woman Hiding Her Face," the Agreement listed the provenance of the work, as per Sotheby's, as being Fritz Grunbaum (until 1941), Elisabeth Grunbaum-Herzl (until 1942) and Mathilde Lukacs-Herzl.

e. Defense experts speculate that Mathilde had possession and title of the Artworks.

Defendants argue that plaintiffs did not "conclusively" prove that the Artworks belonged to Grunbaum. However, conclusive proof is not required to shift the burden to defendants. "A party moving for summary judgment must make a prima facie showing of entitlement to judgment as a matter of law, producing sufficient evidence to demonstrate the absence of any material issue of fact" (*Giuffrida v Citibank Corp.*, 100 NY2d 72, 81 [2003]). "Once this showing has been made, the burden shifts to the nonmoving party to produce evidentiary proof in admissible form sufficient to establish the existence of material issues of fact that require a trial for resolution" (*id.*).

Defendants' experts' speculations are unsupported by the evidence in the record and are insufficient to defeat summary judgment (*Mitchell v Atlantic Paratrans of NYC, Inc.*, 57 AD3d 336, 337 [1st Dept 2008] ["The conclusory statements of . . . experts, unsupported by any probative evidence . . . are insufficient to defeat summary judgment"]; see also *Bacani v Rosenberg*, 74 AD3d 500, 503 [1st Dept 2010] ["An expert's affidavit containing bare conclusory assertions is insufficient to defeat summary judgment"], *lv denied* 15 NY3d 708 [2010]; *Wright v New York City Hous. Auth.*, 208 AD2d 327, 331 [1st Dept 1995] ["It is well settled that an expert's affidavit which contains bare conclusory assertions is insufficient to defeat summary judgment. While an expert may, in his area of expertise, reach conclusions beyond the ken of the ordinary layman, he may only do so on the basis of the established facts. He may not himself create the facts upon which the conclusion is based"]).

Defendants argue that the Artworks belonged to Mathilde. However, they do not explain how Mathilde was able to acquire the Artworks either during the war or upon her return visits to Vienna after the war. Nor do defendants raise a triable issue of fact that Mathilde had valid title to the Artworks.

Elisabeth confirmed in her 1941 statement before an Austrian

notary that there were no remaining assets in Grunbaum's estate after his murder. There were no records showing that Elisabeth had withdrawn the collection from Schenker²⁷ prior to Grunbaum's death to transfer it to Mathilde²⁸ or anyone else.

Furthermore, Mathilde left Austria in August 1938, months before the Schenker export permit was even filed, and was imprisoned in an internment camp herself for part of the war, making it improbable that she acquired the Artworks during the war. Defendants' expert Stein does not dispute that Mathilde did not remove the collection when she fled Austria. Stein states that records show that Elisabeth paid fees to Schenker at least until June 1939. Nor did the Artworks pass through the Allied Monuments, Fine Arts and Archives program, a program established in 1943 to aid in protecting cultural property in the war zones, indicating that they were no longer with Schenker after the war

²⁷ Petropoulos notes that Elisabeth and Grunbaum were labeled "enemies of the state"; therefore it was illegal for Schenker to release the collection to them.

²⁸ Petropoulos adds that Thomas Buomberger, a researcher of the Grunbaum collection, states that, practically, Mathilde getting in touch with the Nazis over the collection would have meant her risking her life. Either way, she did not smuggle the art in a suitcase, as Dr. Leopold suggests, since the Artworks were still listed in Schenker and the property declarations after Mathilde had fled.

although they had been placed there during the war.

Lillie speculates that it is possible that Rochlitzer exported the collection at Elisabeth's direction. She argues that Rochlitzer was both a lawyer and composer, so he was "likely" acquainted with the Grunbaums prior to the war. Lillie adds that Rochlitzer himself was arrested by the Nazis three times on suspicion of aiding refugees in moving valuables abroad; therefore, he *may* have acted as an Aryan Trustee for the Grunbaums simply as a "ploy" to shield their assets from the Nazis. She opines that Rochlitzer's fee of 6,500 RM could have provided cover for the Grunbaums to dispose of the art collection to him so he could transfer them to Mathilde.

Lillie hypothesizes that the other "feasible" scenario is that Elisabeth gave the collection to a non-Jewish woman, Hassel, who appears to have helped other Viennese Jews during the war.²⁹ According to Lillie, the fact that so many of Schiele's works remained together indicates that the collection remained in the possession of a close family relative and that either Rochlitzer

²⁹Lillie bases this only on the existence of a letter by another Jewish woman to her daughter. While that letter mentions Hassel and Elisabeth by name, it only notes that this woman left items for her daughter with Hassel for her daughter to claim after the war.

or Hassel provided a "possible" mode to transfer the entire collection to Mathilde.

Further, defense expert Stein posits that the Lukacses likely transferred the Artworks when they fled Austria, as there is evidence that they were able to move a great deal of their household assets through Schenker, including "11 oil paintings, 3 watercolors, 8 graphics, and 3 drawings." She admits such a transfer is unusual given that forced emigration was often used by the Nazis to seize property.

These opinions are speculative. First, the record establishes that Mathilde and her husband were detained and imprisoned by the Nazis in Brussels from October 26, 1943 until the end of the war. As it was standard Nazi practice to confiscate all property owned by Jews upon their imprisonment, it is improbable that Mathilde could have acquired Grunbaum's Schiele collection while imprisoned, as defendants' experts assert.³⁰

Second, there is no evidence that Grunbaum and Rochlitzer were acquainted prior to the war. Additionally, Rochlitzer's fee

³⁰While defendants' experts do not explicitly state that Mathilde acquired the Artworks while imprisoned by the Nazis, they do contend that she acquired them during the war, which is the time she was imprisoned.

was substantially greater than the listed value of the entire art collection. Also, the evidence in the record more closely reflects that Elisabeth paid his fee out of her own assets. There is no evidentiary basis for defendants' experts' speculations that Rochlitzer's appointment as Aryan Trustee was used by Grunbaum or Elisabeth as a ploy to transfer the art collection to Mathilde. Moreover, if Rochlitzer did somehow transfer the art collection to Mathilde at Elisabeth's behest, he would have had to do so during the war while Mathilde was imprisoned, because Rochlitzer was killed in an Allied air strike in 1945.

Third, while Hassel may have helped Jews transfer their possessions to loved ones, there is no evidence to support defendants' experts' speculations that Hassel helped Elisabeth transfer the art collection to Mathilde.

Finally, the entire art collection declared and exported by the Lukacses totals 400 RM and contained only 24 pieces. The Grunbaum collection which included 81 Schieles and many other works was valued at 5,791 RM. Further, Mathilde allegedly sold at least 110 pieces of art to Kornfeld after the war, substantially more than the 24 pieces exported by the Lukacses according to the record. We note that there are no records,

including invoices, checks or receipts documenting that the Artworks were purchased by Kornfeld from Mathilde. Moreover, even if Mathilde had possession of Grunbaum's art collection, possession is not equivalent to legal title.

Accordingly, we find that plaintiffs have met their prima facie burden that the Artworks belonged to Grunbaum.

2. Grunbaum did not voluntarily relinquish the Artworks.

Under New York common law, a manual taking is not necessary to show that a wrongful exercise of dominion has occurred in order to claim conversion or replevin (see *State v Seventh Regiment Fund, Inc.*, 98 NY2d 249, 260 [2002]). Accordingly, to whom Grunbaum lost the Artworks is immaterial. Supreme Court was not required to consider speculative theories of defendants' experts, in light of the undisputed facts that the art was inventoried, an Aryan Trustee was appointed to administer Grunbaum's art collection and Grunbaum was executed during the Holocaust.

First, the record establishes that the Nazis tracked Grunbaum's property through the Kieslinger inventories of Grunbaum's art collection signed by Otto Demus,³¹ the head of the

³¹The Nazi policy was that all Jewish assets listed in any property declaration were effectively confiscated and available

Nazi Federal Monuments Agency, and stamped as "completed."

Plaintiffs' expert Petropoulos opines that this conclusively meant that at this point Grunbaum no longer had any control of his property. Defense expert Lillie concedes this point, stating that the Nazi policy was that all Jewish assets listed in any property declaration were usually effectively confiscated and available to the Reich after November 18, 1938.

Second, Rochlitzer's appointment as an Aryan Trustee for Grunbaum's property further establishes that Grunbaum no longer had any rights to his property, as only his Aryan Trustee could transfer Grunbaum's property at will.³²

Third, it is undisputed that Schenker, the Nazi-controlled

to the Reich after November 18, 1938. Petropoulos adds that defendants' expert Lillie opined at one point that there was also no way for Jews to legally transfer property abroad after this date. In fact, Lillie opined that while this was not *always* synonymous with confiscation or seizure, assets listed in a property declaration were *often* plundered. However, she found that there was no evidence in the record that the Grunbaum collection was looted by the Nazis. She also stated that there was only automatic confiscation of property by the Nazis when Elisabeth was deported to Maly Trostinec.

³²The Aryan Trustee Law of December 3, 1938, states that, "[u]pon the delivery of the order on the basis of which a trustee is appointed according to Paragraph 2, the owner of the business enterprise is deprived of his/her right to dispose of the assets which are administered by the appointed trustee." Petropoulos explains that this law rendered Jews legally powerless to transfer any property.

shipping company, took control of Grunbaum's property. There are no documents showing that the collection was exported from Schenker or that Rochlitzer's appointment was ever canceled. Accordingly, neither Grunbaum or Elisabeth ever reacquired possession or control of the Artworks.

Even accepting defendants' speculation that Elisabeth or Mathilde somehow managed to retrieve the Artworks, it was still misappropriated from, and lost to, Grunbaum and his legal heirs.

Defense experts posit that the power of attorney transferring the property from Grunbaum to Elisabeth was valid, or, alternatively, that the Artworks were given as an inter vivos gift by either Grunbaum or Elisabeth to Mathilde. Defense expert Lillie concedes that the Artworks once belonged to Grunbaum. However, she asserts that Elisabeth had the authority to transfer good title to Mathilde.

There is no evidence in the record that Elisabeth transferred title to the collection. Nor was Elisabeth able to convey good title as Grunbaum signed the purported power of attorney while imprisoned in Dachau. We reject the notion that a person who signs a power of attorney in a death camp can be said to have executed the document voluntarily (*Bakalar*, 819 F Supp 2d at 298 [the concurrence opines that "any transfer subsequent to

Grunbaum's execution of the power of attorney at Dachau was void as a product of duress"]; *id.* at 300 [it was not established that "Grunbaum *voluntarily* relinquished possession of the Drawing, or that he did so intending to pass title"]; *see also Philipp v Federal Republic of Germany*, 248 F Supp 3d 59, 70 [D DC 2017], *affd* 894 F3d 406 [DC Cir 2018] [the sale of art during the Holocaust by a Jewish owner was coerced and under duress, covered by both HEAR and a violation of international law such to be an exception to the Foreign Sovereign Immunities Act]).

We find that plaintiffs have established that the power of attorney signed by Grunbaum while under Nazi control is a product of duress, and, therefore, any subsequent transfer of the Artworks did not convey legal title. "[A]rtwork stolen during World War II still belongs to the original owner, even if there have been several subsequent buyers and even if each of those buyers was completely unaware that she was buying stolen goods" (*Bakalar v Vavra*, 619 F3d 136, 141 [2d Cir 2010] [internal quotation marks omitted]). In New York, a thief cannot pass good title (*see Lubell*, 77 NY2d at 320; *Federal Ins. Co. v Diamond Kamvakis & Co.*, 144 AD2d 42, 44, [1st Dept 1989], *lv denied* 74 NY2d 604 [1989]). Therefore, even assuming that Grunbaum transferred his collection to Elisabeth, the transfer was

invalid. Accordingly, Mathilde could not pass good title to Kornfeld and/or Galerie Kornfeld.

Alternatively, defendants claim that Mathilde was gifted the Artworks by Grunbaum prior to his execution of the power of attorney, creating a valid inter vivos gift. To create an inter vivos gift, "there must exist the intent on the part of the donor to make a present transfer; delivery of the gift, either actual or constructive to the donee; and acceptance by the donee" (*Gruen v Gruen*, 68 NY2d 48, 53 [1986]). "[T]he proponent of a gift has the burden of proving each of these elements by clear and convincing evidence" (*id.*).

Here, the record is bereft of evidence that Grunbaum or even Elisabeth intended to gift the Artworks to Mathilde, let alone any evidence of delivery or acceptance. Since there is no evidence as to how Mathilde acquired the Artworks, defendants have not raised a triable issue of fact that Grunbaum voluntarily relinquished possession of the Artworks, or that he did so intending to pass title.

3. Laches is not a bar to plaintiffs' claims to the Artworks.

Laches is "an equitable bar, based on a lengthy neglect or omission to assert a right and the resulting prejudice to an

adverse party” (*Saratoga County Chamber of Commerce v Pataki*, 100 NY2d 801 [2003], 816, *cert denied* 540 US 1017 [2003]; *Matter of Schultz v State of New York*, 81 NY2d 336, 348 [1993]). The mere lapse of time, without a showing of prejudice, is insufficient to sustain a claim of laches (see *Saratoga*, 100 NY2d at 816; *Macon v Arnlie Realty Co.*, 207 AD2d 268, 271 [1st Dept 1994]; *Matter of Flamenbaum*, 22 NY3d 962, 966 [2013] [“the essential element of laches [is] prejudice”] [internal quotation marks omitted]). Prejudice may be demonstrated “by a showing of injury, change of position, loss of evidence, or some other disadvantage resulting from the delay” (*Matter of Linker*, 23 AD3d 186, 189 [1st Dept 2005] [internal quotation marks omitted]).

We reject defendants’ argument that the defense of laches is a bar to plaintiffs’ replevin and conversion claims (see *B.N. Realty Assoc. v Lichtenstein*, 21 AD3d 793, 799 [1st Dept 2005]). Nagy acquired both pieces in 2013. He suffered no change in position. Nor was any evidence lost between defendants’ acquisition and plaintiffs’ demand for the return of the Artworks. Significantly, Nagy was on notice of plaintiffs’ claims to the Grunbaum collection prior to the purchase, as he filed a brief in the *Bakalar* action. Further, it is undisputed

that Nagy purchased the Artworks at a substantial discount³³ from the price sought by Sotheby's prior to the claim being publicized, and he obtained insurance for the very purpose of insuring title against plaintiffs' claims.

The *Bakalar* court pointed to Mathilde's death as a prejudice. Mathilde, and other witnesses had died well before Nagy purchased the Artworks. In any event, as we already discussed, Mathilde could not have shown she had good title to the Artworks and her testimony would not have been probative (see *Matter of Flamenbaum*, 22 NY3d at 966 ["although the decedent's testimony may have shed light on how he came into possession of the [artwork], we can perceive of no scenario whereby the decedent could have shown that he held [good] title"]).

4. Plaintiffs are not entitled to attorneys' fees.

It is well settled in New York that attorneys' fees are considered an incident of litigation and are not recoverable unless authorized by statute, court rule, or written agreement of the parties (see *Hooper Assoc. v AGS Computers*, 74 NY2d 487, 491-492 [1989]; see also *Madison Park Dev. Assoc. LLC v Febbraro*, 159

³³ Nagy did not submit an affidavit disputing plaintiffs' assertion that the Artworks were purchased at a substantial discount.

AD3d 569 [1st Dept 2018]). An exception to that general rule exists when parties have "acted with disinterested malevolence [and have] . . . intentionally [sought] to inflict economic injury on [another party] by forcing [him or her] to engage legal counsel" (*Brook Shopping Ctrs. v Bass*, 107 AD2d 615, 615 [1st Dept 1985], *appeal dismissed* 65 NY2d 923 [1985]; see *Palermo v Taccone*, 79 AD3d 1616 [4th Dept 2010] [attorneys' fees denied in conversion even where the defendant locked up the plaintiff's equipment to intentionally prevent access]; *Anniszkiewicz v Harrison*, 291 AD2d 829, 830 [4th Dept 2002], *lv denied* 98 NY2d 611 [2002]).

Supreme Court granted attorneys' fees on a finding of "bad faith." However, more is required than bad faith. We find that Nagy did not act with "disinterested malevolence." Rather, he made a business calculation to purchase the Artworks knowing that title was cloudy yet believing that title could possibly be successfully defended.

Accordingly, we modify Supreme Court's decision to deny the motion as to attorneys' fees.

Conclusion

We end by noting that in an effort to "ensure that laws governing claims to Nazi-confiscated art and other property

further United States policy,” and that “claims to artwork and other property stolen or misappropriated by the Nazis are not unfairly barred by statutes of limitations,” Congress enacted the Holocaust Expropriated Recovery Act of 2016 (HEAR Act) (Pub L No 114-308, § 3 [2016]).

In promulgating the HEAR Act, Congress found that (1) the Nazis “confiscated or otherwise misappropriated hundreds of thousands of works of art” (HEAR Act, Sec. 2[1]) from Jews and others they persecuted, and that many works “were never reunited with their owners” (Sec. 2[2]); and (2) the Nazi victims and heirs have sought legal relief to recover artwork, but they “must painstakingly piece together their cases from a fragmentary historical record ravaged by persecution [and] war” (Sec. 2[6]).³⁴

The tragic consequences of the Nazi occupation of Europe on the lives, liberty and property of the Jews continue to confront

³⁴Courts have generally interpreted the HEAR Act liberally, focusing on the purpose for which it was enacted (see e.g. *Philipp*, 248 F Supp 3d at 70 [the sale of art during the Holocaust by a Jewish owner was coerced and under duress, covered by both HEAR and a violation of international law such to be an exception to the Foreign Sovereign Immunities Act]; *De Csepel v Republic of Hungary*, 859 F3d 1094, 1110 [DC Cir 2017], cert denied --US--, 139 S Ct 784 [2019] [amendment to add HEAR claim permitted although state statute of limitations expired]).

us today. We are informed by the intent and provisions of the HEAR Act which highlights the context in which plaintiffs, who lost their rightful property during World War II, bear the burden of proving superior title to specific property in an action under the traditional principles of New York law. We also note that New York has a strong public policy to ensure that the state does not become a haven for trafficking in stolen cultural property, or permitting thieves to obtain and pass along legal title (see *e.g. Lubell*, 77 NY2d at 320; *Reif*, 149 AD3d at 533). It is important to note that we are not making a declaration as a matter of law that plaintiffs established the estate's absolute title to the Artworks. Rather, we are adjudicating the parties' respective superior ownership and possessory interests. We find that plaintiffs have met their burden of proving superior title to the Artworks. Defendants raise no triable issue of fact.

Accordingly, the order of the Supreme Court, New York County (Charles E. Ramos, J.), entered on or about June 11, 2018, which, *inter alia*, granted plaintiffs' motion for summary judgment on their claims of replevin and conversion and directing defendants to return the Artworks to plaintiffs, and for an award of

damages, costs and attorneys' fees, should be modified, on the law, to deny the motion as to attorneys' fees, and otherwise unanimously affirmed, with costs.

All concur.

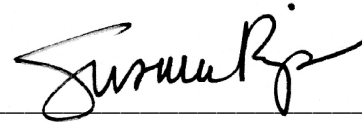
Order, Supreme Court, New York County (Charles E. Ramos, J.), entered on or about June 11, 2018, modified, on the law, to deny the motion as to attorneys' fees, and otherwise affirmed, with costs.

Opinion by Singh, J. All concur.

Sweeny, J.P., Richter, Tom, Kern, Singh, JJ.

THIS CONSTITUTES THE DECISION AND ORDER
OF THE SUPREME COURT, APPELLATE DIVISION, FIRST DEPARTMENT.

ENTERED: JULY 9, 2019

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Susan R.", is written above a horizontal line.

CLERK



HOERNER BANK
A K T I E N G E S E L L S C H A F T

ÜBERSETZUNG EINES DOKUMENTS DER ENGLISCHEN SPRACHE

OBERSTER GERICHTSHOF, BERUFUNGSINSTANZ, ERSTE ABTEILUNG,

John W. Sweeny, Jr.,
Rosalyn H. Richter
Peter Tom
Cynthia S. Kern
Anil C. Singh,

J.P. [*Friedensrichter*]

JJ. [*Richter*]

8172
Register 161799/15

_____X

Timothy Reif und andere Personen,
Kläger – Antragsgegner,

- gegen -

Richard Nagy und andere Personen,
Beklagte – Berufungsgegner.

_____X

Die Beklagten legen Berufung gegen einen am oder um den 11. Juni 2018 ergangenen Beschluss des Obersten Gerichtshofs, Bezirk New York (Charles E. Ramos, Richter.) ein, welcher unter anderem dem Antrag der Kläger auf ein Urteil im abgekürzten Verfahren hinsichtlich ihrer Herausgabeklage wegen widerrechtlicher Besitzentziehung und Aneignung stattgegeben hat, unter Anweisung der Beklagten, die Kunstwerke an die Kläger zurückzugeben, und auf Gewährung einer Entschädigungszahlung sowie der Begleichung von Kosten und Anwaltsgebühren.

Nixon Peabody LLP, New York (Thaddeus J. Stauber und Kristin M. Jamberdino, Rechtsberater), für die Berufungsgegner.

Dunnington Bartholow & Miller LLP, New York (Raymond J. Dowd und Samuel A. Blaustein, Rechtsberater) für die Antragsgegner.

SINGH, Richter

Diese Kontroverse hat ihren Ursprung in den Kunstwerken, die angeblich von den Nazis während des Zweiten Weltkriegs geplündert bzw. geraubt wurden. Wir werden gebeten zu entscheiden, ob der Oberste Gerichtshof den Klägern, Timothy Reif und David Frankel, als gemeinsame Testamentsvollstrecker der Nachlässe von Leon Fischer und Milos Vavra (nachfolgend zusammen die "Kläger" genannt) ordnungsgemäß ein Urteil im abgekürzten Verfahren hinsichtlich ihrer Herausgabeklage wegen widerrechtlicher Besitzentziehung und Aneignung erteilt hat. Wir stellen fest, dass die Kläger einen prima facie-Nachweis des Rechtsanspruchs auf ein Urteil erbracht haben, dass sie einen übergeordneten Rechtsanspruch auf zwei Kunstwerke von Egon Schiele haben, nämlich "Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend" (1912) und "Woman in a Black Pinafore / Frau mit schwarzer Schürze (1911)" (nachfolgend zusammen die "Kunstwerke" genannt), und dass die Berufungsgegner, Richard Nagy und Richard Nagy Ltd., (nachfolgend zusammen die „Berufungsgegner“ genannt) nicht in der Lage waren, ein strafrechtlich verfolgbares Sachverhaltsthema (eine rechtlich verfolgbare Tatfrage) vorzubringen.

Hintergrund

Bei den Klägern handelt es sich um die rechtmäßig festgestellten Erben von Fritz Grunbaum (nachfolgend „Grunbaum“ genannt), ein berühmter Kabarettist jüdischer Wiener Abstammung und Kunstsammler. ¹ Grunbaum bewunderte den zeitgenössischen Wiener Künstler, Egon Schiele, und er erwarb vor dem Zweiten Weltkrieg eine aus 81 Teilen bestehende Sammlung seiner Werke. Nach der Invasion Österreichs durch die Nationalsozialisten am 12. März 1938

¹ Grunbaum war zudem Jurist und Veteran des Ersten Weltkriegs. Seine Witze zielten oft gegen die Nazis. Sein Berühmtheitsgrad in Wien war so hoch, dass es einen nach ihm benannten Platz gibt, den " Fritz-Grunbaum-Platz ".

versuchte Grünbaum, zusammen mit seiner Ehefrau, Elisabeth „Lilly“ (geb. Herzl) Grünbaum (nachfolgend „Elisabeth“ genannt) in die Tschechoslowakei zu fliehen, wurde jedoch von den Nazis am oder um den 22. März 1938 aufgegriffen und festgenommen. Ab dem Zeitpunkt seiner Verhaftung bis zu seiner Ermordung am oder um den 14. Januar 1941 war Grünbaum in verschiedenen Konzentrationslagern inhaftiert, darunter Buchenwald und Dachau.

Während der gesamten Gefangenschaft Grünbaums bemühte sich Elisabeth um seine Freilassung, damit sie zur Familie ins Ausland fliehen konnten. Ihre Schwester, Mathilde Lukacs (nachfolgend "Mathilde" genannt) und ihr Schwager, Sigmund Lukacs (nachfolgend "Sigmund" genannt) (nachfolgend zusammen die "Familie Lukacs" genannt), waren aus Wien geflohen, um der nationalsozialistischen Verfolgung der Juden zu entgehen. Sigmund war zur gleichen Zeit wie Grünbaum verhaftet worden, wurde aber zwei Monate später unter der Bedingung entlassen, dass er Österreich verlassen würde. Er und Mathilde entkamen am 26. August 1938 nach Belgien, wo sie bis 1941 lebten, als sie nach Brüssel flohen. Elisabeth blieb in Österreich und hoffte, dass Grünbaum - wie von einigen deutschen Offizieren versprochen - freigelassen würde. Beginnend mit der Kristallnacht² sowie im Verlauf des gesamten Krieges

²Die Reichskristallnacht, oder "die Nacht des zerbrochenen Glases" ereignete sich in der Zeit vom 9. bis zum 10. November 1938. In diesen Tagen wurden die Juden von Nazis angegriffen, welche ihr Eigentum zerstörten. Der Name „Kristallnacht“ bezieht sich darauf, dass die Straßen infolge dieser organisierten Unruhen mit Glasscherben übersät waren (<https://www.britannica.com/event/Kristallnacht> [zuletzt am 10. Juni 2019 aufgerufen]). Unter Berufung auf Historiker stellt der Sachverständige der Kläger, Petropolous, fest, dass die Kristallnacht

verabschiedeten die Nazis jedoch eine Reihe von Gesetzen, die sich gegen die jüdische Gemeinde in Wien richteten und Elisabeths Bemühungen um die Freilassung Grünbaums sowie ihre eigene Fähigkeit, der Verfolgung durch die Nazis zu entgehen, unmittelbar torpedierten.

Am 16. Juli 1938, während Grünbaum in Dachau inhaftiert war, zwangen ihn die Nazis, eine Vollmacht zugunsten von Elisabeth auszustellen. Nur vier Tage später war Elisabeth aufgrund der vermeintlichen Vollmacht gezwungen, einem Nazi-Funktionär namens Franz Kieslinger (nachfolgend "Kieslinger" genannt) die Inventarisierung von Grünbaums Eigentum, einschließlich dessen Kunstsammlung, welche die 81 Werke von Schiele beinhaltet, zu erlauben. Kieslinger setzte den Wert der gesamten Kunstsammlung Grünbaums von über 400 Werken auf 5.791 Reichsmark (RM) fest.³ Kieslinger inventarisierte die Schiele-Kunstwerke wie folgt:

die endgültige Phase... der Zwangsenteignung von deutsch-jüdischem Eigentum eingeleitet hatte und dies [sogar verbunden mit dem Aufruf], die Juden ihrer Wohnungen zu berauben".

³ Am 26. April 1938 verabschiedeten die Nazis eine Verordnung, welche Juden mit einem Vermögen im Gesamtwert von mehr als 5.000 Reichsmark dazu verpflichtete, ihr gesamtes Vermögen anzumelden. Auf der Grundlage dieser Erklärung unterlag ein Jude demzufolge einer Steuer – die so genannte "Sühneleistung" - in Höhe von 20% des gesamten Vermögens. Mit der am 16. Januar 1938 in Kraft getretenen „Verordnung über die Nutzung von jüdischem Eigentum“ wurde das gesamte Eigentum der Juden, einschließlich Kunstgegenstände im Wert von mehr als 1.000 Reichsmark, als Eigentum des Dritten Reiches deklariert. Das verbleibende Vermögen wurde von Treuhändern verwahrt, die nur die Entnahme von Beträgen für den Lebensunterhalt erlaubten. Die Verordnung über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens im Staat Österreich vom 18. November 1938 legitimierte die Beschlagnahmung aller jüdischen Vermögenswerte zugunsten des Deutschen Reiches, und am

Zunächst führte er die fünf Ölgemälde namentlich auf. Danach verzeichnete er zusammen 55 Blätter mit "großen Handzeichnungen", 20 Bleistiftzeichnungen und eine Radierung, ohne jedoch weitere Details oder deren Titel zu nennen. Die Grünbaumsche Sammlung umfasste des Weiteren französische Aquarelle und Werke von Künstlern wie Rembrandt, Degas, Rodin und Dürer, die alle im Schätzungsgutachten von Kieslinger namentlich aufgeführt sind. Lediglich der Name Grünbaums erscheint auf dem Schätzungsgutachten. Elisabeth hatte ihr eigenes Vermögen und legte am oder um den 27. April 1938 eine gesonderte Erklärung in ihrem eigenen Namen vor.

Kurz nach Erstellung des Schätzungsgutachtens wurde die gesamte Kunstsammlung Grünbaums bei dem nationalsozialistischen Transportunternehmen Schenker & Co., A.G.⁴ (nachfolgend "Schenker" genannt) hinterlegt und für den "Export" gekennzeichnet. Am 8. September 1938 beantragte das Unternehmen offiziell eine Exportlizenz für "Lilly Grünbaum". Diese Lizenz entbehrt jedoch der Zollstempel, was bedeutet, dass die Kunstsammlung Österreich nie legal verlassen hat⁵. Darüber hinaus wird Grünbaum, "ehemals Wien...

11. Juli 1939 wurde bekannt gegeben, dass alle Juden ihrer Staatsangehörigkeit beraubt werden sollten, sowie bekräftigt, dass ihr gesamtes Eigentum in den Besitz des Dritten Reiches übergeht.

⁴ Das US-Kriegsministerium bestätigte in einem Schreiben vom 19. Oktober 1945 die nationalsozialistische Leitung des Unternehmens Schenker.

⁵ Bei Schenker handelte es sich um Beklagte im *Bakalar*-Prozess (*nachstehend* behandelt). Sie behaupteten, dass ihr Hauptgeschäftssitz und ihre Lager während des Krieges zerstört worden seien, und sie daher über keine zusätzlichen Unterlagen verfügen würden.

... jetzt Buchenwalde", in einer nachträglich eingereichten Vermögensaufstellung vom 12. November 1938 als noch im Besitz von "Bildern und Grafiken" im Wert von 5.791 Reichsmark geführt.

Vor ihrer Flucht aus Österreich war auch die Familie Lukacs gezwungen, ihr Vermögen zu inventarisieren. In ihrer Eigentumserfassung vom 15. Juli 1938 meldete Mathilde insgesamt 22 Bilder an, ohne dabei weitere Details zu nennen, welche mit 400 Reichsmark bewertet wurden. Diese Vermögensaufstellung entsprach der "Umzugsmitteilung" der Familie Lukacs, welche Mathilde am 23. Juni 1938 im Namen von Sigmund eingereicht hatte. In der Mitteilung heißt es, dass die Familie Lukacs unter anderem "23 verschiedene gerahmte Bilder, 1 Fotorahmen, 16 kleine Fotos [sic] und gerahmte Radierungen" besaß. Schenker stellte am 27. Juni 1938 im Auftrag von Sigmund einen Exportantrag, der "elf Ölbilder, drei Aquarelle, acht Grafiken, fünf Miniaturen, drei Zeichnungen, 20 verschiedene Porzellangegegenstände und zehn Teppiche" für den Export auflistete. Die Gegenstände verließen Wien am oder um den 12. August 1938, etwa zeitgleich mit der Flucht der Familie Lukacs. Die Kunstsammlung Grünbaums, darunter die 81 Werke von Schiele, wurde in keinem der Auswanderungsdokumente der Familie Lukacs aufgeführt.⁶

Am oder um den 31. Januar 1939 wurde Rechtsanwalt Ludwig Rochlitzer

⁶ Während diese Vermögensaufstellungen, Mitteilungen und Anträge nicht in den Aufzeichnungen erfasst sind, sind diese Fakten und Schlussfolgerungen in dem Beschluss der Michalek-Kommission der Österreichischen Kunstgüterrückgabekommission vom 18. November 2010 festgehalten.

(nachfolgend „Rochlitzer“ genannt) zum Arischen Treuhänder der Familie Grünbaum ernannt.⁷

Am gleichen Tag sandte Rochlitzer für seine Dienstleistungen eine Rechnung in Höhe von 6.500,00 Reichsmark an Elisabeth. Es scheint, dass Elisabeth die Rechnung von Rochlitzer beglichen hat. Unklar ist jedoch, aus wessen Vermögen sie diese bezahlt hat.

Anfang 1939 wurde Elisabeth auf Befehl der Nazis aus ihrer Wohnung vertrieben. Sie lebte daraufhin bei einer nichtjüdischen Frau, Grete Hassel (nachfolgend "Hassel" genannt). Nach ihrem Untertauchen wurde Elisabeth von den Nazis gefangen genommen und in die "jüdischen Wohnbezirke" geschickt, ein euphemistischer Begriff für "Ghetto".⁸ Im Ghetto war sie gezwungen - fast all ihrer Wertgegenstände beraubt - unter überfüllten und armseligen Bedingungen zu leben.

Im Ghetto reichte Elisabeth im Namen von Grünbaum am oder um den 30. Juni 1939 eine aktualisierte Vermögensanmeldung ein.

⁷ Bei einem Arischen Treuhänder handelte es sich um "einen von den Nazis beauftragten Verwalter" für jüdisches Vermögen, weil den Juden nach dem 8. November 1938 der Besitz des in ihrer Vermögensanmeldung gelisteten Eigentums untersagt war.

⁸ Grundsätzlich wurde von US-amerikanischen Gerichten festgestellt, dass "die nationalsozialistische Verfolgungspolitik gegenüber den Juden.... aus drei wesentlichen Teilen bestand: 1) Alle Juden wurden zunächst in Ghettos verbannt. Ihnen wurden neue Ausweispapiere ausgestellt, gemäß welcher sie als Juden identifiziert waren. 2) Fast alle diese Juden wurden später gewaltsam aus dem Ghetto herausgeholt, um sie anschließend zu ermorden (entweder durch Erschießung, oder durch Vergasung). 3) Eine begrenzte Anzahl von Juden, welche die Deutschen als "arbeitsfähig" betrachteten, wurde vorübergehend verschont und in Zwangsarbeitslager überführt, in denen viele von ihnen an Hunger, Krankheit und aufgrund anderer unmenschlicher Bedingungen starben (*Die Vereinigten Staaten gegen Firishchak*, 426 F Anhang 2d 780, 785 [ND I11 2005], bestätigt 468 F3d 1015 [7. Cir 2006]).

Diese Anmeldung verzeichnete die Vermögenswerte von Grünbaum als nunmehr durch die Reichsfluchtsteuer in Höhe von 17.250,00 Reichsmark und die jüdische Vermögensabgabe in Höhe von 8.800,00 Reichsmark sowie einige kleinere Rechnungen im Wert herabgesetzt, wies aber bemerkenswerterweise keine Wertminderung auf Grund der Rechnung von Rochlitzer auf. Jedoch wurde darin nach wie vor die gesamte Kunstsammlung mit einem Wert von 5.791,00 Reichsmark aufgeführt. Dementsprechend verblieb die Grünbaumsche Kunstsammlung nach der Flucht von Mathilde in Österreich.

Am 3. September 1939 brach der Zweite Weltkrieg aus, was eine anschließende jüdische Auswanderung nahezu unmöglich und äußerst gefährlich machte.

Grünbaum wurde am 9. Juni 1941 in Dachau ermordet. Elisabeth unterzeichnete vor einem österreichischen Notar eine Erklärung im Zusammenhang mit der Erlangung der Sterbeurkunde ihres Mannes, mit der Aussage: "Es ist nichts mehr übrig", d.h. es gibt keinen Nachlass. Daher „gab es mangels Nachlassmasse kein Nachlassverfahren“ vor dem Nachlassgericht Dachau. Am oder um den 5. Oktober 1942 wurde Elisabeth im Vernichtungslager Maly Trostinec ermordet.

Grünbaum wurde von Elisabeth und zwei Geschwistern überlebt. Eines der Geschwister war Elise Zozuli (nachfolgend "Zozuli" genannt). Bei Zozuli handelte es sich um die einzige Erbin, welche den Zweiten Weltkrieg überlebte. Zozuli ist direkt mit Milos

Vavra⁹ verwandt, einem Kläger in diesem Prozess.

Rückgabeforderungen nach Kriegsende

Am 15. Mai 1947 reichte Sigmund zwei Anträge auf Rückforderung seines Vermögens ein. Er war von den Nazis gezwungen worden, sein Geschäft zu schließen, sie hatten seinen Schmuck- bzw. Juwelenbestand beschlagnahmt, und sie ließen ihn eine Reihe von Ausfuhrsteuern zahlen, damit er und seine Frau aus Österreich fliehen konnten. In diesen Anträgen merkte Sigmund auch an, dass Mathilde und er am 26. Oktober 1943 von den Nazis in Brüssel inhaftiert und bis zum Ende des Krieges in einem Seniorenheim festgehalten worden waren.

Am 16. Juni 1954 beantragte Mathilde bei einem österreichischen Gericht, Elisabeth für tot zu erklären und ihr Erbrecht zu bestätigen, zog den Antrag jedoch am 16. Juli 1954 zurück.

Darüber hinaus stellte Mathilde 1959 im Namen ihrer Schwester Elisabeth einen Entschädigungsantrag. Ihr Antrag bezog sich auf Elisabeths Bankvermögen und Schmuck, darunter eine große Perlenkette, eine Diamant- und Platinbrosche und ein großer Diamantring. Sie zog die Anträge zurück, als die deutsche Regierung einen Nachweis über ihr Erbrecht verlangte.

⁹ Bei Vavra handelt es sich um den testamentarischen Erben von Marta Bakalova, die Tochter von Zozuli, welcher im Jahre 1996 verstarb. Marta Bakalova war Zozulis Erbin, welche im Jahre 1977 verstarb.

Zwischen 1945 und 2002 versuchten andere potentielle Erben von Grünbaum, Ansprüche auf das verlorene Vermögen der Grünbaums geltend zu machen. Keiner von ihnen war erfolgreich.

Am 19. April 1999 reichte Vavra, ein Großneffe von Grünbaum, einen Antrag auf Rückgabe der Kunstwerke von Grünbaum in Österreich ein.¹⁰ Am 12. September 2002 wurden Leon Fischer (nachfolgend "Fischer" genannt), second cousin (*Anm. d. Übers.: es handelt sich hier um einen Großneffen*) von Elisabeth, und Vavra von einem österreichischen Gericht zu gesetzlichen Erben von Grünbaum erklärt. Fischer und Vavra (nachfolgend "die Erben" genannt) sind verstorben, und bei den Klägern, Reif und Frankel, handelt es sich um die derzeitigen Mitvollstrecker ihrer Nachlässe.

Die Schiele-Kunstsammlung von Grünbaum

Aus dem Schätzungsgutachten von Kieslinger vom 27. April 1938 geht hervor, dass Grünbaum 81 Werke von Schiele besaß. Grünbaums Besitz der Schiele-Kunstwerke läßt sich bis ins Jahr 1928 zurückverfolgen, als er 21 der Werke (die beiden **gegenständlichen Gemälde** nicht mit eingeschlossen) an seinen Freund, den Wiener Kunsthändler Otto Nirenstein (später bekannt als, und nachfolgend genannt „Otto Kallir“), leihweise zur Verfügung stellte, welcher sie im Rahmen einer Retrospektive zur Feier von Schieles Werk ausstellte. Es existiert eine detaillierte Liste aller 21 Werke aus der Sammlung Grünbaums in

¹⁰ Vavra lebte bis 1989 hinter dem Eisernen Vorhang, und die Unterlagen beinhalten Aussagen, gemäß welchen er während dieser Zeit nicht in der Lage gewesen war, irgendwelche Erbensprüche erfolgreich geltend zu machen.

der Ausstellung. Das von Otto Kallir im Jahr 1928 erstellte Werkverzeichnis (Katalog) enthält jedoch nur vier der Werke, welche explizit Grünbaum zugeschrieben werden, ohne jedoch den Rest der Leihgaben zu erwähnen.

1930 erstellte Otto Kallir den ersten „catalogue raisonné“¹¹ von Schieles Werk (nachfolgend "Katalog von 1930" genannt). Drei ¹² Werke in diesem Verzeichnis werden als zu Grünbaum gehörend bezeichnet, wobei es sich bei keinem dieser Werke um die fraglichen handelt.

In den folgenden Vorkriegs- und Kriegsjahren fanden weder die betreffenden Schiele-Werke, noch die gesamte Kunstsammlung Grünbaums irgendwo Erwähnung, außer in den Schätzungsgutachten von Kieslinger und in den Unterlagen von Schenker.

1956 tauchten 65 Werke von Schiele bei Gutekunst & Klipstein (später bekannt als, und nachfolgend bezeichnet als "Galerie Kornfeld") auf, einer Kunstgalerie in der Schweiz, in der Eberhard Kornfeld (nachfolgend "Kornfeld" genannt) als Direktor tätig war. Die Kunstwerke wurden von Kornfeld am 8. September 1956 zum Verkauf angeboten, fast unmittelbar nachdem sich das Zeitfenster für in Österreich erhobene Ansprüche auf NS-Raubkunst am 31. Juli 1956 geschlossen hatte.

¹¹ Bei einem "catalogue raisonné" handelt es sich um eine umfassende, kommentierte Auflistung aller bekannten Kunstwerke eines Künstlers.

¹² Während das Werksverzeichnis von 1928 vier Schiele-Werke ausdrücklich Grünbaum zuordnet, enthält das Werksverzeichnis von 1930 nur drei solche Werke.

Im selben Jahr gab die Galerie Kornfeld einen Verkaufskatalog für ihre Schiele-Sammlung (nachfolgend der „Katalog von 1956“ genannt) heraus, in dem die hier zur Debatte stehenden Kunstwerke unter den Titeln "Woman, Sitting with Hands on Hips / Frau, sitzend, die Hände auf den Hüften" und "Model, Hiding Face / Model/Frau, das Gesicht verbergend" aufgeführt waren. Der Katalog listet auch das Werk "Dead City III / Tote Stadt III" auf, wobei die Provenienz auf den Vorbesitz von Grünbaum zurückgeht. Für die anderen Schiele-Werke wird jedoch - abgesehen von "Dead City III / Tote Stadt III" - keine Provenienz angegeben.¹³ Mathildes Name erscheint nicht als Provenienz in Bezug auf irgendeines der im Katalog von 1956 aufgeführten Werke.

Otto Kallir erwarb die im Katalog von 1956 aufgeführte Schiele-Sammlung sowie ein paar andere - insgesamt 110 Werke - vor 1957 von der Galerie Kornfeld. In Otto Kallirs im Jahr 1966 aktualisiertem Katalog aus dem Jahr 1930 ist Grünbaum immer noch der einzige Name, der als Provenienz für die gleichen Schiele-Kunstwerke aufgeführt ist, welche er präsentiert hatte. Bemerkenswert ist, dass zwar auch die Galerie Kornfeld in deren Provenienz aufgeführt ist, Mathildes Name jedoch nirgendwo zu finden ist.

13 Die Sachverständige der Verteidigung, Laurie A. Stein erklärt, dass "der Mangel an detaillierten und illustrierten veröffentlichten Informationen über Schieles Werke auf Papier (die damals nur einen geringen finanziellen Wert hatten) das Verständnis dafür erschwert hat, welche Objekte speziell ihre Provenienz von Grünbaum haben könnten....". Weiterhin bezeugte Kornfeld im Rahmen seiner Aussage, dass er seine eigenen Titel schuf und "keines der Blätter einen Namen hatte, und beschriftet sowie beschrieben werden musste....". [Deshalb gab es oftmals] das gleiche Kunstwerk unter zwei verschiedenen Namen.... und der Titel konnte sich ändern, sobald man das Kunstwerk bearbeitet hat[te]."

1988 veröffentlichte Jane Kallir, die Enkelin von Otto Kallir, "Egon Schiele: The Complete Works / Egon Schiele: Sämtliche Werke", darunter "Woman in a Black Pinafore / Frau mit schwarzer Schürze" (1911) und "Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend" (1912), die aktuellen Titel der hier zur Debatte stehenden Kunstwerke. Auch sie listete die Kunstwerke ohne vollständige Provenienz auf und erklärte nur, dass sie Teil einer "Privatsammlung" seien. Im *Bakalar*-Prozess (*nachstehend* behandelt), bezeugte Jane Kallir hinsichtlich der Provenienz, dass die Schiele-Kunstwerke von Grünbaum stammten. In ihrem Katalog aus dem Jahr 1988 und dessen nachfolgenden Aktualisierungen wird jedoch weder Grünbaum noch Mathilde erwähnt.

Die Beschlagnahmung von "Dead City III / Tote Stadt III" im Jahr 1998.

1998 wurde "Dead City III / Tote Stadt III" im Museum of Modern Art (MOMA) als Leihgabe der Leopold-Stiftung ausgestellt, ¹⁴ eine Sammlung, die nach dem Zweiten Weltkrieg von Dr. Rudolph Leopold aufgebaut und später an den österreichischen Staat verkauft worden war. Ehe das Gemälde aus New York weggebracht werden konnte, beschlagnahmte der damalige Staatsanwalt, Robert Morgenthau, "Dead City III / Tote Stadt III" mit der Begründung, dass die Nazis es von Grünbaum gestohlen hätten (*siehe: Matter of Grand Jury Subpoena Duces Tecum Served on Museum of Modern Art, 93 NY2d 729, 732*

14 Ein zweiter Schiele "Portrait of Wally / Portrait von Wally" war ebenfalls eine Leihgabe der Leopold-Stiftung und wurde Ende 1997 im MOMA ausgestellt. Die Erben, welche sich von denen in diesem Fall unterschieden, erhoben Anspruch darauf, und die Angelegenheit wurde für 19 Millionen Dollar beigelegt, während das Verfahren anhängig war.

[1999]) Das MOMA focht die Beschlagnahme unter Berufung auf Paragraph 12.03 des New Yorker Arts and Cultural Affairs Law (*Gesetz von New York über Kunst- und kulturelle Angelegenheiten*) an, wonach Kunstwerke von der Beschlagnahme ausgenommen sind, während sie sich in einer Ausstellung in einem Museum befinden. Das MOMA argumentierte, dass sie gezwungen seien, das Bild an die Leopold-Stiftung zurückzugeben (*siehe Museum of Modern Art*, 93 NY2d, 733-734).

Das Berufungsgericht hob die Vorladung unter Strafandrohung mit der Begründung auf, dass es im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers stehe, solche Beschlagnahmen zuzulassen. Es stellte fest, dass die gesetzgeberische Absicht darin bestand, "nicht ansässige Verleiher vor Beschlagnahmen im Wege des Gerichtsverfahrens zu schützen und gleichzeitig staatliche Kultureinrichtungen zu schützen, die zum Wohle der Menschen im Staat New York vom freien Kunstfluss abhängig sind" (*id.* bei 736). In der Folge wurde "Dead City III" an die Leopold-Stiftung zurückgegeben.

Die Bundesklage von 2005 betreffend "Seated Woman With Bent Left Leg / Sitzende Frau mit hochgezogenem linkem Bein" (1917)

Im Jahr 2005 erhob David Bakalar Klage gegen die Grünbaum-Erben, zu denen Fischer und Vavra schlußendlich erklärt worden waren, und forderte u. a. die Erklärung, dass er der rechtmäßige Eigentümer der Schiele-Zeichnung "Seated Woman With Bent Left Leg / Sitzende Frau mit hochgezogenem linkem Bein" (1917) sei, ein Werk, welches er seit über 40 Jahren besessen hatte (*siehe Bakalar gegen Vavra*, 819 F Beil. 2d 2d 293 [SD NY 2011], *Bestätigt* 500 Bd. Anhang 6 [2dCir 2012], *Bestätigung der Appellationszulassung verweigert* 569

US 968 [2013]).

Bakalar sagte unter Eid aus, dass er die Zeichnung im Jahr 1963 von Otto Kallirs Galerie St. Etienne gekauft hatte, welche sie wiederum von der Galerie Kornfeld erworben hatte. Er behauptete, dass er über ihre Provenienz nicht informiert sei, und dass er weder von Grünbaum noch von Kornfeld je gehört habe (*Bakalar*, 819 F Beilage 2d zu 295). Kornfeld bezeugte in seiner Aussage im *Bakalar*-Prozess, dass er 1998 mit Dr. Leopold korrespondiert und ihm erzählt habe, dass er "Dead City III / Tote Stadt III" sowie den Rest der im Katalog von 1956 enthaltenen Schiele-Sammlung von Mathilde erworben habe, welche 1979 verstarb. Dies ist das erste Mal, dass Kornfeld erklärte, dass er die Schiele-Sammlung in seinem Katalog von 1956 bei Mathilde gekauft habe.

Nach einer Hauptverhandlung ohne Jury traf das Bezirksgericht eine Reihe von faktenbezogenen Feststellungen, darunter, dass Grünbaum die Zeichnung vor dem Zweiten Weltkrieg besessen hatte (*Bakalar*, 819 F Beilage 2d zu 295). Das Gericht stellte auch fest, dass Kornfeld die Zeichnung 1956 von Mathilde gekauft hatte und dass Bakalar die Zeichnung 1964 in gutem Glauben erworben hatte (*id.*) Der Hof erklärte, dass die Erben es versäumt hätten, "konkrete Beweise dafür vorzulegen, dass die Nazis die Zeichnung geplündert hatten oder dass sie Grünbaum auf andere Weise weggenommen worden war" und dass die "vernünftigste Schlussfolgerung.... darin besteht, dass die [Z]eichnung während des Zweiten Weltkriegs im Besitz der Familie Grünbaum blieb"

(*id.* bei 297, 298-299 [interne Anführungszeichen weggelassen]).

Das Bezirksgericht stellte jedoch fest, dass "es Bakalar nicht g[elungen] sei, mittels überzeugender gewichtiger Beweismittel nachzuweisen, dass Grünbaum *freiwillig* den Besitz der [Z]eichnung aufgegeben habe oder dass er dies in der Absicht getan hatte, das Eigentumsrecht weiterzugeben" (*id.* bei 300). Das Gericht stellte auch fest, dass Mathilde keinen gültigen Rechtsanspruch an der Zeichnung erworben hatte (*id.* bei 302-303). Dennoch sprach das Bezirksgericht die Zeichnung auf Grund von fahrlässigem Verzug Bakalar zu (*id.* bei 305-306).

Das [Gericht des] Zweiten Bezirks bestätigte in einer summarischen [Eil-] Verfügung¹⁵, mit der Anmerkung, dass die Feststellung des Bezirksgerichts, dass die Zeichnung nicht von den Nazis geraubt worden sei, nicht "eindeutig falsch" sei (*Bakalar*, 500 Fed Appx bei 8). Das Gericht lehnte es jedoch ausdrücklich ab, darüber zu entscheiden, ob Mathilde einen angemessenen Rechtsanspruch an der Zeichnung erworben hatte. Stattdessen bestätigte es die Feststellung des Bezirksgerichts, dass es sich um fahrlässigen Verzug handelte (*id.* bei 9).

Dieses Verfahren zur Wiedererlangung der Kunstwerke: "Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend" (1912) und "Woman in a Black Pinafore / Frau mit schwarzer Schürze" (1911)

Mittels Klageschrift vom 18. März 2016 strengten die Kläger einen Prozess gegen die Beklagten an, in dem sie ein Recht auf Herausgabe wegen widerrechtlicher Besitzentziehung und Aneignung sowie eine Verletzung des New York General Business Law § 349 [*Allgemeines Handelsrecht von New York*]

¹⁵ Das US Court of Appeals for the Second Circuit [*Berufungsgericht des zweiten Bezirks*], Local Rule 32.1.1.1 (b), stellt fest, dass "Entscheidungen per Eilbeschluss keine vorrangige bzw. Präzedenz-Wirkung haben".

geltend machten und ein Feststellungsurteil dahingehend beantragten, dass sie das Eigentumsrecht an den Kunstwerken haben. Der Klageschrift waren verschiedene Dokumente betreffend die Familie Grünbaum beigefügt, darunter das Kieslinger-Schätzungsgutachten, die Vollmacht und die Vermögenserklärungen von Grünbaum und Elisabeth. Der Klageschrift ist auch eine E-Mail vom 13. November 2015 beigefügt, in welcher der Anwalt der Kläger den Beklagten mitteilte, dass die Kläger an diesem Tag erfahren hätten, dass die Beklagten zwei Schiele-Kunstwerke mit anerkannter Grünbaum-Provenienz zum Verkauf anbieten würden. Bei den Kunstwerken handelte es sich um die hier zur Debatte stehenden Gemälde, „Woman in a Black Pinafore / Frau mit schwarzer Schürze“ (1911), im Katalog von 1956 mit der Nummer 21 verzeichnet, sowie „Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend“ (1912), im Katalog von 1956 mit der Nummer 22 verzeichnet. Darüber hinaus fügten die Kläger einen Brief vom 6. Oktober 2004 aus dem Art Loss Register¹⁶ bei, in dem sie erklärten, dass "Girl[sic] in a [Black] Pinafore / Mädchen [sic] Frau mit [schwarzer] Schürze" sich nicht in ihrer Datenbank befinde, dass es sich aber definitiv um einen Schiele aus der Grünbaumschen Sammlung handele, und dass angesichts des Rechtsstreits betreffend "Dead City III / Tote Stadt III" eine "geringe" "Chance auf einen Rechtsanspruch" auf das Werk bestünde. Der Angeklagte, Richard Nagy, seit 1980 unabhängiger Kunsthändler, erlangte zunächst einen Anteil von 50% an „Woman in a

16 Das Art Loss Register verfügt über eine Datenbank verlorener und gestohlener Kunstwerke (<http://www.artloss.com/en> [zuletzt am 11. Juni 2019 aufgerufen]).

Black Pinafore (Frau mit schwarzer Schürze)“ von Thomas Gibson Fine Art am oder um den 24. Februar 2005, dem Tag nach seiner erfolglosen Versteigerung bei Sotheby's.¹⁷ Im Oktober 2011 erklärte er seinen Anteil angesichts der Unklarheiten und der Probleme mit der Provenienz für „nichtig“. Er erwarb jedoch seinen Anteil an dem Kunstwerk am oder um den 9. Dezember 2013 zurück, kurz nachdem das Second Circuit (Gericht des Zweiten Bezirks) die Abweisung der Ansprüche der Kläger im Fall *Bakalar* bestätigte (siehe *Bakalar*, 500 Fed Anhang bei 6). Nagy erwarb "Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend" am 18. Dezember 2013. Der Kunst - Kauf- und Übertragungsvertrag (nachfolgend "der Vertrag" genannt) für "Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend" besagt, dass "die Erben von Fritz Grünbaum das Eigentumsrecht an dem Gemälde ausgehend davon beanspruchen, dass es Herrn Grünbaum gestohlen worden war, als er während des Zweiten Weltkriegs in ein deutsches Konzentrationslager verschleppt wurde". Nagy stimmte zu, dass er keinen Anspruch gegen den Verkäufer hätte, wenn das Eigentumsrecht auf dieser Grundlage für ungültig erklärt würde. Die Vereinbarung listet die Herkunft des Werkes, gemäß Sotheby's, wie folgt auf:

- "• Fritz Grünbaum, Wien (bis 1941);
- "• Elisabeth Grünbaum-Herzl (Witwe des oben Genannten bis 1942).
- "• Mathilde Lukacs-Herzl (Schwester des o. G.).
- "• Gutekunst & Klipstein Bern, Verkaufsausstellung 1956, Nr. 22 (von der oben Genannten erworben);"

¹⁷ Vor Thomas Gibson hatte das Bild mehrere Besitzer durchlaufen.

und sechs weitere Käufer, wobei Nagy es von dem letzten erworben hatte.

Darüber hinaus hatte Nagy gemäß den Vertragsbedingungen am 16. Januar 2014 eine Rechtstitelversicherung für "Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend" abgeschlossen, in welcher bestätigt wurde, dass das Kunstwerk als "Lost Art / Verlorene Kunst" registriert war und dass die Erben von Grünbaum behauptet hatten, es sei von den Nazis während des Zweiten Weltkriegs geraubt worden.

Die Beklagten beantragten, die Klage gemäß CPLR 3211 abzuweisen, unter anderem mit der Begründung, dass *Bakalar* die Kläger jeweils an der Verfolgung ihrer Ansprüche gehindert habe. Der Oberste Gerichtshof, New York County (Charles E. Ramos, J.), wies den Antrag zurück. In der Berufung haben wir durch Abweisung der Klage des Klägers hinsichtlich des Allgemeinen Wirtschaftsrecht § 349 geändert und ansonsten bestätigt (149 AD3d 532[1stDept 2017]). Wir erklärten:

"Die Bindungswirkung eines Urteils setzt voraus, dass die Angelegenheit mit der im vorherigen Verfahren festgestellten identisch ist, und verlangt, dass die prozessführende Partei umfassend und angemessen Gelegenheit hatte, die Angelegenheit zu verhandeln. Keine dieser Anforderungen wurde hier aufgezeigt, wo sich der Käufer, die Werke und die Zeitspanne, in der die Werke aufbewahrt wurden, erheblich unterscheiden. Die drei Werke sind nicht Teil einer Sammlung, die im rechtlichen Interesse vereint ist, um den Status des einen Werkes einem anderen zuzuschreiben"

(*id.* bei 533 [interne Zitate weggelassen]).

Danach beantragten die Kläger ein beschleunigtes Verfahren ohne streitige Verhandlung über ihre

Ansprüche hinsichtlich Eigentumsklage und widerrechtlicher Aneignung, unterstützt durch einen Expertenbericht von Jonathan Petropoulos ¹⁸ und ein Sachverständigengutachten von Kathrin Hofer ¹⁹.

Nagy wiederum beantragte dagegen ein beschleunigtes Verfahren mit der Begründung, dass es an Beweisen dafür mangle, dass Grünbaum jemals im Besitz der Kunstwerke gewesen sei, und dass vielmehr die Beweise zeigten, dass die Kunstwerke immer in Besitz von Mathilde gewesen und nie von den Nazis gestohlen worden seien. Nagy behauptete, dass er ein gutgläubiger Käufer sei, und dass die Kläger es versäumt hätten, ihre Forderung rechtzeitig zu verfolgen. Nagy berief sich auf die Gutachten von Dr. Sophie Lillie ²⁰, Lynn Nicholas ²¹, Laurie Stein ²² und Dr. August Reinisch ²³. Auch legte er Korrespondenz vor,

¹⁸ Petropoulos ist Professor für Europäische Geschichte und Direktor des California Center for the Study of the Holocaust, Genocide, and Human Rights sowie ehemaliger Forschungsdirektor für Kunst und Kulturgüter bei der Präsidiakommission für Holocaust-Güter in den Vereinigten Staaten von 2001.

¹⁹ Hofer ist österreichischer Rechtsanwalt.

²⁰ Lillie ist unabhängige Wissenschaftlerin für Wiener Kunst vor 1938.

²¹ Nicholas ist Autor mehrerer Bücher über die Plünderung von Kunst durch das Nazi-Regime.

²² Stein ist Kurator und Spezialist für deutsche Kunst des 19. und 20. Jahrhunderts.

²³ Reinisch ist Professor für Völkerrecht an der Universität Wien und hat zu Themen wie Holocaust-bezogene Vermögensrückgabe Schriften verfaßt.

welche angeblich zwischen Kornfeld und Mathilde hinsichtlich des Verkaufs der Schiele-Sammlung im Jahr 1956 stattgefunden haben soll.

Der Oberste Gerichtshof hat dem Antrag der Kläger auf ein Urteil im beschleunigten Verfahren stattgegeben (61 Misc 3d 319 [SupCt (Oberster Gerichtshof), NY County 2018]). Das Gericht kam zu dem Schluss, dass die Kunstwerke vor dem Zweiten Weltkrieg Grünbaum gehörten und von den Nazis geraubt worden waren. Der Oberste Gerichtshof stellte fest, dass die Kläger "eine Schwelle festgelegt hatten, die zeigt, dass sie eine plausible Forderung auf ein höheres Anspruchsrecht an den Kunstwerken haben und dass sich die Kunstwerke im unbefugten Besitz eines anderen befinden, der sich bemüht, die Rechte der Kläger auszuschließen." (*id.* bei 325). Dementsprechend stellte das Gericht fest, dass sich die Beweislast auf die Beklagten verlagert hatte (*id.* bei 325-326) und es stellte fest, dass "die Beklagten weder Beweismittel vorgelegt noch eine belangbare Tatfrage aufgeworfen haben, um zu zeigen, dass Herr Grünbaum die betreffenden Kunstwerke zu seinen Lebzeiten freiwillig übertragen hat" und dass "alle Beweise, dass Frau [Mathilde] Lukacs ein gut belegtes Recht auf die Kunstwerke besaß, in den Akten fehlen" (*id.* bei 326).

Diskussion

Herausgabe wegen widerrechtlicher Besitzentziehung und Aneignung

" ,Eine widerrechtliche Aneignung findet statt, wenn jemand absichtlich und unbefugt die Kontrolle über persönliches Eigentum von jemand anderem übernimmt oder ausübt und dabei das Eigentumsrecht dieser Person verletzt"

(*William Doyle Galleries, Inc. v Stettner*, 167 AD3d 501, 505 [1st Dept 2018], wobei *Colavito gegen New York Organ Donor Network, Inc* zitiert wird, 8 NY3d 43, 49-50 [2006]; siehe auch *Solomon R. Guggenheim Found. gegen Lubell*, 153 AD2d 143 [1st Dept 1990], bestätigt 77 NY2d 311[1991]). "Zwei Schlüsselemente der widerrechtlichen Aneignung sind (1) das Besitzrecht bzw. der Rechtsanspruch des Klägers auf den Vermögenswert; und (2) die Herrschaft des Beklagten über den Vermögenswert bzw. das Eigentum bzw. der Eingriff in selbiges, unter Beeinträchtigung der Rechte des Klägers" (*Colavito*, 8 NY3d bei 50 [interne Zitierungen weggelassen]). Wenn die Rechtsansprüche eines der Beteiligten auf das Vermögen verkauft wurden, kann es keine Beeinträchtigung ihrer Eigentumsrechte geben, und eine Schadensforderung wegen widerrechtlicher Aneignung darf nicht aufrechterhalten werden (siehe *Pappas gegen Tzolis*, 20 NY3d 228, 234 [2012])

Um einen Klagegrund zur Herausgabe wegen widerrechtlicher Besitzentziehung anzugeben, muss ein Kläger einen übergeordneten besitzrechtlichen Anspruch auf im Besitz eines Beklagten befindlichen Eigentums begründen (siehe *Pivar gegen Graduate School of Figurative Art of N.Y. Academy of Art*, 290 AD2d 212, 213 [1st Dept 2002]). Hier stellen wir fest, dass die Kläger einen prima facie-Nachweis des übergeordneten Rechtsanspruchs auf die Kunstwerke auf der Grundlage von Beweisen erbracht haben, die Folgendes belegen: (1) Grünbaum besaß die Kunstwerke vor dem Zweiten Weltkrieg; und (2) Grünbaum hat die Kunstwerke nie freiwillig herausgegeben.

1. Grünbaum besaß die Kunstwerke vor dem Zweiten Weltkrieg.

Die Beklagten argumentieren, dass die Kläger nicht genügend Beweise für das Eigentumsrecht Grünbaums an den Kunstwerken vorgelegt hätten. Wir sind anderer Meinung. Während die fraglichen konkreten Werke nicht in den Vermögensverzeichnissen von Grünbaums Eigentum oder den Vorkriegs-Katalogen genannt sind, gibt es ausreichende Beweise für das Eigentumsrecht Grünbaums an den Kunstwerken vor dem Zweiten Weltkrieg.

a. Die Provenienz von "Dead City III / Tote Stadt III" stammt von Grünbaum.

Der Katalog von 1956 enthielt viele Schiele-Werke, darunter "Dead City III / Tote Stadt III", "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso) / Sitzende Frau mit hochgezogenem linkem Bein (Torso)" sowie die Kunstwerke. Kornfeld ordnete "Dead City III / Tote Stadt III" jedoch nur Grünbaum zu. Mathilde ist nicht in der für "Dead City III / Tote Stadt III" aufgeführten Provenienz enthalten. Somit ist unbestritten, dass mindestens eines der Schiele-Werke in der gleichen Sammlung wie die Kunstwerke von Grünbaum stammt.

b. Die Bundesgerichte kamen zu dem Schluss, dass "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso)" eine Grünbaum-Provenienz hat.

Im Fall *Bakalar* stellte das Bezirksgericht fest, dass ein weiterer Schiele im Katalog von 1956, "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso) / Sitzende Frau mit hochgezogenem linkem Bein (Torso)", eine Grünbaum-Provenienz hat. Bei dieser Schlussfolgerung stützte sich das Gericht zum Teil auf Kornfelds Aussage von 2007, in der dieser zugab, dass alle Schiele-Werke im Katalog von 1956 ursprünglich aus der Sammlung von Grünbaum stammten.

Eine E-Mail der Galerie Kornfeld von 2004 bestätigte auch, dass die Provenienz aller im Katalog von 1956 aufgeführten Schiele-Werke von Grünbaum stammt.

Darüber hinaus geben die Beklagten in ihrer Antwort in diesem Verfahren zu, dass die Kunstwerke eine etablierte und dokumentierte historische Provenienz mit "Seated Woman With Bent Left Leg (Torso) / Sitzende Frau mit hochgezogenem linkem Bein (Torso)" und "Dead City III / Tote Stadt III" teilen. Die Beklagten argumentieren jedoch, dass alle die Provenienz von Lukacs-Kornfeld gemeinsam haben, wobei sie die Schlussfolgerungen des Bezirksgerichts in *Bakalar* ausdrücklich ignorieren, welche *supra* (oben) diskutiert wurden. Der Experte der Kläger, Petropoulos, stützt sich auch auf die Entscheidungen des Bezirksgerichts und des Zweiten Bezirks(gerichts) im Fall *Bakalar* und kommt zu dem Schluss, dass dies - gepaart mit anderen relevanten Nachweisen - die Feststellung unterstützt, dass die Kunstwerke eindeutig aus der Grünbaum-Sammlung stammen. Petropoulos stellt fest, dass die Sachverständige der Verteidigung, Lillie, in ihrem Bericht und einem Artikel von 2005 über "Dead City III / Tote Stadt III" zustimmte, dass die Schiele-Kunstwerke im Katalog von 1956 alle die gleiche Provenienz ²⁴ hatten. Petropoulos bringt außerdem die Ansicht zum Ausdruck, dass urkundliche Nachweise vorliegen, dass die Sammlung vor 1940 an einen Arischen Treuhänder übertragen worden war.

²⁴ In ihrer Gegenschrift erklärt Lillie, dass sie im Jahr 2005 keinen Beweis dafür gefunden habe, dass Elisabeth Mathilde die Sammlung geschenkt habe, dass Kieslinger die Sammlung geraubt habe oder dass die Sammlung von anderen Nazis geraubt worden sei. Dennoch schließt Lillie mit der Feststellung, dass sich die Sammlung im Besitz von Mathilde befand und bestreitet nicht, dass sie ursprünglich Grünbaum gehörte.

Er behauptet, dass die Lücken in der Aufzeichnung nicht darauf hindeuten, dass die Kunst den Opfern zurückgegeben wurde, wie von den Experten der Angeklagten behauptet wird. Das war zu keiner Zeit die übliche Praxis der Nazis. Vielmehr legt es nahe, dass ehemalige Nazis die Kunstwerke nahmen und auf dem florierenden Schwarzmarkt für gestohlene Kunst im Europa der Nachkriegszeit verkauften. Er erklärte, dass dies der Grund dafür sei, dass die Grünbaum-Sammlung während des Krieges weitgehend intakt geblieben sei, wie die Tatsache zeigt, dass Kornfeld Mitte der 1950er Jahre rund 80% davon verkaufte.

Petropoulos erklärt, dass es eine Reihe von Personen gibt, die in der Lage gewesen wären, die Sammlung zu stehlen, darunter Kieslinger und Rochlitzer. Kieslinger war ein bekannter Bewunderer von Schiele und arbeitete mit Dr. Kajetan Muhlmann zusammen, einem Nazi-Oberst, der als einer der produktivsten Kunsträuber der Geschichte bekannt ist. Er fügt hinzu, dass Otto Kallir die Werke 1956 in dem Wissen, dass sie Grünbaum gehört hatten, von Kornfeld gekauft hatte. Otto Kallir und Grünbaum waren vor dem Krieg befreundet gewesen, und es gibt Beweise dafür, dass Otto Kallir Ende der 1920er Jahre Grünbaums Schiele-Sammlung besichtigt hatte.

Schließlich stellt Petropoulos fest, dass seit dem *Bakalar*-Urteil neue Beweise ans Licht gekommen sind, dass Kornfeld von deutschen und Schweizer Regierungen als eine Person angesehen wurde, die mit nationalsozialistischer Beutekunst gehandelt hat. Bei Kornfeld handelte es sich um den Kunsthändler für Cornelius Gurlitt, der im Jahr 1988

11 Werke von dem kaufte, was Kornfeld als "entartete Kunst" bezeichnete. Bei einer Razzia in Gurlitts Haus, bekannt als "die Entdeckung der Münchner Kunstwerke 2012", kamen über tausend Kunstwerke mit einem Wert von über einer Milliarde Dollar ans Tageslicht, die von den Nazis während des Krieges geraubt worden waren. Gurlitts Vater, Hildebrand Gurlitt, ein von Joseph Goebbels und Hermann Göring zur Teilnahme an der nationalsozialistischen Beschlagnahmung jüdischer Kunst beauftragter Händler, behielt einzelne Werke für seine "persönliche Sammlung". Cornelius Gurlitt hatte sich auf eine Zusammenarbeit mit der deutschen Regierung geeinigt, starb aber kurz nach der Beschlagnahmung. Niemand wurde jemals wegen der Diebstähle verfolgt.

c. Kornfeld erkannte ausdrücklich an, dass die Kunstwerke aus dem Katalog von 1956 eine gemeinsame Grünbaum-Provenienz haben.

Kornfeld sagte während seiner eidesstattlichen Aussage vom 25. Mai 2007 im *Bakalar*-Verfahren aus, dass er die Gemälde Schieles aus dem Katalog von 1956 durch Mathilde erwarb. Er sagte aus, dass er von der Grünbaum-Provenienz dieser Schiele-Kunstwerke erst durch das „Dead City III / Tote Stadt III“-Verfahren aus dem Jahre 1998 Kenntnis erlangte.²⁵ Er gab weiterhin an, dass er nicht wusste, dass die Kunstwerke ursprünglich Grünbaum gehörten, als er diese 1956 von Mathilde erwarb.

Kornfelds Aussage, dass er im Jahre 1956 nichts über die Grünbaum-

²⁵ Er erklärte auch, dass er selbst keine Kenntnis ihrer Provenienz hatte.

Provenienz von zumindest einem Teil der Schiele-Gemälde wusste, ist schlichtweg falsch, da er „Dead City III / Tote Stadt III“ als von Grünbaum stammend aufführte. Kornfeld sagte aus, dass er - abgesehen davon, dass er den Katalog von 1930 für die Erstellung des Katalogs von 1956 hinzugezogen hatte - niemals von Grünbaum gehört hatte. Es gab allerdings *drei* im Katalog von 1930 aufgeführte Schiele-Gemälde, die Grünbaums Sammlung zugeschrieben wurden, während Kornfeld sich entschied, nur eines aufzuführen, nämlich „Dead City III / Tote Stadt III“, welches im Katalog von 1956 ausdrücklich Grünbaum zugeordnet wurde. Er unterließ es absichtlich, die Grünbaum-Provenienz der beiden anderen Schiele-Gemälde aufzuführen.

Darüber hinaus leugnete Kornfeld vor der Beschlagnahme von „Tote Stadt III“ im Jahr 1998, jemals mit Mathilde korrespondiert zu haben. Nach der Beschlagnahme jedoch behauptete Kornfeld, dass die Kunstwerke der Provenienz Mathildes entstammten. Obwohl Kornfeld im Jahr 2007 aussagte, die Schiele-Gemälde 1956 von Mathilde erworben zu haben, erscheint ihr Name nicht im Katalog von 1956. Auch wird Mathildes Name nicht in Otto Kallirs Aktualisierung seines Katalogs von 1930 aus dem Jahr 1966 als Provenienz für die Schiele-Kunstwerke angegeben. Er inkludiert die Galerie Kornfeld sowie seine eigene Galerie in der Provenienz. Diese Aktualisierung wurde erstellt, nachdem Otto Kallir die entsprechenden Schiele-Gemälde von Kornfeld erworben hatte. Auch Otto Kallirs Enkelin, Jane Kallir, erwähnt Mathilde nicht in den Provenienz-Angaben ihres Katalogs über Schiele-Kunstwerke aus dem Jahr 1988.

Als weiteren Beweis dafür, dass er von der Provenienz der Kunstwerke wusste, gab Kornfeld zu, dass er im Jahr 2001 an Dr. Leopold geschrieben hatte, welcher die Leopold-Sammlung zusammengetragen hatte, die „Tote Stadt II“ enthielt, und dabei angab, Mathilde habe ihm in den 1950er Jahren erzählt, dass die gesamte zur Debatte stehende Schiele-Sammlung bei Schenker gelagert, aber während des Zweiten Weltkrieges nicht verkauft worden war, und dann von Mathilde nach dem Krieg wieder erlangt worden war. Er behauptete, dass Mathilde ihm auf seine Frage nach der Provenienz hin angeblich erzählt habe, dass es sich dabei um „einen alten Wiener Familienbesitz“ handele, und er davon Abstand nahm, weitere Fragen diesbezüglich zu stellen.

Die Unterlagen, die vorgeben zu zeigen, dass Mathilde von 1952 bis 1956 insgesamt 113 Kunstwerke an Kornfeld verkaufte, sind bestenfalls nicht konkludent. Kornfeld erkannte in seiner eidesstattlichen Aussage an, dass auf den von ihm vorgelegten Unterlagen Mathildes Unterschrift und Name mit Bleistift hinzugefügt worden war, während der Rest der Seite mit Tinte beschrieben war. Er gab außerdem zu, dass ihr Name nicht gleichzeitig mit dem Kauf hinzugefügt worden war. Kornfeld bestätigte, dass Mathildes Unterschrift auf entscheidenden Dokumenten falsch geschrieben und ihre Unterschrift nicht in ihrer Handschrift geschrieben war. Kornfeld vermutete, dass die Unterschrift die ihrer Sekretärin gewesen sein könnte. Petropoulos gibt an, dass Kornfeld sich weigerte, die Originaldokumente der Prüfung eines Handschriftenexperten unterziehen zu lassen.

Wir stellen fest, dass Kornfeld 1956 drei Werke, die nicht von Schiele stammen, im Rahmen seines Erwerbs von Kunstwerken ankaufte. Grünbaums Vermögenserklärung aus dem Jahr 1939 nennt ausdrücklich drei nicht von Schiele stammende Gemälde, die von Kornfeld erworben wurden.²⁶

Dementsprechend ist klar, dass Kornfeld die Kunstwerke hier vom selben Verkäufer erhielt – ob dieser Verkäufer nun Mathilde war, oder nicht – wie mindestens vier andere Werke, die eindeutig zu Grünbaums Sammlung zurückverfolgt werden können.

d. Weitere Beweise, die eine gemeinsame Grünbaum-Provenienz der Kunstwerke belegen

Jane Kallir schreibt die Provenienz der Kunstwerke in ihrer eidesstattlichen Aussage ausdrücklich Grünbaum zu. Sie sagte aus, dass Otto Kallir, ein Freund Kornfelds und ein Freund Grünbaums mit persönlicher Kenntnis dessen Schiele-Sammlung, im Jahr 1956 die gesamte Schiele-Sammlung erwarb, die in Kornfelds Katalog von 1956 aufgeführt wird, nachdem er diese in den 1920er Jahren eingehend untersucht und katalogisiert hatte. Jane Kallir hatte von diesen Werken ebenfalls Kenntnis, und sie führt die

²⁶ Insbesondere Kornfelds Geschäftsbüchern kann man entnehmen, dass er „Egger Lienz, 2 [S]oldaten in [B]lauer [U]niform,“ „ein Aquarell auf Karton 61x43“ und „Kokoschka, 1 Zeichnung, Kohle, weiblicher Kopf,“ und „[Kokoschka], 1 Zeichnung, Bleistift, weiblicher Kopf.“ erwarb.

Grünbaums Vermögenserklärung aus dem Jahr 1939 kann man entnehmen, dass er „17. Egger-Lienz, 2 Soldaten vor Berglandschaft, Aquarell“ und „40. 2 große Kokoschkas, weibliche Köpfe, Handzeichn.“ besaß.

Kunstwerke in ihrer Veröffentlichung aus dem Jahr 1988 mit deren aktuellen Titeln auf.

Des Weiteren führt das Art Loss Registry [das Werk] „Girl [sic] in a (Black) Pinafore / Mädchen [sic] mit [schwarzer] Schürze“ als Schiele-Werk aus der Grünbaumschen Sammlung auf, und die Galerie Kornfeld bestätigte 2004 per E-Mail und gibt als Provenienz der Kunstwerke Grünbaum an.

Darüber hinaus führt der Vertrag beim Wiedererwerb von „Woman Hiding Her Face / Frau, das Gesicht verbergend“ durch Nagy die Provenienz des Werks, gemäß Sotheby's, als von Fritz Grünbaum (bis 1941), Elisabeth Grünbaum-Herzl (bis 1942) und Mathilde Lukacs-Herzl stammend auf.

e. Mutmaßung der Sachverständigen der Verteidigung, dass Mathilde Besitzerin und Eigentümerin der Kunstwerke war.

Die Beklagten führen als Argument an, dass die Kläger nicht „konkludent“ bewiesen haben, dass die Kunstwerke Grünbaum gehörten. Jedoch ist für eine Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten kein schlüssiger Beweis erforderlich. „Eine Partei, die ein beschleunigtes Verfahren / Vorbehaltsurteil beantragt, muss für die Urteilsfindung von Rechts wegen einen prima facie-Beweis als Nachweis ihres Anspruchs auf ein Urteil erbringen, in dem sie hinreichende Beweise vorlegt, die das Fehlen jeglicher grundlegender Tatfrage belegen“ (*Giuffrida gegen Citibank Corp.*, 100 NY2d 72, 81 [2003]). „Sobald dieser Beweis erbracht wurde, geht die Last, überzeugende Beweise in zulässiger Form vorzulegen, um das Bestehen grundlegender Tatfragen hinreichend zu belegen, die ein Beilegungsverfahren erforderlich machen, auf den Antragsgegner über“ (*id.*).

Die Mutmaßungen der Beklagtensachverständigen werden nicht durch dokumentierte Beweise gestützt und reichen nicht aus, ein Vorbehaltsurteil aufzuheben (*Mitchell gegen Atlantic Paratrans of NYC, Inc.*, 57 AD3d 336, 337 [1. Abt. 2008] [„Die abschließenden Stellungnahmen der ... Sachverständigen, nicht gestützt durch Beweise jedweder Art ... reichen nicht aus, das Vorbehaltsurteil aufzuheben“]; siehe auch *Bacani gegen Rosenberg*, 74 AD3d 500, 503 [1. Abt. 2010] [„Die eidesstattliche Versicherung eines Sachverständigen, die reine schlussfolgernde Behauptungen enthält, reicht nicht aus, ein Vorbehaltsurteil aufzuheben“]; „1v *abgewiesen* 15 NY3d 708 [2010]; *Wright gegen New York City Hous. Auth.*, 208 AD2d 327, 331 [1. Abt. 1995] [„Nach ständiger Rechtsprechung reicht die eidesstattliche Versicherung eines Sachverständigen, die reine schlussfolgernde Behauptungen enthält, nicht aus, ein Vorbehaltsurteil aufzuheben. Während ein Sachverständiger auf seinem Fachgebiet aufgrund seines Wissen weitaus mehr Schlussfolgerungen als ein Laie ziehen kann, so kann er dies jedoch nur auf der Grundlage gesicherter Tatsachen tun. Er darf nicht selbst die Tatsachen schaffen, auf die er die Schlussfolgerung gründet“]).

Die Beklagten führen als Argument an, dass die Kunstwerke Mathilde gehörten. Allerdings erklären diese weder, wie Mathilde in der Lage gewesen war, die Kunstwerke entweder während des Krieges oder bei ihren Wienbesuchen nach dem Krieg zu erwerben, noch werfen die Beklagten eine rechtlich verfolgbare bzw. belangbare Tatfrage auf, dass Mathilde einen gültigen Rechtsanspruch auf die Kunstwerke hatte.

Elisabeth bestätigte in ihrer 1941 gemachten Aussage vor einem österreichischen

Notar, dass nach Grünbaums Ermordung keine Vermögensgegenstände mehr in seinem Nachlass verblieben waren. Es gab keine Aufzeichnungen, die belegten, dass Elisabeth vor Grünbaums Tod die Sammlung von Schenker²⁷ zurückgeholt hatte, um sie an Mathilde²⁸ oder irgendjemand anderen zu übertragen.

Des Weiteren verließ Mathilde Österreich im Jahr 1938, Monate bevor die Schenker-Ausfuhrgenehmigung überhaupt unterzeichnet wurde, und sie selbst wurde während des Krieges eine Zeitlang in einem Internierungslager gefangen gehalten, was es unwahrscheinlich macht, dass sie die Kunstwerke während des Krieges erworben hat. Die Sachverständige der Verteidigung, Stein, bestreitet nicht, dass Mathilde die Sammlung nicht fortschaffte, als sie aus Österreich floh. Stein gibt an, dass die Aufzeichnungen zeigen, dass Elisabeth mindestens bis Juni 1939 Gebühren an Schenker zahlte. Die Kunstwerke wurden auch nicht vom Alliierten Kunstschutzprogramm „*Allied Monuments, Fine Arts and Archives program*“ weitergeleitet, einem Programm, das 1943 ins Leben gerufen worden war, um zum Schutz von Kulturgütern in Kriegsgebieten beizutragen, was darauf schließen lässt, dass diese nach dem Krieg nicht mehr bei Schenker waren,

²⁷ Petropoulos merkt an, dass Elisabeth und Grünbaum als „Staatsfeinde“ bezeichnet wurden; daher war es für Schenker illegal, die Sammlung an sie herauszugeben.

²⁸ Petropoulos fügt hinzu, dass Thomas Buomberger, ein Ermittler der Grünbaumschen Sammlung, angibt, dass es für Mathilde praktisch geheißen hätte, ihr Leben zu riskieren, wäre sie mit den Nazis wegen der Sammlung in Kontakt getreten. Wie dem auch sei schmuggelte sie die Kunst nicht in einem Koffer [außer Landes], wie Dr. Leopold behauptet, da die Kunstwerke immer noch bei Schenker und in den Vermögenserklärungen aufgelistet wurden, nachdem Mathilde geflohen war.

auch wenn sie dort während des Krieges untergebracht waren.

Lillie vermutet, dass es möglich ist, dass Rochlitzer die Sammlung auf Anweisung Elisabeths außer Landes brachte. Sie führt als Argument an, dass Rochlitzer sowohl Anwalt als auch Komponist war, so dass er „wahrscheinlich“ vor dem Krieg mit der Familie Grünbaum bekannt war. Lillie fügt hinzu, dass Rochlitzer selbst dreimal von den Nazis verhaftet wurde unter dem Verdacht, Flüchtlingen zu helfen, Wertsachen außer Landes zu bringen; daher *könnte* er lediglich als „Täuschungsmanöver“ als Arischer Treuhänder für die Grünbaums gehandelt haben, um ihr Vermögen vor den Nazis zu schützen. Sie meint, dass Rochlitzers Gebühr in Höhe von 6.500,00 Reichsmark als Deckung für die Grünbaums gedient haben könnte, die Kunstsammlung an ihn zu veräußern, damit er sie dann an Mathilde übertragen konnte.

Lillie stellt die Hypothese auf, dass im anderen „möglichen“ Szenario Elisabeth die Sammlung einer nicht-jüdischen Frau, Hassel, übergab, die scheinbar anderen Wiener Juden während des Krieges geholfen hat.²⁹ Laut Lillie deutet die Tatsache, dass so viele von Schieles Werken zusammen blieben, darauf hin, dass die Sammlung im Besitz eines nahen Verwandten verblieb und dass entweder Rochlitzer

²⁹ Lillie begründet dies einzig mit der Existenz eines Briefs einer anderen jüdischen Frau an ihre Tochter. Während jener Brief Hassel und Elisabeth beim Namen nennt, geht daraus nur hervor, dass diese Frau bei Hassel Gegenstände für ihre Tochter zurückgelassen hat, die ihre Tochter nach dem Krieg einfordern sollte.

oder Hassel einen „möglichen“ Weg darstellten, die gesamte Sammlung an Mathilde zu übertragen.

Zudem stellt die Beklagtensachverständige Stein als gegeben dar, dass die Familie Lukacs die Kunstwerke wahrscheinlich übertragen habe, als sie aus Österreich floh, da es Beweise dafür gibt, dass die Familie in der Lage war, einen Großteil ihres Haushaltsvermögens über Schenker zu transportieren, darunter „11 Ölgemälde, 3 Aquarelle, 8 Grafiken und 3 Zeichnungen.“ Sie gibt zu, dass solch eine Übertragung angesichts der Tatsache, dass Zwangsemigration von den Nazis oft genutzt wurde, Vermögen zu beschlagnahmen, unüblich ist.

Diese Ansichten sind spekulativ. Erstens wurden Mathilde und ihr Ehemann laut gesicherter Aktenlage verhaftet und von den Nazis vom 26. Oktober 1943 bis zum Kriegsende in Brüssel inhaftiert. Da es gängige Praxis der Nazis war, das gesamte Vermögen von Juden bei deren Inhaftierung zu konfiszieren, ist es unwahrscheinlich, dass Mathilde Grünbaums Schiele-Sammlung während ihrer Haft erwerben hätte können, wie die Beklagtensachverständigen behaupten.³⁰

Zweitens gibt es keinen Beweis dafür, dass Grünbaum und Rochlitzer sich vor dem Krieg kannten. Darüber hinaus war Rochlitzers Gebühr

³⁰ Während die Beklagtensachverständigen nicht ausdrücklich angeben, dass Mathilde die Kunstwerke während ihrer Inhaftierung durch die Nazis erwarb, so behaupten sie doch, dass sie diese während des Krieges erwarb, was der Zeit ihrer Inhaftierung entspricht.

wesentlich höher als der aufgeführte Wert der gesamten Kunstsammlung. Auch spiegeln die in der Akte dokumentierten Beweise besser wider, dass Elisabeth seine Gebühr aus ihrem eigenen Vermögen bezahlte. Es gibt keine Beweisgrundlage für die Mutmaßungen der Beklagtensachverständigen, dass Rochlitzers Bestellung als Arischer Treuhänder Grünbaum oder Elisabeth als Täuschungsmanöver diene, um die Kunstsammlung an Mathilde zu übertragen. Außerdem hätte Rochlitzer - falls er die Kunstsammlung irgendwie auf Elisabeths Geheiß hin an Mathilde übertragen gehabt hätte - dies während des Krieges tun müssen, während Mathilde inhaftiert war, denn Rochlitzer kam 1945 bei einem Luftangriff der Alliierten ums Leben.

Drittens - auch wenn Hassel vielen Juden geholfen haben mag, ihre Besitztümer an ihre Liebsten zu übertragen, so gibt es doch keinen Beweis, der die Mutmaßungen der Beklagtensachverständigen stützt, dass Hassel Elisabeth dabei geholfen hat, die Kunstsammlung an Mathilde zu übertragen.

Letztlich hatte die gesamte, von der Familie Lukacs deklarierte und außer Landes gebrachte Kunstsammlung einen Gesamtwert von 400,00 Reichsmark und enthielt nur 24 Werke. Die Grünbaumsche Sammlung, die 81 Schiele-Kunstwerke und viele andere Werke enthielt, wurde auf 5.791,00 Reichsmark geschätzt. Zudem verkaufte Mathilde nach dem Krieg angeblich mindestens 110 Kunstobjekte an Kornfeld, wesentlich mehr als die 24 Werke, welche die Familie Lukacs laut Aktenlage außer Landes gebracht hatte. Wir merken an, dass es keine Aufzeichnungen gibt,

einschließlich Rechnungen, Schecks oder Quittungen, die dokumentieren, dass Kornfeld die Kunstwerke von Mathilde erwarb. Außerdem ist Besitz nicht gleichzusetzen mit einem Rechtsanspruch, selbst wenn Mathilde im Besitz der Grünbaumschen Kunstsammlung war.

Dementsprechend sind wir der Auffassung, dass die Kläger ihrer prima facie-Beweislast nachgekommen sind und glaubhaft dargelegt haben, dass die Kunstwerke Grünbaum gehörten.

2. Grünbaum gab die Kunstwerke nicht freiwillig auf

Nach New Yorker Common Law (Fall- und Richterrecht) ist eine händische Entziehung als Nachweis einer rechtswidrigen Anwendung von Herrschaft bzw. Gewalt nicht erforderlich, um widerrechtliche Aneignung bzw. Anspruch auf Herausgabe wegen widerrechtlicher Besizentziehung geltend zu machen (siehe *Der Staat gegen Seventh Regiment Fund, Inc.*, 98 NY2d 249, 260 [2002]). Dementsprechend ist es bedeutungslos, an wen Grünbaum die Kunstwerke verloren hat. Angesichts der unstrittigen Tatsachen, dass die Kunst inventarisiert, ein Arischer Treuhänder für die Verwaltung der Grünbaumschen Kunstsammlung bestellt und Grünbaum während des Holocaust hingerichtet wurde, war der Oberste [US] Gerichtshof nicht dazu verpflichtet, spekulative Theorien der Beklagtensachverständigen zu berücksichtigen.

Erstens begründet die Aktenlage, dass die Nazis Grünbaums Vermögen durch Kieslingers Vermögensaufstellungen der Grünbaumschen Kunstsammlung nachverfolgt haben, welche von Otto Demus³¹, dem Leiter der

³¹ Nationalsozialistische Politik war es, alle jüdischen Vermögenswerte, die in jedweder Vermögenserklärung aufgeführt waren, tatsächlich zu konfiszieren und dem Reich nach dem 18. November 1938 zur Verfügung zu stellen. Petropoulos fügt an, dass die Beklagtensachverständige Lillie einmal angab, dass es für Juden nach diesem Datum keinerlei Möglichkeit gab, legal Vermögen außer Landes zu bringen. Tatsächlich gab Lillie an, dass – auch wenn dies nicht *immer* mit einer Konfiszierung oder Beschlagnahmung gleichzusetzen war – die in einer Vermögenserklärung aufgeführten Vermögensgegenstände *oft* geplündert wurden. Sie stellte allerdings fest, dass es keinen Beweis in den Aufzeichnungen gab, dass die Grünbaumsche Sammlung von den Nazis geplündert wurde. Sie gab zudem an, dass es erst zu der automatischen Konfiszierung des Vermögens durch die Nazis kam, als Elisabeth nach Maly Trostinec deportiert wurde.

Nationalsozialistischen Zentralstelle für Denkmalschutz abgezeichnet und als „vollständig bzw. vervollständigt“ abgestempelt worden waren. Der Klägersachverständige Petropoulos ist der Auffassung, dass dies in der Schlussfolgerung bedeutete, dass Grünbaum zu diesem Zeitpunkt keinerlei Kontrolle mehr über sein Vermögen hatte. Die Beklagtsachverständige Lillie räumt diesen Punkt ein und gibt an, dass es nationalsozialistische Politik war, alle jüdischen Vermögenswerte, die in jedweder Vermögenserklärung aufgeführt waren, üblicherweise tatsächlich zu konfiszieren und dem Reich nach dem 18. November 1938 zur Verfügung zu stellen.

Zweitens belegt die Bestellung Rochlitzers zum Arischen Treuhänder des Grünbaumschen Vermögens ferner, dass Grünbaum keinerlei Rechte mehr auf sein Vermögen hatte, da nur sein Arischer Treuhänder Grünbaums Vermögen beliebig übertragen konnte.³²

Drittens ist es unstrittig, dass Schenker, die von den Nazis gesteuerte

³² Die Verordnung über den Einsatz von Arischen Treuhändern für jüdisches Vermögen vom 3. Dezember 1938 legt fest, dass „[m]it der Zustellung der Verfügung, durch die ein Treuhänder gemäß § 2 eingesetzt wird, [...] der Inhaber des Gewerbebetriebs das Recht [verliert], über die Vermögenswerte zu verfügen, zu deren Verwaltung der Treuhänder eingesetzt ist.“ Petropoulos erläutert, dass dieses Gesetz den Juden das gesetzliche Recht genommen hat, jedwedes Vermögen zu übertragen.

Spedition, die Kontrolle über Grünbaums Vermögen übernommen hat. Es gibt keine Unterlagen die belegen, dass die Sammlung von Schenker außer Landes gebracht wurde, oder dass Rochlitzers Ernennung jemals widerrufen wurde. Dementsprechend haben weder Grünbaum noch Elisabeth jemals wieder den Besitz der oder die Kontrolle über die Kunstwerke zurückerworben.

Selbst wenn man die Mutmaßungen der Beklagten zulässt, dass es Elisabeth oder Mathilde irgendwie gelungen sein sollte, die Kunstwerke wiederzuerlangen, wurden diese doch Grünbaum und seinen rechtmäßigen Erben unterschlagen oder waren für diese verloren.

Die Sachverständigen der Verteidigung stellen als gegeben dar, dass die Vollmacht, mit welcher das Vermögen von Grünbaum auf Elisabeth übertragen wurde, wirksam war, oder alternativ, dass die Kunstwerke als Schenkung unter Lebenden entweder von Grünbaum oder Elisabeth an Mathilde übertragen wurden. Lillie, die Sachverständige der Verteidigung, räumt ein, dass die Kunstwerke einst Grünbaum gehörten. Sie behauptet jedoch, dass Elisabeth die Befugnis hatte, das Eigentumsrecht auf Mathilde zu übertragen.

Es gibt keinen Beweis in den Aufzeichnungen, dass Elisabeth das Recht an der Sammlung übertragen hat. Auch war Elisabeth nicht in der Lage, das Eigentumsrecht zu übertragen, da Grünbaum die vermeintliche Vollmacht unterzeichnete, als er in Dachau inhaftiert war. Wir weisen die Vorstellung zurück, dass man von einer Person, die eine Vollmacht in einem Vernichtungslager unterzeichnet, sagen kann, diese hätte das Dokument freiwillig unterzeichnet (*Bakalar*, 819 F Ergänz. 2d auf 298 [übereinstimmend wird festgestellt, dass „jede Übertragung nach

Grünbaums Erteilung der Vollmacht in Dachau nichtig war, da diese unter Zwang entstanden ist“]; *id.* auf 300 [es wurde nicht festgestellt, dass „Grünbaum freiwillig den Besitz der Zeichnung aufgegeben hat, oder dass er dies in der Absicht tat, das Eigentum daran zu übertragen]; *siehe auch Philipp gegen Bundesrepublik Deutschland*, 248 F Ergänz. 3d 59, 70 [D DC 2017], *bestätigt* 894 F3d 406 [DC Cir 2018] [der Verkauf von Kunst während des Holocausts durch einen jüdischen Besitzer war Nötigung und geschah unter Zwang, was sowohl unter das HEAR-Gesetz fällt, als auch unter eine Verletzung internationalen Rechts, und somit eine Ausnahme von dem US-amerikanischen Gesetz über Staatenimmunität („*Foreign Sovereign Immunities Act*“) darstellt].

Wir sind der Auffassung, dass die Kläger belegt haben, dass die von Grünbaum während der Nazi-Herrschaft unterzeichnete Vollmacht unter Zwang entstand und daher jegliche nachfolgende Übertragung der Kunstwerke keinen Rechtstitel daran übertrug. „Ein [K]unstwerk, das während des Zweiten Weltkrieges gestohlen wurde, gehört noch immer dem ursprünglichen Eigentümer, auch wenn es inzwischen zahlreiche nachfolgende Käufer gab, und auch dann wenn jeder dieser Käufer gänzlich in Unkenntnis dessen war, dass sie [sic] Diebesgut kaufte“ (*Bakalar gegen Vavra*, 619 F3d 136, 141 [2d Cir 2010] [die internen Anführungszeichen wurden ausgelassen]). In New York kann ein Dieb kein Eigentumsrecht übertragen (*siehe Lubell*, 77 NY2d bei 320; *Federal Ins. Co. gegen Diamond Kamvakis & Co.*, 144 AD2d 42, 44, [1. Abt. 1989], 1v *abgewiesen* 74 NY2d 604 [1989]). Daher war die Übertragung unwirksam, selbst wenn man davon ausgeht, dass Grünbaum seine Sammlung an Elisabeth übertrug.

Demgemäß konnte Mathilde kein Eigentumsrecht an Kornfeld und/oder die Galerie Kornfeld übertragen.

Alternativ behaupten die Beklagten, dass Mathilde die Kunstwerke von Grünbaum vor seiner Ausfertigung der Vollmacht geschenkt bekommen habe, wodurch ein rechtsgültiges Geschenk unter Lebenden begründet wird. Um ein Geschenk unter Lebenden vorzunehmen, "muss die Absicht seitens des Schenkenden bestehen, eine Geschenkübergabe durchzuführen, das Geschenk entweder tatsächlich oder angenommen an den Beschenkten zu übergeben, und der Beschenkte muss das Geschenk annehmen" (*Gruen gegen Gruen*, 68 NY2d 48, 53 [1986]). "Dem Befürworter [der Theorie] eines Geschenks obliegt die Last, jedes dieser Elemente durch klare und überzeugende Beweise zu nachzuweisen" (*id.*).

Hier fehlt es in den Unterlagen an Beweisen, dass Grünbaum oder sogar Elisabeth die Absicht hatten, die Kunstwerke an Mathilde zu verschenken, ganz zu schweigen von jeglichen Beweisen hinsichtlich der Aushändigung oder Annahme. Da es keine Beweise hinsichtlich dessen gibt, wie Mathilde die Kunstwerke erworben hat, haben die Beklagten keine triftige Tatsachenfrage aufgeworfen, dass Grünbaum freiwillig den Besitz der Kunstwerke aufgegeben hat, oder dass er dies in der Absicht tat, das Eigentumsrecht weiterzugeben.

3. Bei fahrlässigem Verzug handelt es sich nicht um ein Hindernis bzw. Hemmnis gegen die Ansprüche der Kläger auf die Kunstwerke.

Fahrlässiger Verzug ist "ein auf dem Billigkeitsrecht basierender Hindernisgrund, der auf einer längerfristigen Vernachlässigung oder Unterlassung der Geltendmachung eines Rechts und des daraus resultierenden Schadens bzw. Rechtsnachteils für eine

Gegenpartei beruht". (*Saratoga County Chamber of Commerce [Handelskammer] gegen Pataki*, 100 NY2d 801 [2003], 816, *Bestätigung der Appellationszulassung verweigert* 540 US 1017 [2003]; *Angelegenheit Schultz gegen den Staat New York*, 81 NY2d 336, 348 [1993]). Der bloße Verlauf bzw. Ablauf der Zeit, ohne Nachweis von Schaden bzw. Rechtsnachteil, reicht nicht aus, um fahrlässigen Verzug geltend zu machen (*siehe Saratoga*, 100 NY2d bei 816; *Maconv Arnlie Realty Co.*, 207 AD2d 268, 271 [1st Dept 1994]; *Matter of Flamenbaum*, 22 NY3d962, 966 [2013] ["bei dem wesentlichen Element von fahrlässigem Verzug [handelt es sich um] Schaden"]. [Interne Anführungszeichen weggelassen]). Ein Schaden bzw. Rechtsnachteil kann "durch eine Verletzung, eine Positions- bzw. Lageveränderung, einen Beweisverlust oder jedweden anderen Nachteil, nachgewiesen werden, der sich aus der Verzögerung ergibt" (*Fall Linker*, 23 AD3d186, 189 [1. Abt. 2005] [interne Anführungszeichen weggelassen]).

Wir weisen das Argument der Beklagten zurück, dass die Einrede von fahrlässigem Verzug ein Hemmnis für die Ansprüche der Kläger auf Herausgabe wegen widerrechtlicher Besitzentziehung und Aneignung sei (*siehe B.N. Realty Assoc. gegen Lichtenstein*, 21 AD3d 793, 799 [1. Abt. 2005]). Nagy erwarb beide Kunstwerke im Jahr 2013. Er erlitt keine Veränderung seiner Lage. Auch gingen zwischen dem Erwerb der Beklagten und der Forderung der Kläger nach Rückgabe der Kunstwerke keine Beweise verloren. Bezeichnenderweise war Nagy von dem Kauf über die Ansprüche der Kläger auf die Grünbaumsche Sammlung informiert, da er einen Schriftsatz im *Bakalar*-Verfahren eingereicht hatte. Darüber hinaus ist unbestritten,

dass Nagy die Kunstwerke mit einem erheblichen Preisnachlass ³³ auf den von Sotheby's vor der Veröffentlichung der Forderung geforderten Preis erworben hat, und er hat eine Versicherung abgeschlossen, um das Eigentumsrecht gegen die Forderungen der Kläger zu versichern.

Das Gericht im Fall *Bakalar* wies auf Mathildes Tod als einen „Schaden bzw. Rechtsnachteil“ hin. Mathilde sowie andere Zeugen waren schon lange vor dem Kauf der Kunstwerke durch Nagy verstorben. Auf jeden Fall hätte Mathilde, wie wir bereits besprochen haben, nicht nachweisen können, dass sie ein Eigentumsrecht auf die Kunstwerke hatte, und ihre Zeugenaussage wäre nicht beweiskräftig gewesen (*siehe der Fall Flamenbaum*, 22 NY3d bei 966 [„obwohl die Aussage des Verstorbenen vielleicht Licht darauf geworfen haben könnte, wie er in den Besitz [des Kunstwerks] gekommen war, können wir kein Szenario erkennen, in dem der Verstorbene [sein Eigentumsrecht] hätte nachweisen können“]).

4. Die Kläger haben keinen Anspruch auf Anwaltskosten.

In New York ist es eine verbindliche Tatsache, dass Anwaltskosten als ein Prozessereignis angesehen werden und nicht einforderbar sind, es sei denn, dies wird durch Gesetz, Gerichtsbeschluss oder schriftliche Vereinbarung der Parteien genehmigt (*siehe Hooper Assoc. gegen AGS Computers*, 74 NY2d 487, 491-492 [1989]; *siehe auch Madison Park Dev. Assoc. LLC gegen Febbraro*, 159

³³ Nagy hat keine eidesstattliche Erklärung eingereicht, in welcher die Behauptung der Kläger, dass die Kunstwerke mit einem erheblichen Preisnachlass erworben worden waren, bestritten wurde.

AD3d 569 [1. Abt. 2018])). Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel besteht, wenn Parteien "mit ‚unbeteiligter bzw. uneigennütziger Böswilligkeit‘ gehandelt haben [und] ... absichtlich [versucht haben], einer anderen Partei einen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen, indem sie [diese] zwingen, einen Rechtsbeistand einzuschalten" (*Brook Shopping Ctrs. gegen Bass*, 107 AD2d 615, 615 [1. Abt. 1985], *Berufung abgewiesen* 65 NY2d 923 [1985]; *siehe Palermo gegen Taccone*, 79 AD3d 1616 [4. Abt. 2010] [Anwaltshonorare bei widerrechtlicher Aneignung selbst dort verweigert, wo der Beklagte die Ausrüstung des Klägers weggeschlossen hatte, um den Zugang absichtlich zu verhindern]; *Anniszkiewicz gegen Harrison*, 291 AD2d 829, 830 [4. Abt. 2002], *1v abgewiesen* 98 NY2d 611 [2002]).

Der Oberste Gerichtshof bewilligte Anwaltskosten auf Basis der Feststellung von "Arglist bzw. Bösgläubigkeit". Allerdings ist mehr als nur Arglist bzw. Bösgläubigkeit erforderlich. Wir stellen fest, dass Nagy nicht mit "unbeteiligter bzw. uneigennütziger Boshaftigkeit" gehandelt hat. Vielmehr handelte er beim Erwerb der Kunstwerke aus betriebswirtschaftlichem Kalkül heraus - wohl wissend, dass das Eigentumsrecht unklar war, jedoch in dem Glauben, dass der Eigentumsanspruch möglicherweise erfolgreich verteidigt werden konnte.

Dementsprechend ändern wir die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, den Antrag auf Anwaltskosten abzulehnen.

Schlussfolgerung

Wir stellen abschließend fest, dass in dem Bestreben, "sicherzustellen, dass die Gesetze über die Ansprüche auf von den Nazis beschlagnahmte Kunst und anderes Eigentum

die Politik der Vereinigten Staaten weiterführen", und dass "Ansprüche auf Kunstwerke und anderes Eigentum, das von den Nazis gestohlen oder unterschlagen wurde, nicht ungerechterweise durch gesetzliche Verjährungsfristen ausgeschlossen werden", der Kongress den Holocaust Expropriated Art Recovery Act (*Gesetz über die Wiedererlangung von während des Holocaust enteigneter Kunst*) von 2016 (HEAR Act) erlassen hat (Veröff. L Nr 114-308, § 3 [2016]).

Bei der Bekanntmachung des HEAR Act stellte der Kongress fest, dass (1) die Nazis "Hunderttausende von Kunstwerken von Juden sowie von anderen Personen, die ihrer Verfolgung ausgesetzt waren, konfisziert oder anderweitig unterschlagen haben" (HEAR Act, Sec. 2[1]) , und dass viele Werke "nie mit ihren Besitzern wiedervereint wurden" (Par. 2[2]); und dass (2) die Nazi-Opfer und deren Erben um Rechtsbeistand zur Wiedererlangung von Kunstwerken ersucht haben, jedoch müssen sie "ihre Fälle aus fragmentarischen historischen Aufzeichnungen, die durch Verfolgung [und] Krieg verwüstet worden waren, mühsam zusammensetzen" (Par. 2[6]).³⁴

Auch heute noch sind wir mit den tragischen Auswirkungen der nationalsozialistischen Besetzung Europas auf das Leben, die Freiheit und das Eigentum der Juden konfrontiert.

³⁴Die Gerichte haben das HEAR-Gesetz in der Regel liberal ausgelegt und sich dabei auf den Zweck konzentriert, für welchen es erlassen wurde (*siehe z. B. Philipp*, 248 F Beil. 3d zu 70 [der Verkauf von Kunst während des Holocausts durch einen jüdischen Besitzer war Nötigung und geschah unter Zwang, was sowohl unter das HEAR-Gesetz, als auch unter [den Umstand] einer Verletzung internationalen Rechts fällt, und somit eine Ausnahme von dem US-amerikanischen Gesetz über Staatenimmunität („Foreign Sovereign Immunities Act“) darstellt]); *De Csepel v. Republik Ungarn*, 859 F3d 1094, 1110 [DC Cir 2017], *Bestätigung der Appellationszulassung verweigert -US-*, 139 S Ct 784 [2019] [Änderung, um HEAR-Anspruch hinzuzufügen, gestattet, obwohl die gesetzliche Verjährungsfrist abgelaufen ist]).

Wir sind durch die Zielsetzung und die Bestimmungen des HEAR-Gesetzes informiert, welches den Kontext hervorhebt, in dem Kläger, die ihr rechtmäßiges Eigentum während des Zweiten Weltkriegs verloren haben, die Last tragen, in einem Gerichtsverfahren nach den herkömmlichen Grundsätzen des New Yorker Rechts den Nachweis eines übergeordneten Eigentumsrechts an einem bestimmten Vermögenswert zu erbringen. Wir stellen auch fest, dass New York über eine starke öffentliche Strategie verfügt, um sicherzustellen, dass der Staat nicht zu einem Zufluchtsort für den Handel mit gestohlenem Kulturgut wird oder es Dieben erlaubt, Rechtsansprüche zu erwerben und weiterzugeben (*siehe z. B. Lubell*, 77 NY2d bei 320; *Reif*, 149 AD3d bei 533). Dabei ist zu betonen, dass wir keine rechtliche Erklärung dahingehend abgeben, dass die Kläger das absolute Eigentumsrecht des Nachlasses an den Kunstwerken begründet haben. Vielmehr urteilen wir über die jeweiligen übergeordneten Eigentums- und Besitzansprüche der Parteien. Wir stellen fest, dass die Kläger ihrer Verantwortung gerecht geworden sind, das übergeordnete Eigentumsrecht an den Kunstwerken nachzuweisen. Die Beklagten haben keine triftige Tatsachenfrage aufgeworfen.

Dementsprechend wurde am oder um den 11. Juni 2018 der Beschluss des Obersten Gerichtshofes des Bezirks New York (Charles E. Ramos, J.), erlassen, welcher unter anderem dem Antrag der Kläger auf ein Urteil im abgekürzten Verfahren über ihre Ansprüche auf widerrechtlicher Besitzentziehung und Aneignung stattgegeben hat und die Beklagten anweist, die Kunstwerke an die Kläger zurückzugeben, sowie auf eine Gewährung von

Schadenersatz, Kosten und Anwaltsgebühren sollten dahingehend auf rechtlicher Basis geändert werden, den Antrag hinsichtlich der Anwaltskosten abzulehnen, ansonsten einstimmige Bestätigung, mit Kosten.

Alle sind einverstanden.

Beschluss des Obersten Gerichtshofs des Bezirks New York (Charles E. Ramos, J.), eingetragen am oder um den 11. Juni 2018, auf rechtlicher Basis geändert, um den Antrag bezüglich der Anwaltskosten abzulehnen, und ansonsten bestätigt, mit Kosten.

Urteil von Singh, J. Alle stimmen zu.

Sweeny, J.P., Richter, Tom, Kern, Singh, JJ.

DIES IST DIE ENTSCHEIDUNG SOWIE DER BESCHLUSS DES OBERSTEN GERICHTSHOFES, BERUFUNGSABTEILUNG, ERSTE ABTEILUNG.

EINGETRAGEN AM: 9. JULI 2019

(unleserliche Unterschrift)

JUSTIZBEAMTER

Übersetzung angefertigt und bestätigt durch:
Hoerner Bank Aktiengesellschaft

Kirsten Krebs
18. Juli 2019 (Me/Kr/PP/Phi)