

Amtsgericht Charlottenburg

Insolvenzgericht

Az.: 36n IN 6433/17



Beschluss

-

In dem Verfahren über den Antrag auf Eröffnung eines
Hauptinsolvenzverfahrens über ihr Vermögen der

NIKI Luftfahrt GmbH nach österreichischem Recht, vertreten durch ***

- Schuldnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ***

Weitere Beteiligte:

1. ***

- Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ***

2. Rechtsanwalt Prof. Dr. Lucas Flöther

- Vorläufiger Insolvenzverwalter -

hat das Amtsgericht Charlottenburg durch den Richter am Amtsgericht ***

am 04.01.2018 beschlossen:

-

Der sofortigen Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 01.01.2018, bei Gericht
eingegangen am 02.01.2017, gegen den Beschluss über die Anordnung von
Sicherungsmaßnahmen vom 13.12.2017 soweit dieser die internationale

Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit bejaht (Art. 3, 5 EuInsVO) bejaht, wird nicht abgeholfen.

-

Gründe:

-

Zunächst ist auf die Begründung des angefochtenen Beschlusses zu verweisen. Im Übrigen gilt nach Auffassung des beschließenden Gerichts das Folgende:

1. Zur Zulässigkeit:

Die Beschwerde ist statthaft, form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Die Beschwerdeführerin hat Ihre Stellung als Gläubigerin der Schuldnerin auf Grund dreier vollstreckbarer Zahlungsbefehle nachgewiesen. Die sofortige Beschwerde, deren Zulässigkeit sich nach Art. 5 der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2015 in Insolvenzverfahren – hinfür kurz „EuInsVO“ – und Art. 102c § 4 EGIInsO richtet, erweist sich, da sie ausschließlich auf die Rüge der fehlenden internationalen Zuständigkeit beschränkt ist, als statthaft (ebenso Vallender/Zipperer in Vallender, EuInsVO, Art. 5, Rn. 2). Sie ist auch rechtzeitig eingelegt. Da eine frühere Individualzustellung nicht erfolgt ist, richtet sich der Beginn der 2-wöchigen Notfrist nach § 9 Abs. 1 Satz 2 InsO. Hier ist die öffentliche Bekanntmachung der angegriffenen Entscheidung am 14.12.2017 bewirkt worden. Das für den Rechtsmittelfristbeginn bedeutsame Ende des für die Zustellungsfiktion relevanten Zeitpunkts fiel daher rechnerisch auf den Ablauf des 16.12.2017. Da dieser jedoch ein Samstag war und der BGH diesen Zeitpunkt als Fristende i.S.v. § 222 Abs. 2 InsO bewertet (BGH, ZIP 2013, 2524), begann die Rechtsmittelfrist mit Ablauf des 18.12.2017 und endete unter Berücksichtigung von §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 BGB, 222 Abs. 2 ZPO am Tage der Einlegung und der gleichzeitigen Begründung der Beschwerde.

Einer Beschwer als zusätzlichem Tatbestandmerkmal bedarf es nicht. Art. 5 EuInsVO ist als europarechtliche Norm autonom auszulegen und enthält als solche keine entsprechende Voraussetzung (Mankowski in Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO 2015, Art. 5, Rn. 13; abgeschwächt Vallender/Zipperer, EuInsVO, Art. 5, Rn. 10 f.) Eine Popularbeschwerde ist wegen der Beschränkung

(i.) sachlich auf Gesichtspunkte der internationalen Zuständigkeit und (ii.) personell auf Schuldner und Gläubiger nicht zu befürchten.

2. Verfahrensrechtliches:

Die angefochtene Entscheidung entspricht den verfahrensrechtlichen Anforderungen gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO. Hier ist besonders auf Folgendes hinzuweisen:

2.1. Anders als noch der BGH in seinem Beschluss vom 01.12.2011 – IX ZB 232/10 – Rn. 11 ausgeführt hat, verlangt Art. 4 Abs. 1 EuInsVO nicht eine amtswegige *Ermittlung* des zur Beurteilung relevanten Tatsachenstoffs, sondern begnügt sich mit dessen amtswegiger *Prüfung* (Mankowski, a.a.O., Art. 4, Rn. 8)

2.2. Allein die verfahrensrechtlichen Ausgangsbedingungen machen es zwingend erforderlich, hieran keine zu hohen Anforderungen zu stellen, und zwar aus folgenden Gründen:

2.2.1. Man wird in Übereinstimmung mit der Auffassung aller Verfahrensbeteiligten davon auszugehen haben, dass die europäischen Rechtssetzungsinstanzen den sachlichen Geltungsbereich der EuInsVO im zeitlichen Ablauf eines Insolvenzverfahrens vorziehen wollten. Dies folgt schon aus der Ergänzung von Art. 1 Abs. 1 EuInsVO um „einschließlich der vorläufigen Verfahren“ im Zusammenspiel mit der Kombination aus Art. 2 Nr. 5 i.V.m. mit dem geänderten Inhalt des Anhangs B, der auch den vorläufigen Insolvenzverwalter als „Verwalter“ i.S.d. Nr. definiert, und Art. 2 Nr. 7 (ii), der für die „Entscheidung eines Gerichts zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ allein die Bestellung eines Verwalters aus dem Kanon des Anhangs B ausreichen lässt. Damit erfasst Art. 5 EuInsVO auch vorläufige Sicherungsmaßnahmen, wie z.B. die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (ebenso

Vallender/Zipperer, a.a.O., Art. 5, Rn 4 m.w.N.).

2.2.2. Allerdings wird die gleichfalls gewollte amtswegige Prüfung der für die Bestimmung des COMI bedeutenden Anknüpfungstatsachen zwingend durch das Zeitfenster begrenzt, das zur Entscheidung der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen zur Verfügung steht. Bei einer – wie im vorliegenden Entscheidungsfall – bei Antragstellung (noch) operativ uneingeschränkt tätigen Luftverkehrsgesellschaft lassen sich nun einmal jedenfalls in Gemengelagen keine Sachverständigen zur weiteren Eruierung des Sachverhalts bestellen. Hier ist wegen der Verzahnung einer evidenten Eilbedürftigkeit für die Anordnung vorläufiger Maßnahmen zur Sicherung des Schuldnervermögens mit dem Gebot einer amtswegigen Prüfung der Anknüpfungstatsachen für die Bestimmung des COMI eben *nicht* ein in jeder Hinsicht auskömmliches Zeitfenster vorhanden.

In einem solchen engen Zeitrahmen ist es geboten, eine umfangreiche und schlüssige Sachverhaltsdarstellung von der antragstellenden Schuldnerin zu erfordern, sich deren Richtigkeit seitens des den Antrag stellenden Organs versichern zu lassen, deren Inhalt in ausführlichen Vorgesprächen kritisch zu hinterfragen und – soweit möglich – bei Zweifeln Gläubiger anzuhören (so ähnlich auch der Erwägungsgrund 32 zur EulnsVO). So ist auch hier verfahren worden. Die – wenn auch kurzen – Stellungnahmen von Gläubigern zum Thema finden sich in den Erklärungen der seinerzeit noch prospektiven Mitglieder des späteren vorläufigen Gläubigerausschusses, die ausführlichen Darlegungen der Schuldnerin im Antragsschriftsatz und die kritische Befragung der Schuldnerin und ihrer Bevollmächtigten kann durch den zuständigen Abteilungsrichter dienstlich versichert werden.

3. In der Sache:

3.1. Vorbemerkung:

3.1.1. Sachverhaltsauswertung:

Um Redundanzen des Vorbringens zu vermeiden, wäre es sinnvoll gewesen, wenn sich die Beschwerdeführerin in ausreichendem Umfang mit den Ausführungen der Schuldnerin zum COMI in deren Antragsschrift befasst hätte, denn in dem kurzen Zeitfenster, das dem Gericht nicht nur für die Prüfung des relevanten Sachverhalts, sondern auch für die Absetzung einer Begründung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 InsO im Eröffnungsverfahren mit dem Ziel der Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen bleibt, muss die Begründung sich notwendigerweise auf die Darstellung der tragenden Aspekte beschränken. Dies ist geschehen.

3.1.2. Systemische Gesichtspunkte:

Das gedankliche Gerüst der Ausführungen der Beschwerdebegründung ruht auf einer geradezu „mechanischen“ Adaption der Business-Activity-Rule in Reinkultur, gleichsam der Regel „es gibt nichts, es sei denn ich sehe es“. Das aber bedeutet eine Überspannung des Business Activity-Ansatzes: So führt der EuGH in der Rechtssache „Eurofood“ (abgedruckt u.a. in ZInsO 2006, 484) bei TZ 35 folgendes aus: „Wenn jedoch eine Gesellschaft ihrer Tätigkeit im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nachgeht, so reicht die Tatsache allein, dass ihre wirtschaftlichen Entscheidungen von einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat kontrolliert werde oder kontrolliert werden könne, nicht aus, um die mit der Verordnung aufgestellte Vermutung zu entkräften“ Dazu führt *Undritz* (HambKomm-Insolvenzrecht, 6. Aufl. EulnsVO, Art. 5, Rn. 13) zutreffend aus, dass dies im Umkehrschluss heißt: In dem Fall, in dem für Dritte erkennbare (also exogene) Umstände außerhalb des Staates des Sitzungssitzes hinzukommen, die internen (endogenen) Anknüpfungspunkte mithin nicht mehr allein stehen, ist die Vermutungswirkung sehr wohl widerlegbar.

Ausgehend davon, dass sich in den vergangenen Jahren die Willensbetätigung der *** Privatstiftung als (mittelbare) Mehrheitsgesellschafterin der Schuldnerin nicht konträr zur (ebenso

mittelbaren) Minderheitsgesellschafterin, der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG, dargestellt hat, haben wir es bei der Schuldnerin mit einer Gesellschaft zu tun, die unter gesellschaftsrechtlichen Beherrschungsgesichtspunkten ebenso wie operativ in einen mindestens faktisch vertikal verfassten Konzern der Air-Berlin-Gruppe eingegliedert ist. Insoweit wird ergänzend Bezug genommen auf die Ausführungen der Schuldnerin in ihrem Schriftsatz vom 02.01.2018 unter 2.1 und 2.2. Und dies ist kein rein endogener Umstand. Sein für jedermann erkennbarer und insofern als exogen zu bezeichnender Außenauftritt – auch und gerade gegenüber Geschäftspartnern unterschiedlicher Stellung innerhalb des Dienstleistungsverkehrs, also den relevanten potentiellen Sach- und Geldgläubigern (siehe Mankowski, a.a.O., Art. 5, Rn. 23) – offenbart sich in vielfältigster Form bis hin zu einer in der Formgebung regelmäßig eine untergeordnete Stellung einnehmenden Corporate Identity, das von den optischen gewerblichen Schutzrechten der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG im öffentlichen Auftreten überlagert wird. Beispielhaft wird dies illustriert unter anderem durch die öffentlichkeitswirksamen Verlautbarungen des ORF (Anlage 2.1 zum Schriftsatz der Schuldnerin vom 02.01.2018).

3.2. Ausgewählte Einzelgesichtspunkte:

3.2.1. Betriebsgenehmigung / AOC / steuerliche Veranlagung / Rechnungslegung / Flugnummer / vorangegangenes Insolvenzverfahren vor dem Landesgericht Korneuburg:

3.2.1.1. Die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen für die Bestimmung des COMI ist - wenn auch nicht explizit im angefochtenen Beschluss angesprochen - nicht übersehen worden. Allerdings bilden solche öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse bestenfalls Hilfskriterien, deren Bedeutung im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau zurücktritt (Mankowski, a.a.O, Art. 3, Rn. 100).

- 3.2.1.2. Gleiches gilt für eine Steuerpflicht der Schuldnerin in Österreich, wozu bekanntlich bereits das Vorhandensein einer Betriebsstätte ausreichend wäre (Mankowski, a.a.O.).
- 3.2.1.3. Das Rechnungswesen und die aus ihr entwickelte Rechnungslegung ist gleichfalls kein taugliches Anknüpfungsmerkmal (Mankowski, wie vor, Rn. 85).
- 3.2.1.4. Soweit Tickets mit einer auf die Schuldnerin hinweisenden HG-Flugnummer ausgestellt wurden, hat die Schuldnerin in hinreichendem Maße belegt, dass nach außen erkennbar vertragliche Beziehungen zwischen dem Individualbucher eines von der Schuldnerin durchgeführten Flugs nicht mit dieser, sondern mit der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG bestanden. Insoweit wird auf die Ausführungen der Schuldnerin im Schriftsatz vom 02.02.2018 unter 2.8 nebst der dort erwähnten Anlage 2.8 Bezug genommen.
- 3.2.1.5. Eine Missachtung von Art. 102c, § 5 Nr.4 EGIinsO durch die Schuldnerin ist nicht erkennbar, da dem Insolvenzgericht die entsprechende Entscheidung des österreichischen Gerichts bereits vor Antragstellung bekannt war und die Schuldnerin um die Übermittlung einer Abschrift der dortigen Entscheidung mit Email vom 02.12.2017 (GA Bd. I, Bl. 0a, da es sich um ein Dokument vorerst mit Antragseingang erfolgter Anlage der Akte handelt) gebeten wurde.

3.2.2. Allokation der Arbeitsverhältnisse:

Insoweit hatte das beschließende Gericht im Rahmen des Vorverfahrens bereits Aufklärungsbedarf angemeldet (vgl. Email des zuständigen Abteilungsrichters vom 31.12.2017, GA Bd. II, Bl. 37). Danach wird zu differenzieren sein zwischen der individual-, der kollektivvertraglichen und der operativen Zuordnung nach Einsatzorten. Die Schuldnerin führt dazu aus:

„(...) Der Anlage 5 b des Insolvenzantrags sind die bei Antragstellung durchgeführten Flüge nach Abflughäfen zu entnehmen. Wöchentlich fanden 176 Abflüge von Deutschland und Österreich aus statt, davon 156 = 88 % von Deutschland aus. Diese Flüge können natürlich nicht ausschließlich von den dem deutschen Arbeitsrecht unterliegenden Personal durchgeführt werden. Dementsprechend ist der ganz überwiegende Teil der österreichischem Arbeitsrecht unterliegenden Kabinen- und Cockpitbesetzungen von Deutschland aus im Einsatz, auszugehen ist von mindestens 80 %.

Dieses betrifft somit ganz wesentlich das Kriterium „Einsatzort der Mitarbeiter“ des Kriterienkataloges, der somit zu mindestens 80 % in Deutschland verortet ist. Bzgl. des Bodenpersonals ist zwischen der Technik und der Administration zu unterscheiden. Die Mitarbeiter der Technik sind überwiegend in Österreich und nur mit wenigen Mitarbeitern in Deutschland tätig. In Deutschland wurde die Technik/Maintenance im Übrigen durch Mitarbeiter der Air Berlin Technik GmbH durchgeführt.

Bei der Administration ist hingegen zu berücksichtigen, dass die wesentlichen Unternehmensfunktionen der Schuldnerin in Berlin, aber nicht von Angestellten der NIKI Luftfahrt GmbH ausgeübt werden. Insoweit erlauben wir uns den Hinweis auf die Ausführungen im Insolvenzantrag, welche wesentlichen Funktionen und Tätigkeiten in Berlin angesiedelt sind. Ohne die Tätigkeiten in Berlin, hätte die Schuldnerin keinen einzigen Flug durchführen können. In diesen Bereichen sind in Berlin wenigstens rund **140** Arbeitnehmer der Air Berlin Gruppe für die Schuldnerin tätig. (...)

Hierzu mag sich das Beschwerdegericht äußern; für das Insolvenzgericht jedenfalls ist der zu Gunsten Österreichs bestehende „Überhang“ bei der rechtlichen und faktischen Allokation der Arbeitsverhältnisse auch mit Rücksicht auf die Internationalisierung des Arbeitsmarktes in der Europäischen Union kein entscheidendes Anknüpfungsmerkmal für die Bestimmung des COMI.

Das Gericht hält demgemäß auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevortrags und der hierzu vorliegenden Stellungnahme der Schuldnerin an seiner Entscheidung, den Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses in der Bundesrepublik Deutschland zu verorten, fest und legt das Verfahren dem Landgericht Berlin zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde vor.

Richter am Amtsgericht