



Esser  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

## LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

### BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

unter Beteiligung

1. DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer E. L. u.a., Am E.- D. 10, M.,

**- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -**

**Verfahrensbevollmächtigte:** Ass. S. u.a., c/o V. Unternehmerverband G.  
Rhein-JMain e.V.,  
F.-von-C.- Straße 4, G.,

2. Betriebsrat der Niederlassung Düsseldorf der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, vertreten durch den Vorsitzenden N. X., U. ring 10, E.,

**- Antragsgegner und Beschwerdeführer -**

**Verfahrensbevollmächtigte:** Rechtsanwälte X. & W.,  
M. str. 68, C.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf auf die mündliche Anhörung vom 09.03.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Mülders und die ehrenamtliche Richterin Iffländer

**b e s c h l o s s e n :**

**Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 08.10.2010 wird zurückgewiesen.**

**Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.**

## **GRÜNDE:**

**A.** Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der Zustimmung des Düsseldorfer Betriebsrats zur Weiterbeschäftigung des Fluglotsen T. über das Erreichen der tariflichen Altersgrenze hinaus.

Die Arbeitgeberin (Antragstellerin) befasst sich in ihrem Betrieb am Flughafen Düsseldorf International mit der Flugsicherung (Flugverkehrskontrolle). Die dort tätigen Arbeitnehmer werden von dem zu 2. beteiligten Betriebsrat vertreten. Auf die Arbeitsverhältnisse finden zumindest kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Haustarifverträge für die bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter Anwendung. Für die im Tower Düsseldorf eingesetzten 20 Fluglotsen gelten insbesondere die „Sonderregelungen 2010 für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den operativen FS-Diensten (SR FS-Dienste) vom 06.05.2010“. Die SR FS-Dienste 2010 enthalten in „Abschnitt 4. Bestimmungen für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“ (wortgleich mit der Vorgängerregelung in § 34 SR-FS-Dienste 2008) folgende Bestimmung:

### **§ 33**

*(1) Für Supervisors FVK, Lotsinnen und Lotsen, die mindestens 15 Jahre eine Tätigkeit als Lotsin oder Lotse im Flugverkehrskontrolldienst wahrgenommen haben, endet das Arbeitsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des Monats, in dem sie das 55. Lebensjahr vollendet haben.*

*(2) ...*

*(3) Das Nähere zu den erforderlichen Überbrückungsleistungen ab dem Ersten des Folgemonats infolge der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln die Tarifverträge über die Übergangsversorgung.*

Die tarifliche Übergangsversorgung beläuft sich auf ca. 70 % der letzten Bezüge. Die Tarifvergütung für Fluglotsen beträgt in der Endstufe monatlich annähernd € 9.400,00 brutto.

Der im Oktober 1955 geborene Mitarbeiter T. steht unter Anrechnung von Vordienstzeiten seit 1974 in den Diensten der Arbeitgeberin und ist eingesetzt als Fluglotse im Tower Düsseldorf. Zum 31.10.2010 erreichte er die tarifliche Altersgrenze. Zuvor hatten er und die Arbeitgeberin sich über eine vom 01.11.2010 bis 31.10.2011 befristete Anschlussbeschäftigung verständigt; für das Verlängerungsjahr ist ihm eine monatliche Zulage von ca. 1.300,00 € brutto zugestanden worden. Der Arbeitgeberin ist wegen der seit Jahren bestehenden Personalknappheit bei den im Tower Düsseldorf eingesetzten Fluglotsen sowie der dort regelmäßig anfallenden Überstunden an der Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters T. gelegen.

Am 08.06.2010 beantragte die Arbeitgeberin schriftlich beim Betriebsrat die Zustimmung zur befristeten Einstellung des Fluglotsen T. vom 01.11.2010 bis 31.10.2011. Am 22.06.2010 erklärte der Betriebsrat die Zustimmungsverweigerung. Zur Begründung verwies er auf die in § 33 Abs. 1 SR FS-Dienste 2010 angeordnete Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Weiterhin beanstandete er, dass sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Hinblick auf die dem Mitarbeiter T. versprochene persönliche Zulage übergangen worden sei. Schließlich bezog er sich auf die in einem arbeitsmedizinischen Gutachten aus April 1998 („Kastner-Gutachten“) enthaltene Empfehlung, Fluglotsen nicht über das 55. Lebensjahr hinaus weiterzubeschäftigen, und erinnerte in diesem Zusammenhang an die nicht vollständige Schichtdiensttauglichkeit des Mitarbeiters T..

Unter dem 27.09.2010 teilte die Arbeitgeberin dem Betriebsrat mit, aus dringenden betrieblichen Gründen den Fluglotsen T. ab dem 01.11.2010 vorläufig einzusetzen. Mit Schreiben vom 28.09.2010 bestritt der Betriebsrat die gegebene Erforderlichkeit der vorläufigen Einstellung.

Die Arbeitgeberin hat am 09.07.2010 beim Arbeitsgericht Düsseldorf den Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG und am 29.09.2010 den Feststellungsantrag nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG eingereicht.

Der Betriebsrat hat seinerseits beantragt,

1. den Zustimmungsersetzungsantrag zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die vorläufige Einstellung des Arbeitnehmers S. T. ab dem 01.11.2010 als Fluglotse im Tower Düsseldorf offensichtlich aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich ist;
3. der Arbeitgeberin bei der Meldung eines Zwangsgeldes in Höhe von bis zu 250,00 € für jeden Tag der Zuwiderhandlung aufzugeben, die Weiterbeschäftigung des Herrn S. T. bis spätestens zwei Wochen nach Rechtskraft des Beschlusses zu 2) aufzuheben.

Mit Beschluss vom 08.10.2010 hat das Arbeitsgericht die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Fluglotsen T. für die Zeit vom 01.11.1010 bis 31.10.2001 ersetzt. Im übrigen hat es den Feststellungsantrag der Arbeitgeberin ebenso zurückgewiesen wie die Gegenanträge des Betriebsrats.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Beschwerde greift der Betriebsrat den erstinstanzlichen Beschluss im Wesentlichen mit Rechtsausführungen an. Er begehrt weiterhin die Zurückweisung des Zustimmungsersetzungsantrags der Arbeitgeberin sowie die Stattgabe seiner Gegenanträge. Die Arbeitgeberin beantragt die Zurückweisung der Beschwerde.

**B.** Die Beschwerde ist unbegründet.

I. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die vom Betriebsrat verweigernde Zustimmung gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG ersetzt. Zwar ist die Zustimmungsverweigerung fristgerecht erfolgt, weil die Betriebsparteien die Wochenfrist nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wirksam bis zum 22.06.2010 verlängert hatten (vgl. BAG 06.10.2010 – 7 ABR 80/89 – Rn. 33 ff.). Es hat jedoch an einem nach § 99 Abs. 2 BetrVG beachtlichen Zustimmungsverweigerungsgrund gefehlt.

1. Das Arbeitsgericht hat einen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG mit der Begründung negiert, dass § 33 Abs. 1 SR FS-Dienste – die Wirksamkeit der dort statuierten Altersgrenze unterstellt – den Abschluss eines Anschlussarbeitsvertrages nicht verbiete: Die tarifliche Altersgrenzenregelung bezwecke vornehmlich die wirtschaftliche Absicherung der mindestens 15 Jahre eine Tätigkeit als Lotsin oder Lotse im Flugverkehrskontrolldienst eingesetzten Mitarbeiter im Falle des ihnen mit Vollendung des 55. Lebensjahres ermöglichten Ausscheidens. Indem die Tarifnorm dem Interesse der Beschäftigten diene, sei sie nicht als Beschäftigungsverbot für ältere Fluglotsen zu verstehen.

Der vom Arbeitsgericht präferierten Tarifauslegung begegnen Bedenken. Diese gründen in der Tarifsystematik und vor allem in der Tarifhistorie. Hiernach fehlt es an wirklichen Anhaltspunkten dafür, dass die Tarifvertragsparteien sich die Weiterbeschäftigung von Fluglotsen über die Altersgrenze von 55 Jahren hinaus vorstellten. Wären sie von einer solchen Möglichkeit ausgegangen, hätte es für sie nahe gelegen, die Weiterbeschäftigungsfälle zu erfassen und in die tarifliche Ordnungsstruktur einzupassen, anstatt sie freien einzelvertraglichen Abmachungen zu überlassen.

Das Tarifwerk spricht indessen die etwaige Weiterbeschäftigung nicht an und belässt es vielmehr dabei, den nach dem 55. Lebensjahr ausgeschiedenen Fluglotsen eine Überbrückungsversorgung zu bewilligen.

Im Einzelnen:

**a)** Die für ältere und langjährig beschäftigte Fluglotsen normierte Altersgrenze trägt einerseits dem Umstand Rechnung, dass nach früherer ständiger Verwaltungspraxis des Luftfahrtbundesamtes den Fluglotsen die Erlaubnis zur Berufsausübung grundsätzlich nur bis zur Vollendung ihres 55. Lebensjahres erteilt wurde. Hieran anknüpfend bezweckt § 33 Abs. 3 iVm. Abs. 1 SR FS-Dienste die wirtschaftliche Absicherung der langgedienten älteren Fluglotsen. Andererseits dient die Altersgrenze dem Interesse des Arbeitgebers, die Arbeitsverhältnisse mit den als Fluglotsen nicht mehr einsetzbaren Mitarbeitern beendet zu wissen, da es typischerweise für diese Gruppe im Unternehmen an adäquaten Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten fehlt, sie jedoch aufgrund ihres Alters und Dienstzeit tariflich unkündbar geworden ist (§ 30 SR FS-Dienste). Die tarifliche Entstehungsgeschichte bestätigt dieses Regelungsziel. Die tarifliche Altersgrenzenregelung ersetzte die ab dem 01.01.1993 entfallene Höchstaltersgrenzenregelung nach § 4 a Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Flugsicherung (53 Jahre mit der Verlängerungsmöglichkeit bis 56 Jahre). In der Folgezeit ließen die Tarifvertragsparteien freilich außer Acht, (1) dass die ständige Verwaltungspraxis des Bundesverkehrsministeriums bzw. Luftfahrtbundesamtes sich dahin entwickelte, die Erlaubnis bis zur Altersgrenze von 57 Jahren zu erteilen, (2) dass das Bundesverfassungsgericht auch insoweit Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit äußerte (vgl. BVerfG 29.11.2006 – 1 BvR 2887/06 – Rn. 8 f., 09.03.2007 – 1 BvR 2887/06 – Rn. 17 ff.) und (3) dass schließlich der Gesetzgeber in der Neufassung des § 32 Abs. 4 Nr. 4 LuftVG durch Gesetz vom 24.08.2009 (BGBl I 2009, 2942) den Willen zum Ausdruck brachte, auf starre Altersgrenzen zu verzichten. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/13107 vom 22. 05. 2009, Seite 15, heißt es dazu wörtlich:

*„Die Neufassung der Ermächtigungsgrundlage in Nummer 4 ermächtigt die Verwaltung zur Konkretisierung der Anforderungen an das lizenzpflichtige Personal und seine Ausbilder auf Verordnungsebene. Zudem können auf dieser Grundlage ab Erreichen des 55. Lebensjahres weitere Anforderungen gestellt oder deren Vorliegen geprüft werden. Die Tätigkeit von Fluglotsen stellt besonders hohe Anforderungen an die körperliche*

*und geistige Leistungsfähigkeit. Ausfallerscheinungen aufgrund körperlichen oder geistigen Versagens gefährden unmittelbar die Sicherheit einer Vielzahl von Personen. Mit zunehmendem Lebensalter lassen die für die Ausübung der Flugverkehrskontrolle notwendigen kognitiven Fähigkeiten regelmäßig stark nach. Der Einsatz älterer Fluglotsen kann ein erhebliches Sicherheitsrisiko bei der Verkehrsüberwachung der Luftfahrt darstellen. Andererseits soll die in Artikel 12 GG gewährleistete Berufsausübungsfreiheit von Fluglotsen höheren Alters nicht generell durch die Schaffung einer starren Altersgrenze eingeschränkt werden.*

*Es müssen jedoch geeignete Maßnahmen getroffen werden, die die Sicherheit der Luftfahrt auch bei Einsatz von Fluglotsen mit einem höheren Lebensalter gewährleisten. Im internationalen Vergleich sind regelmäßig Höchstaltersgrenzen für Fluglotsen festzustellen. Für Fluglotsen in Deutschland galt nach den Regelungen des vormaligen Gesetzes über die Bundesanstalt für Flugsicherung eine einheitliche Höchstaltersgrenzenregelung. Mit der Organisationsprivatisierung der Flugsicherung zum 1. Januar 1993 ist diese Regelung entfallen, jedoch in Form von tarifvertraglichen Regelungen der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH fortgeführt worden.*

*Die Ausdehnung der Verordnungsermächtigung auf eine nähere Konkretisierung der Anforderungen an die Befähigung und Eignung des lizenzpflichtigen Personals für die Flugsicherung über das 55. Lebensjahr hinaus unter Berücksichtigung der altersspezifischen Tauglichkeit sowie von Art und Umfang der Arbeitseinsätze und an die technische Ausstattung des Arbeitsplatzes verschafft der Verwaltung die Möglichkeit, die mit dem Älterwerden verbundenen Prozesse und den im unterschiedlichen Maße nachlassenden Grad der Leistungsfähigkeit bei diesem Personal anforderungsgerecht zu berücksichtigen. So kann durch detaillierte und spezifische Vorschriften dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die psychische und physische Leistungsfähigkeit individuell unterschiedlich ist und Belastungen in der Flugsicherung auch vom Verkehrsaufkommen, dem konkreten Tätigkeitsbereich und der technischen Ausstattung des Arbeitsplatzes abhängen können.“*

Auf der gleichen Linie lag bereits die Begründung im Gesetzentwurf von CDU/CSU und SPD vom 17.03.2009 BT-Drs. 16/12279, Seite 13. In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Verkehrsausschusses vom 27.05.2009, BT-Drs. 16/13213, Seite 14, wurde klargestellt, dass es das Ziel der Neufassung des § 32 Abs. 4 Nr. 4 LuftVG sei,

*„im Interesse der Aufrechterhaltung der Sicherheit des Luftverkehrs die Voraussetzungen für eine Regelung der Überprüfung von älterem Personal der Flugsicherung auf seine Tauglichkeit durch Verordnung zu schaffen. Diesem Ziel kann auch ohne grundlegende Neufassung der Verordnungsermächtigung und ohne Bezugnahme auf eine ausdrückliche Altersgrenzenregelung Rechnung getragen werden.... Die Verdichtung der Prüfungsintervalle ab Erreichen von bestimmten Lebensaltern erfolgt bereits heute auf Grundlage der geltenden Verordnungsermächtigung in Umsetzung von Artikel 12 Absatz 3 der Richtlinie 2006/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über eine gemeinschaftliche Fluglotsenlizenz unter Bezugnahme auf die EUROCONTROL Requirements for European Class 3 Medical Certification of Air Traffic Controllers aus dem Jahr 2006 (ABl. L 114 vom 27. April 2006, S. 22), indem die Intervalle für die vorgeschriebene medizinische Tauglichkeitsuntersuchung von Fluglotsen ab Erreichen des 40. Lebensjahres von 24 Monaten auf 12 Monate verkürzt werden. Eine weitere Verkürzung dieser Intervalle bei älterem Personal in der Flugsicherung auf Grundlage der vorliegenden Verordnungsermächtigung ist hiernach möglich und ausreichend.“*

**b)** Die Neufassung des § 32 Abs. 4 Nr. 4 LuftVG manifestiert den – bereits durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie die hinsichtlich der Problematik der Altersdiskriminierung veränderte Rechtslage indizierten – Befund, dass die tarifliche Altersgrenze von 55 Jahren obsolet geworden ist. Haben die Tarifvertragsparteien mit Privatisierung der Flugsicherung in „gesetzesersetzender Funktion“ die Altersgrenze für Fluglotsen fortgeschrieben, sind sie anschließend in der Starrheit des BFS-Gesetzes verhaftet geblieben und haben die Rechtsänderungen, die sich aus § 32 Abs. 4 Nr. 4 LuftVG ergeben und mit denen das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie dem Verbot der Altersdiskriminierung gemäß § 10 AGG Rechnung getragen werden soll, übergangen. Ebenso ist der ursprüngliche beabsichtigte Gleichlauf von ministerieller Verwaltungspraxis und tariflicher Altersgrenze dadurch verloren gegangen, dass die tarifliche Altersgrenze unverändert auf Vollendung des 55. Lebensjahres abstellt, während in der Verwaltungspraxis den Fluglotsen bis zu ihrem vollendeten 57. Lebensjahr erteilt wird.



c) Die in § 33 Abs. 1 SR FS-Dienste 2010 normierte Altersgrenze gibt keinen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ab. Unabhängig davon, ob man die Tarifregelung für unwirksam ansieht oder die interpretative „Verlegung“ der Altersgrenze vom vollendeten 55. auf das 57. Lebensjahr für zulässig erachtet, entfällt der gesetzlich präsumierte „Verstoß gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag“, weil es vorliegend um die Weiterbeschäftigung des Fluglotsen T. bis zur Vollendung seines 56. Lebensjahres geht.

Die Kammer hält im übrigen eine geltungserhaltende Tarifauslegung im Sinne der Hinausschiebung der Altersgrenze auf ein späteres Lebensjahr oder der Öffnung für einzelvertragliche Verlängerungsvereinbarungen für kaum vertretbar. Zunächst ließe sich ein solches Auslegungsergebnis unter Anwendung der hergebrachten Auslegungskriterien nur mühsam gewinnen. Jedenfalls scheidet die Möglichkeit der ergänzenden Auslegung daran, dass den Tarifvertragsparteien große Spielräume zur Schließung der durch den Wegfall der bisherigen Altersgrenze entstandenen Tariflücke haben und es ihnen wegen der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie überlassen bleiben muss, die von ihnen für angemessen gehaltene Regelung selbst zu finden. Ist es danach den Gerichten für Arbeitssachen verwehrt, die Regelungslücke im Rahmen des § 33 Abs. 1 SR FS-Dienste interpretativ zu schließen, kann dem nach Art. 12 Abs. 1 GG zu gewährleistenden Grundrechtsschutz nur durch die Unwirksamkeit der bisherigen in § 33 Abs. 1 SR FS-Dienste statuierten Altersgrenze entsprochen werden. Denn die Tarifvertragsparteien bewegen sich mit der Altersgrenze von 55 Jahren nur so lange im Rahmen der ihnen zustehenden Regelungsbefugnis, wie öffentlich-rechtliche Vorschriften aus Sicherheitsgründen Beschränkungen beim Einsatz von Fluglotsen nach Vollendung des 55. Lebensjahres vorsehen (vgl. BAG 17.06.2009 – 7 AZR 112/08 (A) – Rn. 29). Diese Voraussetzung ist spätestens seit der im Jahr 2009 erfolgten Neufassung des § 32 Abs. 4 Nr. 4 LuftVG entfallen.

**d)** Ist § 33 Abs. 1 SR FS-Dienste wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam, scheidet es aus, mit Erwägungen zum Gestaltungsermessen und zur Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien die Altersgrenze von 55 Jahren zu halten. Ob eine höhere Altersgrenze rechtens wäre, kann hier dahinstehen (vgl. BAG 02.06.2010 – 7 AZR 904/08 (A) – Rn. 12).

Unabhängig hiervon lässt die Altersgrenze von 55 Jahren sich nicht mit dem sog. „Kastner-Gutachten“ aus April 1998 begründen. Zum einen vermag schon die Aussage, dass „psychologische Beanspruchungen eine Tätigkeit als Lotse über das 55. Lebensjahr hinaus nicht sinnvoll erscheinen lassen“ (Seite 367 des Gutachtens), nicht die in § 33 Abs. 1 SR FS-Dienste vorgenommene Generalisierung und Typisierung zu tragen. Zum anderen haben sich seit dem im Gutachten zugrunde gelegten Beurteilungszeitraum die Arbeitsbedingungen der Fluglotsen wesentlich verändert, etwa auch durch die die Senkung der „Nettoarbeitszeit“ auf 25 Wochenstunden. Schließlich ist nicht ersichtlich, dass das Gutachten dem aktuellen Stand der arbeitsmedizinischen Wissenschaft entspricht. Wenn – wie hier – Tarifvertragsparteien in einem Haustarifvertrag eine die Regelaltersgrenze und öffentlich-rechtliche Erlaubnisse unterschreitende berufsspezifische Altersgrenze normieren wollen, obliegt ihnen regelmäßig die Beibringung aktueller und aussagekräftiger Gutachten, die dem anerkannten Stand der Wissenschaft entsprechen und auf repräsentativen empirischen Untersuchungen beruhen. In älteren Gutachten enthaltene Empfehlungen sind ungeeignet, die Einführung bzw. Beibehaltung einer starren Altersgrenze zu rechtfertigen. Nach dem Vortrag der Arbeitgeberin (Seite 24 des Schriftsatzes vom 17.09.2010) ist es zudem so, dass ältere Fluglotsen aufgrund ihrer Erfahrung in „Gefährdungssituationen“ besonders gut und sachgerecht zu reagieren pflegen und keine Statistiken oder Erfahrungswerte existieren, die eine höhere Fehlerhäufigkeit über 55-jährige Fluglotsen gegenüber jüngeren Fluglotsen belegen.

Im Bereich der Flugsicherung ist zudem durch die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 u. 5, Satz 3 LufTVG i.Vm. § 26 f. der „Verordnung über das

erlaubnispflichtige Personal der Flugsicherung und seine Ausbildung „FSPersAV“ vom 17.10.2008 das im Interesse der Sicherheit des Flugverkehrs bestehende öffentliche Interesse an der Tauglichkeit des einzelnen Fluglotsen gewährleistet. Einer im Einzelfall nachlassenden Leistungsfähigkeit könnte überdies auch tarifvertraglich durch anlassbezogene oder turnusmäßige Tauglichkeitsuntersuchungen und Gesundheitsprüfungen ausreichend und angemessen Rechnung getragen werden (vgl. auch BAG 06.11.1997 – 2 AZR 801/96 – Rn. 13 ff., BAG 15.06.2004 – 9 AZR 483/03 – Rn. 66 ff.).

Ob es der Gesundheit des einzelnen Arbeitnehmers zuträglich ist, ab einem bestimmten Lebensalter einer physisch oder psychisch anstrengenden Berufstätigkeit weiter nachzugehen, ist seiner persönlichen Entscheidung über die berufliche und private Lebensgestaltung überlassen. Es steht insoweit den Tarifvertragsparteien nicht zu, durch Altersgrenzen den Arbeitnehmer zu bevorzugen.

Der Hinweis des Betriebsrats auf tarifliche Altersgrenzen für Cockpit- und Kabinenpersonal in Luftfahrtunternehmen ist unergiebig, weil zum einen die Altersgrenzen dort höher und auch umstritten sind (vgl. BAG 23.06.2010 – 7 AZR 1021/88 – Rn. 16, 19) und zum anderen die Arbeitsbelastung und Arbeitsbedingungen (zB. bezüglich der Höhenstrahlung) andersartig sind und keine „Parallelwertung“ hinsichtlich einer für Fluglotsen erforderlichen pauschalen Altersgrenze zulassen.

**e)** Das Arbeitsgericht hat zu Recht im Einklang mit der Rechtsprechung (BAG 14.12.2004 – 1 ABR 54/03 – Rn. 17, BAG 27.10.2010 – 7 ABR 86/09 – Rn. 23) erkannt, dass die dem Mitarbeiter T. zugesagte übertarifliche Zulage keinen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG abgibt. Überdies ist nach Lage der Dinge davon auszugehen, dass die Zulage im Rahmen der individuellen Lohngestaltung vereinbart wurde und nicht auf einer durch die Arbeitgeberin getroffenen Entscheidung kollektiver Regelungsfragen beruhte.

2. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 BetrVG ist ebenfalls nicht gegeben. Die Beschwerde setzt sich schon nicht mit den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts auseinander (Seite 11 f. der Beschwerdebegründung). Im Übrigen fällt der Verweigerungsgrund aus Nr. 3 deshalb aus, weil sich der Betriebsrat im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG nur auf die Gründe, die er in beachtlicher Weise innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG geltend gemacht hat, berufen kann und mit dem Nachschieben neuer Gründe ausgeschlossen ist (BAG 21.07.2009 – 1 ABR 35/08 – Rn. 19). Der Betriebsrat hat in dem Beschluss vom 22.06.2009 keine iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG beachtlichen Besorgnisse geäußert.

II. Das Arbeitsgericht hat die Gegenanträge des Betriebsrats im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

1. Das Gericht hat den auf § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gestützten Antrag des Betriebsrats für zulässig erachtet, während es den Antrag der Arbeitgeberin nach § 100 Abs. 3 Satz 3 BetrVG mit der Begründung abgewiesen hat, dass das Feststellungsinteresse für diesen Antrag fehle, solange das Arbeitsgericht nicht – auf den Gegenantrag des Betriebsrats hin – festgestellt habe, dass die vorläufige Einstellung offensichtlich nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sei. Denn der Arbeitgeber dürfe nach der rechtzeitigen Stellung des Zustimmungs- und des Feststellungsantrages die vorläufige Einstellung solange beibehalten, wie das Arbeitsgericht nicht ausdrücklich festgestellt habe, dass diese Maßnahme offensichtlich aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war.

2. Dieser Begründung vermag die Kammer nicht zu folgen.

a) § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG schreibt ausdrücklich vor, dass der Arbeitgeber für den Fall der vorläufigen Durchführung der Personalmaßnahme den Betriebsrat unterrichtet und des vom Betriebsrat erklärten Bestreitens der sach-

lichen Dringlichkeit innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht den Feststellungsantrag stellen muss und nur unter dieser Prämisse die vorläufige Personalmaßnahme aufrechterhalten darf. Damit begründet das Gesetz selbst die Antragsobliegenheit und das erforderliche Feststellungsinteresse.

**b)** Die Gesetzesregelung macht Sinn. Das dem Arbeitgeber auferlegte Gebot, sowohl den Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG als auch den Feststellungsantrag zu stellen, soll verhindern, dass der Arbeitgeber entweder den Streit auf die Wirksamkeit der vorläufigen Maßnahme beschränkt und die Frage, ob der Betriebsrat einen Zustimmungsverweigerungsgrund hat, in der Schwebe lässt (BAG 15.09.1987 – 1 ABR 44/86 – Rn. 34) oder den Streit auf die Wirksamkeit der Zustimmungsverweigerung fokussiert und die Entscheidung über den Feststellungsantrag verzögert, weil er die vorläufige Personalmaßnahme so lange durchführen dürfte, bis das Arbeitsgericht ausdrücklich rechtskräftig feststellt, dass die vorläufige Maßnahme offensichtlich aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich gewesen sei (vgl. BAG 18.10.1988 – 1 ABR 36/87 – Rn. 6 f.; dazu Matthes DB 1989, 1287).

**c)** Weiter folgert das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung aus der Bestimmung des § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, dass der Feststellungsantrag der Arbeitgeberin nur dann nicht begründet sei, wenn "offensichtlich die Maßnahme aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich" gewesen sei (BAG 07.11.1975 – 1 ABR 55/75 – Rn. 29). Dabei stehe die bloße Abweisung des Feststellungsantrages des Arbeitgebers einer iSv. § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ausdrücklichen Feststellung des Gerichts nicht gleich (BAG 18.10.1988 – 1 ABR 36/87 – Rn. 6). Hieraus wird für die gerichtliche Praxis der Schluss gezogen, dass, wenn die vorläufige Einstellung offensichtlich nicht dringlich gewesen sei, das Arbeitsgericht den Feststellungsantrag des Arbeitgebers nicht lediglich abweisen dürfe, sondern im Tenor positiv aussprechen müsse, dass die vorläufige Einstellung offensichtlich aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war. Fehle es an der offensichtlichen Nichtdringlichkeit, sei dem An-

trag stattzugeben (MünchArbR/Matthes, 3. Aufl., § 263 Rn. 108, Richardi/Thüsing, BetrVG, 12. Aufl., § 100 Rn. 40).

Vorliegend kann dahinstehen, ob die in § 100 Abs. 3 BetrVG beschriebenen Rechtsfolgen nur eintreten, wenn das Arbeitsgericht die offensichtliche Nichtdringlichkeit austenoriert hat, oder ob hierfür die Heranziehung der Beschlussgründe in Verbindung mit dem antragabweisenden Beschlusstenor genügen könnte. Denn die mit § 100 Abs. 3 BetrVG verbundenen Fragen der Tenorierung und der Rechtsfolgen (dazu GK-BetrVG/Raab, 12. Aufl., § 100 Rn. 44 ff., DKK/Kittner/Bachner, BetrVG, 12. Aufl., §§ 99, 100, Rn. 39 ff., HWSGN, BetrVG, 7. Aufl., § 100 Rn. 36) ändern nichts daran, dass das Gesetz dem Arbeitgeber die Antragstellung nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG sowie die Herbeiführung einer für ihn gegenüber § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG günstigen Gerichtsentscheidung abverlangt. Versäumt der Arbeitgeber die Durchführung des Verfahrens nach § 100 BetrVG mit der frist- und formgerechten Antragstellung nach Abs. 2 Satz 3, kann der Betriebsrat nach § 101 Satz 1 BetrVG die Aufhebung der vorläufigen Einstellung verlangen. Der Gesetzgeber hat in § 101 BetrVG die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die prozeduralen Anforderungen des § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG ausdrücklich geregelt (BAG 23.06.2009 – 1 ABR 23/08 – Rn. 18 f., GK-BetrVG/Raab, § 100 Rn. 50, ErfK/Kania, 11. Aufl., § 101 BetrVG Rn. 1 HzA/Etzel, Gr. 19, Rn. 792, Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl., § 241 Rn. 69 f.). Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf ist insoweit der allgemeinen Meinung gefolgt (LAG Düsseldorf 30.10.2008 – 15 TaBV 114/08 – Rn. 79 f.).

**d)** Indem § 101 BetrVG die Abwehrrechte des Betriebsrates festlegt ist ein Gegenantrag des Betriebsrats nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht nur entbehrlich (so Fitting, § 100 Rn. 13 a.E.), sondern mangels Feststellungsinteresses unzulässig, denn das Arbeitsgericht hat „von Amts wegen“ (Fitting, BetrVG, 25. Aufl., § 100 Rn. 13 a.E.) über die Tenorierung nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu befinden (unklar BAG 10.03.2009 – 1 ABR 93/07 – Rn. 49 f.). Der „Gegenantrag“ kann lediglich die Anregung an das Gericht sein, dies zu beach-

ten. Er ist jedoch kein selbständiges (Gegen-)Angriffsmittel des Betriebsrats und demzufolge unzulässig (vgl. auch BAG 26.06.1990 – 1 AZR 454/89 – Rn. 15 ff.).

Der Gesetzgeber zielt mit der dem Arbeitgeber nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG auferlegten Antragstellung darauf ab, dem Arbeitgeber die Herbeiführung einer Gerichtsentscheidung über die vorläufig durchgeführte Personalmaßnahme abzuverlangen und erwartet von den Gerichten in allen Instanzen, dass sie alsbaldig und ggf. vorab den Feststellungsantrag bescheiden. Die Vorschrift steht im Kontext einer dezidierten Gesetzesregelung zur mitbestimmten Durchführung personeller Einzelmaßnahmen und verbietet grundsätzlich judikative Korrekturen, die mit unglücklicher Gesetzesformulierung oder rechtspolitischen defizitärem Rechtsschutz begründet oder rechtlich frei geschöpft werden. Wenn der Gesetzgeber in § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG – anders als in § 99 Abs. 4, § 100 Abs. 2 Satz 3 und § 101 BetrVG – von der Normierung eines Antragsrechts abgesehen hat, ist seine Entscheidung zu respektieren. Damit hat der vom Betriebsrat gestellte Gegenantrag keine Grundlage (zutr. Hamacher/Buschkröger, Antragslexikon Arbeitsrecht, S. 263 f.).

**3.** Hat das Arbeitsgericht von Amts wegen über die Feststellung nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu entscheiden, ist ein entsprechender (Gegen)Antrag des Betriebsrats unzulässig und stellt lediglich die Anregung an das Gericht dar, die Vorschrift nicht zu übergehen. Weist das Gericht den Feststellungsantrag des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, ohne im Tenor oder in den Gründen die Feststellung nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auszusprechen, ist die Entscheidung lückenhaft. Bei versehentlicher Lückenhaftigkeit hat der Betriebsrat die nachträgliche Ergänzung des Beschlusses gemäß § 321 ZPO zu beantragen (BAG 10.03.2009 – 1 ABR 93/07 – Rn. 21). Hat das Arbeitsgericht bewusst keine Feststellung nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG getroffen, ist der Betriebsrat durch den Beschluss beschwert und kann das Beschwerdegericht anrufen, um die Feststellung gemäß § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu erreichen.

So verhält es sich hier. Das Arbeitsgericht hat mit der Zurückweisung des Gegenantrags zu 2) und der dafür gegebenen sachlichen Begründung bewusst die (amtswegige) Feststellung nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht getroffen. Damit ist die Beschwerde des Betriebsrats zulässig (vgl. GMPM/Matthes, ArbGG, 7. Aufl., § 89 Rn. 8).

4. Das Arbeitsgericht hat in der Sache zutreffend erkannt, dass eine offensichtliche Nichtdringlichkeit der vorläufigen Einstellung des Fluglotsen T. nicht feststellbar sei.

Im Anschluss an den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 07.11.1977 (– 1 ABR 55/75 – Rn. 29) ist es herrschende Rechtsauffassung, dass das Merkmal "offensichtlich" eine grobe Verkennung der sachlich-betrieblichen Notwendigkeit der vorläufigen Durchführung der Personalmaßnahme seitens des Arbeitgebers erfordert und dabei von der Sicht des Arbeitgebers zum Zeitpunkt der Durchführung der als dringlich angesehenen Maßnahme auszugehen ist (Fitting, § 100 BetrVG, Rn. 14). Dieser Auffassung ist das Landesarbeitsgericht Düsseldorf gefolgt (LAG Düsseldorf 30.10.2008 – 15 TaBV 114/08 – Rn. 82). Hieran gemessen ist die vorläufige Einstellung des Fluglotsen T. nicht zu beanstanden. Im Bereich der im Tower Düsseldorf eingesetzten Fluglotsen herrscht eine auf absehbare Zeit nicht behebbare Personalknappheit mit der Folge, dass in erheblichem Umfang Überstunden verfahren werden müssen. Die Weiterbeschäftigung des Fluglotsen T. mindert die Zahl der sonst von der übrigen Belegschaft zu leistenden Überstunden und ist daher nicht nur aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Belegschaft, sondern auch und gerade deshalb angezeigt, um dem durch den Einsatz überlasteter Fluglotsen erhöhten Sicherheitsrisiko bei der Luftverkehrsüberwachung entgegenzuwirken. Der Einwand des Betriebsrats, dass der Arbeitslauf im Düsseldorfer Tower reibungslos mit Überstunden durchzuführen sei, läuft demgegenüber darauf hinaus, den Umfang der zu leistenden Überstunden zu konservieren, dies womöglich im Interesse von Fluglotsen an der Überstundenvergütung, und/oder um eigene personalpolitische Vorstellungen zur Geltung zu bringen bzw. die Arbeitgeberin



für eine in der Vergangenheit unzulängliche Nachwuchsrekrutierung büßen zu lassen. Mit solchen Beweggründen kann der Betriebsrat in der Offensichtlichkeitsprüfung nach § 100 Abs. 2 u. 3 BetrVG nicht durchdringen und die vorläufige Einstellung des Mitarbeiters T. zu Fall bringen.

**5.** Da der Betriebsrat weder in der Beschwerdebegründung noch im Anhörungstermin die Auslegung des Antrags in einen solchen nach § 101 Satz 1 BetrVG reklamiert hat (vgl. Hessisches LAG 27.05.2008 – 4 TaBV 288/07 – Rn. 19 ff.), erübrigt sich die Prüfung der Zulässigkeit einer etwaigen Antragsänderung und der Begründetheit des Aufhebungsanspruchs.

**6.** Da das Gericht nicht die Feststellung gemäß § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu treffen vermochte, ist der hierauf gründende Antrag zu 3), mit dem der Arbeitgeberin die Verhängung ein Zwangsgeld angedroht werden soll, nicht mehr zur Entscheidung angefallen.

Im übrigen kann der Antrag nicht zum Gegenstand des Erkenntnisverfahrens gemacht werden. Der Antrag auf Androhung und Verhängung von Zwangsgeld kann nach zutreffender höchstrichterlicher Judikatur (BAG 02.06.2008 – 3 AZB 24/08 – Rn. 5) nicht Teil des Erkenntnisverfahrens sein, sondern betrifft eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung iSv. § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. Das gilt für das nach § 23 Abs. 3 BetrVG angedrohte und festgesetzte Ordnungsgeld ebenso wie das Zwangsgeld gemäß § 101 Satz 2 BetrVG, mit dem der Arbeitgeber nach einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung angehalten werden kann, die Personalmaßnahme aufzuheben. Über die beantragte Androhung Festsetzung von Zwangsmitteln hat nicht das Gericht in der Kammerbesetzung des Erkenntnisverfahrens zu befinden, sondern der Vorsitzende durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung (GK-ArbGG/Vossen, § 85 Rn. 31, Wlotzke/Preis/Kreft, BetrVG 3. Aufl. § 23 Rn. 75, DKK/Kittner/Bachner, § 101 BetrVG Rn. 15, ErfK/Kania, § 101 BetrVG Rn. 6).

**C.** Für das Beschwerdeverfahren fallen gemäß § 2 Abs. 2 GKG keine Gerichtskosten an.

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nach § 92 Abs. 1 Satz 2, § 72 Abs. 2 ArbGG nicht veranlasst. Wegen der Nichtzulassungsbeschwerde wird der Betriebsrat auf die Voraussetzungen nach § 92 a ArbGG hingewiesen.

Dr. Plüm

Mülders

Iffländer