LArbG München, Urteil v. 26.08.2021 – 3 SaGa 13/21

Titel:

Anordnung einer Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Homeoffice – Weisungsrecht des Arbeitgebers

Normenketten:

GG Art. 2 Abs. 2 S. 1
BGB § 134, § 241 Abs. 2 S. 1, § 315 Abs. 1, Abs. 3, § 612a, § 618
AGG § 1, § 3 Abs. 1, Abs. 2, § 7 Abs. 1, § 22
GewO § 106
ZPO § 940
SARS-CoV-2-ArbSchV § 2 Abs. 4

Leitsätze:

1. Gestattet ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, seine Tätigkeit als Grafiker von zuhause aus zu erbringen, ist er gemäß § 106 Satz 1 GewO berechtigt, seine Weisung zu ändern, wenn sich später betriebliche Gründe herausstellen, die gegen eine Erledigung von Arbeiten im Homeoffice sprechen. (Rn. 34 – 36)
2. Ein Arbeitnehmer hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, an seinem Wohnsitz seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zu erbringen. (Rn. 56 und 57)
3. Es fehlt an der Eilbedürftigkeit einer Regelung zur Arbeit von zuhause aus, wenn es der Verfügungskläger versäumt, seinen Antrag zeitnah im Hauptsacheverfahren durchzusetzen und der nunmehr anberaumte, auf Antrag seiner Verfahrensbevollmächtigten zweimal verlegte Kammertermin im Hauptsacheverfahren in acht Wochen stattfindet, wovon der zweifach geimpfte Verfügungskläger bei niedriger Inzidenz der SARS-Cov-2 Pandemie drei Wochen Urlaub hat und in einem Einzelbüro arbeitet. (Rn. 59 und 60)
Ein subjektives Recht des Arbeitnehmers, die Arbeitsleistung von zuhause zu erbringen, ergibt sich nicht aus der Bestimmung in § 2 Abs. 4 SARS-CoV-2-ArbSchVO. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Homeoffice, Weisungsrecht, Abänderung, billiges Ermessen, Anspruch auf Homeoffice, Verfügungsgrund, einstweilige Verfügung, Direktionsrecht

Vorinstanz:

ArbG München, Endurteil vom 08.04.2021 – 32 Ga 33/21

Fundstellen:

AuR 2021, 430
ZIP 2021, 2404
EWiR 2021, 764
RDV 2021, 347
LSK 2021, 24217
COVuR 2021, 620

Tenor

Die Berufung des Verfügungsklägers gegen das Urteil des Arbeits gerichts München vom 08.04.2021 - 32 Ca 33/21 - wird kosten pflichtig zurückgewiesen.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten im Wege des Eilverfahrens über die Berechtigung des Verfügungsklägers, an seinem Wohnsitz arbeiten zu dürfen.

2

Der am 00.00.0000 geborene Verfügungskläger ist seit dem 00.00.0000 bei der Verfügungsbeklagten aufgrund des Arbeitsvertrags vom 00.00.0000 als Grafiker in Vollzeit gegen eine monatliche Bruttovergütung von 3.650,00 € beschäftigt. Er lebt zusammen mit seiner zweimal an Krebs erkrankten Ehefrau, die zuhause freiberuflich als Grafikerin tätig ist. Bei der Verfügungsbeklagten sind ein Geschäftsführer und eine weitere Mitarbeiterin tätig. Darüber hinaus arbeitet der Verfügungskläger eng mit ca. 15 Mitarbeitern der Z zusammen. Seit Dezember 2020 arbeiten die Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten und der Z aufgrund Erlaubnis des personenidentischen Geschäftsführers an ihrem jeweiligen Wohnort mit Ausnahme des Sekretariats, das im eingeschränkten Umfang vor Ort im Büro in CStadt ist. Während der Tätigkeit zuhause führte der Verfügungskläger seine Arbeiten an dem im Eigentum seiner Ehefrau stehenden Laptop und unter Nutzung einer auf die Ehefrau zugelassenen Grafiklizenz für mehrere Arbeitsplätze aus. Diese Software ist über Apple Cloud stets auf dem aktuellen Stand, wohingegen die Technik der Verfügungsbeklagten auf dem Stand von ca. 2010 ist. Bei der Speicherung von zuhause erbrachten Grafikleistungen des Verfügungsklägers im Büro der Verfügungsbeklagten kommt es deshalb zu einem „downgrade“, d. h. zu einer Herabstufung. Dies kann zu einem Verlust bestimmter Eigenschaften führen.

3
Der Verfügungskläger meldete sich während der Homeofficezeit anfangs zur Arbeit elektronisch an und ab, aber stellte diese Meldungen zu einem nicht näher mitgeteilten Zeitpunkt ein. Am 26.01., 02.02, 09.02, 16.02. und 23.02.2021 fanden virtuelle Mitarbeitermeetings statt, an denen der Verfügungskläger trotz Einladung ohne Angabe von Gründen nicht teilnahm.

4
Der Verfügungskläger teilte dem Verfügungsbeklagten am 23.02.2021 mit, dass er sein Arbeitsverhältnis auch nach Eintritt in das Rentenalter am 01.03.2021 fortsetzen wolle.

5
Mit zwei Schreiben vom 24.02.2021 mahnte die Verfügungsbeklagte den Verfügungskläger wegen Verstoßes gegen die An- und Abmeldepflicht und wegen unentschuldigten Fehlens bei den virtuellen Mitarbeitermeetings ab (vgl. Bl. 9 u. 10 d. A.). Darüber hinaus ordnete die Verfügungsbeklagte gegenüber dem Verfügungskläger mit Email vom 24.02.2021, 08:44 Uhr, die Anwesenheitspflicht im Büro in C-Stadt zu den Bürozeiten 09:00 - 18:00 Uhr mit entsprechender Mittagspause an. Der Verfügungskläger solle sich täglich in das Anwesenheitsbuch mit exakter Zeitangabe zu Ankunft und Verlassen eintragen. Es seien die täglich erledigten Arbeitsaufgaben zu dokumentieren und die Arbeitsaufgaben des Folgetages bis 10:00 Uhr per Email dem Geschäftsführer mitzuteilen (vgl. Bl. 42 d. A.).

6
Mit Email vom 01.03.2021 erklärte der Verfügungskläger, er habe an den Onlinemeetings nicht teilgenommen, weil er dies seit Beginn seines Arbeitsverhältnisses nicht getan, seine Anwesenheit dort nicht erforderlich gewesen und ihm eine Teilnahme auch nicht sinnvoll erschienen sei, da er keinem festen Team zugehörig sei. Er habe angenommen, die Einladungen ab Januar 2021 erfolgten rein informativ. Auch nachdem seine Abwesenheit aufgefallen sein müsste, habe er keine Aufforderung zur Teilnahme erhalten. Zukünftig werde er an den Mitarbeitermeetings teilnehmen. Es träfe zu, dass er sich während der Homeofficetätigkeit nach einer Anfangszeit nicht mehr explizit an- und abgemeldet habe, was er zukünftig tun werde. Er sei jedoch stets tätig und erreichbar gewesen.

7
Mit Klageschrift vom 19.03.2021 an das Arbeitsgericht München zum AZ: 13 Ca 2804/21 hat der Verfügungskläger nach vergeblicher außergerichtlicher Mahnung vom 03.03.2021 Zahlung rückständiger Vergütung für Dezember 2020 sowie Februar 2021 verlangt. Mit Schriftsatz vom 21.04.2021 hat der Verfügungskläger klageerweiternd begehrt, die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, ihm ab sofort das Arbeiten aus dem Homeoffice zu gestatten und diese Homeoffice-Tätigkeit nur in Ausnahmefällen - sofern die Anwesenheit im Büro tatsächlich erforderlich sei - zu unterbrechen, und festzustellen, dass die Anweisung vom 24.02.2021, wonach der Kläger nicht mehr im Homeoffice tätig sein dürfe, unwirksam sei. Durch Teilversäumnisurteil vom 27.04.2021 wurde der Verfügungsbeklagte zur Zahlung der eingeklagten Beträge verurteilt. In der Folge kam es zu weiteren Klageerweiterungen und einer Teilerledigterklärung. Ein Verhandlungstermin ist nach jeweils zwei Terminsverlegungsanträgen der Prozessbevollmächtigten des

Verfügungsklägers und der Verfügungsbeklagten auf den 12.10.2021 anberaumt worden. Der Verfügungskläger nimmt im September 2021 drei Wochen Urlaub.

8
Mit seinem hiesigen Antrag vom 21.03.2021 hat der Verfügungskläger von der Verfügungsbeklagten die Gestattung, aus dem Homeoffice heraus zu arbeiten, begehrt. Der Verfügungskläger habe Anspruch auf Tätigkeit im Homeoffice. Dieser ergebe sich aus § 2 Abs. 4 SARS-CoV-2-ArbSchV in der Fassung vom 21.01.2021. Zwingende betriebsbedingte Gründe stünden einer Homeoffice-Tätigkeit nicht entgegen, wie sich im Rahmen der Tätigkeit von Dezember 2020 bis Februar 2021 gezeigt habe. Die Verfügungsbeklagte habe vor Dezember 2020 Kenntnis von der technischen Ausstattung des Homeoffice-Arbeitsplatzes des Verfügungsklägers gehabt. Die Eigentumsverhältnisse an der technischen Ausstattung seien unschädlich. Seine Ehefrau nutze den Laptop „derzeit“ nicht. Die Dateien des Verfügungsklägers seien stets passwortgeschützt und vor dem Zugriff Dritter geschützt. Die Daten würden ausschließlich auf die externe Festplatte des Verfügungsklägers abgespeichert werden. Die Kollegen, mit denen er zusammenarbeite, seien weitgehend im Homeoffice tätig. Seine Tätigkeit im Homeoffice sei seit Dezember 2020 nur unterbrochen worden, wenn dies technisch notwendig gewesen sei. Es sei Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer mit den notwendigen Arbeitsmitteln für eine Tätigkeit im Homeoffice auszustatten. Die Anweisung der Verfügungsbeklagten vom 24.02.2021 verstoße zudem gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB und stelle eine Altersdiskriminierung da. Überdies verstoße die Anordnung der Anwesenheit im Büro gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

9
Der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund liege vor. Es sei ihm das Abwarten eines Hauptsacheverfahrens aufgrund des Ansteckungsrisikos, dem er sich täglich durch den Arbeitsweg von seinem Wohnort in A-Stadt ins Büro in CStadt sowie die dortige Anwesenheit im Büro und während der Mittagspausen aussetze, nicht zumutbar. Wegen seines Alters bestehe für ihn ein erhöhtes Risiko eines schweren SARS-CoV-2-Verlaufs. Auch setze er seine Ehefrau und seinen Sohn, die beide Risikopatienten seien und mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebe, einem erhöhten Ansteckungsrisiko aus. Wenn seine Ehefrau das Auto zwingend benötige, müsse er die öffentlichen Verkehrsmittel nutzen.

10
Der Verfügungskläger hat erstinstanzlich beantragt,

die Antragsgegnerin zu verurteilen, dem Antragssteller ab sofort das Arbeiten aus dem Homeoffice zu gestatten und diese Homeoffice-Tätigkeit nur in Ausnahmefällen - sofern die Anwesenheit im Büro tatsächlich erforderlich ist - zu unterbrechen.

11
Die Verfügungsbeklagte hat erstinstanzlich beantragt,

den Antrag des Verfügungsklägers zurückzuweisen.

12
Es sei aus zwingenden betriebsbedingten Gründen erforderlich, dass der Verfügungskläger seine Tätigkeit im Büro erledige. Nur dort habe er die technische Ausstattung in der Spezifikation, wie er sie zur Erfüllung seiner Aufgaben benötige. Der Verfügungsbeklagten sei erst im Zusammenhang mit der Aufforderung an den Verfügungskläger, eine Übergabe seiner Dateien an einen anderen Mitarbeiter einer anderen Firma vorzubereiten und durchzuführen, zur Kenntnis gelangt, dass die Dateien, die er auf dem Rechner der Ehefrau erstelle, jeweils aufwändig umformatiert, runtergerechnet und weitergehend behandelt werden müssten, um im System der Firma genutzt werden zu können. Auch könne der Verfügungskläger gar nicht durchgängig zuhause arbeiten, da seine als freie Grafikerin tätige Ehefrau ebenfalls ihre Aufträge ausführen müsse und sich beide den Rechner dann teilen müssten. Darüber hinaus ergebe sich ein gravierendes Datenschutzproblem, weil die Arbeiten auf einem fremden Rechner durchgeführt werden müssten. Es entziehe sich der Kenntnis des Verfügungsbeklagten, wie die Datenschutzmaßnahmen bei der Ehefrau des Verfügungsklägers aussähen. Die Verfügungsbeklagte unterhalte ein aufwendiges Firewall- und Datenschutzsystem. Der Verfügungskläger habe die Geschäftsleitung über die Zustände seit Beginn der Homeoffice-Zeiten im Unklaren gelassen und auf Rückfragen beteuert, es sei alles in Ordnung und er habe selbst das Equipment, mit dem er sich ins Firmennetzwerk einwählen könne, und arbeite unter den entsprechenden Sicherheitsbedingungen sowie in der firmeneigenen technischen Generation. Darüber

hinaus bestehe ein kompletter Vertrauensverlust im Hinblick auf die Arbeitszeiten und die persönliche Auslastung des Verfügungsklägers. Anrufe seien nicht beantwortet und Emails nicht oder deutlich verspätet beantwortet worden. Es habe darüber viele unangenehme Gespräche gegeben. Es läge keine Maßregelung vor, sondern nur ein enger zeitlicher Zusammenhang mit der Mitteilung des Verfügungsklägers, über das Renteneintrittsalter hinaus arbeiten zu wollen. Am Dienstag, den 23.02.2021 habe der Verfügungskläger erneut trotz mündlicher Aufforderungen nicht an dem Mitarbeitermeeting teilgenommen, weshalb die Anwesenheitspflicht des Verfügungsklägers im Büro angeordnet worden sei. Es treffe nicht zu, dass der Verfügungskläger an diesen Meetings nie teilgenommen habe. Im Übrigen bestätige seine Stellungnahme vom 01.03.2021, dass er die Anweisungen nicht befolgt habe.

13
Die Dringlichkeit für eine vorläufige Entscheidung sei nicht gegeben. Der Verfügungskläger könne jederzeit auf Antrag seine Zeiten der An- und Abreise zum Arbeitsplatz so legen, dass er besonders ruhige Zeiten nutze. Ein mögliches Gesundheitsrisiko habe er nicht vorgebracht. Es gebe ein Hygienekonzept. Die Verfügungsbeklagte hat erstinstanzlich bestritten, dass der Sohn in häuslicher Gemeinschaft mit dem Verfügungskläger lebe und eine Erkrankung habe.

14
Das Arbeitsgericht München hat durch Urteil vom 08.04.2021 - 32 Ga 33/21 - den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Es fehle sowohl an einem Verfügungsanspruch als auch an einem Verfügungsgrund. Ein Anspruch auf Arbeiten aus dem Homeoffice sehe der Arbeitsvertrag nicht vor. Ein solcher folge auch nicht aus § 2 Abs. 4 SARS-CoV-2-ArbSchV. Aus § 106 S. 1 GewO lasse sich keine Pflicht der Verfügungsbeklagten zur Ausübung des Direktionsrechts in der gewünschten Weise herleiten. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht sei Sache des Arbeitgebers. Die allgemeine Gefahr, sich auf dem Weg zur Arbeit mit Covid-19 anzustecken, reiche alleine nicht aus. Der Vortrag des allgemeinen Infektionsrisikos am Arbeitsort und in der Mittagspause stellten gleichfalls keine ausreichenden Gründe dar, die gegen eine Ausübung des Direktionsrechts bezüglich des Arbeitsortes im Rahmen billigen Ermessens sprächen. Soweit die Verfügungsbeklagte bei Ausübung ihres Direktionsrechts die Verpflichtungen aus § 618 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen habe, fehle es an einem Vortrag des Verfügungsklägers dazu, worin sein Gesundheitsrisiko durch die Anwesenheit am Arbeitsplatz liegen solle. Auch die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gebiete nicht, dass der Verfügungskläger seine Tätigkeit nur im Homeoffice und nicht im Büro ausüben könne. Hinzu käme, dass selbst in Fällen der Konkretisierung der Ausübung des Direktionsrechts durch die Rücksichtnahmepflicht kein Anspruch auf eine Ersetzung der Ermessensentscheidung im Rahmen des Direktionsrechts nach § 106 S. 1 GewO bestehe. Die richterliche Ersatzbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB scheide im Anwendungsbereich des § 106 GewO aus, weil sie unzulässigerweise in die Organisationshoheit des Arbeitgebers eingreifen würde. Soweit der Entzug des Homeoffice am 24.02.2021 gegen das Maßregelungsverbot verstoßen würde, würde sich hieraus nur die Unverbindlichkeit der Anweisung, nicht aber ein Anspruch auf Gestattung der Tätigkeit im Homeoffice ergeben. Gleiches gelte bezüglich einer möglichen Altersdiskriminierung. Für einen Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz fehle es an einem ausreichenden Vortrag des Verfügungsklägers. Darüber hinaus liege ein Verfügungsgrund nicht vor. Es sei nicht vorgetragen worden, worin das Infektionsrisiko durch die Anwesenheit am Arbeitsplatz und in den Mittagspausen bestehe. Der Vortrag, dass teilweise das Auto nicht genutzt werden könne, weil die Ehefrau dies zwingend benötige, sei zu vage. Das genaue Gesundheitsrisiko durch eine mögliche Covid-19-Erkrankung sei weder für den Verfügungskläger noch für die Ehefrau noch für den Sohn konkret vorgetragen worden. Eine einstweilige Verfügung, die einen Anspruch auf Tätigkeit im Homeoffice gewähre, habe zudem nicht nur eine sichernde, sondern bereits eine teilweise befriedigende Wirkung bis zur Entscheidung der Hauptsache.

15
Gegen dieses, seiner Verfahrensbevollmächtigten am 17.04.2021 zugestellte Urteil hat der Verfügungskläger am 29.04.2021 Berufung beim Landesarbeitsgericht München eingelegt und diese am 22.05.2021 begründet.

16
Bei der Ausübung des Direktionsrechts ergebe sich aus § 2 Abs. 4 SARS-Cov-2 ArbSchV im vorliegenden Einzelfall eine Ermessensreduzierung auf Null in Gestalt eines subjektiven Anspruchs des Verfügungsklägers auf Homeoffice-Tätigkeit. Das Recht des Verfügungsklägers auf körperliche Unversehrtheit sei bei der Ausübung des Direktionsrechts zu berücksichtigen. Hinsichtlich der

Darlegungslast einer Ansteckungsgefahr stelle das Arbeitsgericht völlig überzogene Anforderungen, weil niemand wisse, wo das Ansteckungsrisiko lauere. Die Fahrt zum Arbeitsplatz und der Gang ins Büro sowie im Büro seien notwendigerweise mit Kontakten verbunden. Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot könne das Gericht zu einem Eingriff in das Direktionsrecht des Arbeitgebers berechtigen bzw. habe zur Folge, dass die Anweisung zur Rückkehr aus dem Homeoffice unwirksam und damit unverbindlich sei. Der Widerruf der Homeoffice-Regelung sei am folgenden Tag nach der Mitteilung an die Verfügungsbeklagte erfolgt, dass der Verfügungskläger trotz Eintritt des Rentenalters sein Arbeitsverhältnis fortsetzen werde. Dem Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten sei nicht bewusst gewesen, dass der Arbeitsvertrag des Verfügungsklägers nicht mit dem Renteneintritt enden würde; noch in den vorangegangenen Tagen habe er die „Übergabe“ organisieren wollen. Die Verfügungsbeklagte versuche den Verfügungskläger durch die Maßregelung von seinem Entschluss, an dem Arbeitsverhältnis festzuhalten, abzubringen. Der aus der Altersdiskriminierung folgende Schadensersatz in Form einer Naturalrestitution bestehe darin, dass die Altersdiskriminierung nicht durchgesetzt werden könne und der Verfügungskläger weiterhin im Homeoffice verbleibe. Schließlich folge ein Anspruch auf Tätigkeit aus dem Homeoffice aus der nichtgerechtfertigten Ungleichbehandlung des Verfügungsklägers. Er sei mit den anderen Mitarbeitern, denen Homeoffice gestattet sei, vergleichbar. Es habe für die Verfügungsbeklagte keinen Vorzug, wenn sich der Verfügungskläger im Büro befinde.

17
Ein Verfügungsgrund sei ebenfalls zu bejahen, weil die Infektionsgefahr und ihre unwiderruflichen Folgen eine Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigten. Die Anforderungen an den Nachweis des Ansteckungsrisikos seien überspannt worden.

18
Der Verfügungskläger beantragt unter Rücknahme seiner übrigen Anträge,

1. das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 08.04.2021 - 32 Ga 33/21 - abzuändern und

2. die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, es dem Verfügungskläger zu gestat ten, im Homeoffice tätig zu sein, soweit keine zwingenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.

19
Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

20
Die Weisung der Verfügungsbeklagten an den Verfügungskläger vom 24.02.2021 sei rechtmäßig. Ein Arbeitgeber habe die Möglichkeit, die Tätigkeit am Betriebsstandort einseitig anzuordnen, wenn keine entgegenstehende Vereinbarung zu einer Tätigkeit im Homeoffice existiere. Ein Anspruch des Mitarbeiters auf Fortsetzung der Tätigkeit im Homeoffice bestehe nicht. Die Arbeitnehmer könnten nicht darauf vertrauen, der Arbeitgeber werde sie nicht mehr anweisen, ihre Tätigkeit vor Ort im Betrieb auszuüben. Dies gelte umso mehr, als der Verfügungskläger nur zwei Monate im Homeoffice tätig gewesen sei. Der Verfügungskläger habe auch keinen Anspruch auf Homeoffice-Tätigkeit. Das Ermessen der Verfügungsbeklagten sei nicht auf Null reduziert worden. Ein allgemeines Infektionsrisiko, dem jeder Mensch ausgesetzt sei, genüge hierfür nicht. Ein erhöhtes Infektionsrisiko habe der Kläger nicht dargelegt. Es sei zudem davon auszugehen, dass der Verfügungskläger und seine Ehefrau zwischenzeitlich geimpft seien.

21
Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat der Verfügungskläger mit Schriftsatz vom 19.08.2021 den gestellten Antrag dahingehend ergänzt bzw. seine Auslegung beantragt, dass die Gestattung des Homeoffice bis zur Entscheidung in der Hauptsache mit dem AZ: 13 Ca 2804/21 befristet erfolge.

22
Wegen des Weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze des Verfügungsklägers vom 19.05.2021 (Bl. 107-112 d. A.), 13.08.2021 (Bl. 140-142 d. A.) und vom 19.08.2021 (Bl. 147 d. A.), dem Schriftsatz der Verfügungsbeklagten vom 15.07.2021 (Bl. 132-137 d. A.) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19.08.2021 (Bl. 143145 d. A.) Bezug genommen.

23
Das Verfahren des Arbeitsgerichts München zum Az. 13 Ca 2804/21 wurde beigezogen.

24
Der Kläger ist nach Erklärung seiner Verfahrensbevollmächtigten am 19.08.2021 zweimal gegen SARS-CoV-19 geimpft.

Entscheidungsgründe

25
Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

I.

26
Die nach § 64 Abs. 2 lit. b) ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. §§ 519, 520 ZPO, und damit zulässig.

27
Insbesondere hat der Verfügungskläger seine Berufung ausreichend begründet, § 520 Abs. 3 Ziff. 2 bis 4 ZPO. Für die Ableitung seines Anspruchs aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers hat der Verfügungskläger auf die Notwendigkeit, sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit zu berücksichtigen, hingewiesen, und gerügt, dass das Arbeitsgericht überzogene Anforderungen an die Darlegungslast zur Ansteckungsgefahr gestellt habe. Die zu hohen Anforderungen an den Nachweis des Ansteckungsrisikos hat der Verfügungskläger auch im Rahmen des Verfügungsgrundes moniert.II.

28
Die Berufung ist jedoch unbegründet. Die Verfügungsbeklagte ist nicht verpflichtet, den Verfügungskläger einstweilen - bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache - von seinem Wohnsitz aus als Grafiker zu beschäftigen, es sei denn zwingende betriebliche Gründe stünden dem entgegen, § 940 ZPO i. V. m. §§ 62 Abs. 2, 64 Abs. 7 ArbGG.

29
1. Nach § 940 ZPO sind einstweilige Verfügungen auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 940 ZPO sind deshalb eine zu sichernde Rechtsposition (Verfügungsanspruch) und eine besondere Eilbedürftigkeit (Verfügungsgrund), die es erforderlich macht, zur Abwendung wesentlicher Nachteile bereits vor Klärung strittiger Rechtsfragen im Hauptsacheverfahren vorab aufgrund einer summarischen Prüfung eine vorläufige Regelung zu treffen.

30
Im vorliegenden Fall sind sowohl Verfügungsanspruch als auch Verfügungsgrund zu verneinen.

31
2. Der Verfügungskläger hat keinen Anspruch auf regelmäßige Beschäftigung als Gra fiker von seinem Wohnsitz aus.

32
a) Durch Weisung vom 24.02.2021 hat die Verfügungsbeklagte ihre vorherige Anord nung, ab Dezember 2020 die Tätigkeiten als Grafiker zuhause zu leisten, abgeändert, indem sie den Verfügungskläger anwies, künftig seine Arbeitsleistung unter Anwesenheitspflicht im Büro in C-Stadt von 09:00 Uhr - 18:00 Uhr täglich zu erbringen. Diese Weisung ist entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers wirksam.

33
aa) Die Weisung ist gemäß § 106 GewO wirksam.

34
(1) Nach § 106 S. 1 GewO kann der Arbeitgeber u. a. den Ort der Arbeitsleistung nach billigen Ermessen selbst bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingung nicht durch den Arbeitsvertrag, die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Bei

Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen, § 106 S. 3 GewO. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts umfasst das Weisungsrecht gem. § 106 GewO das Recht des Arbeitgebers, eine einmal erteilte Weisung mit Wirkung für die Zukunft auch wieder zurückzunehmen oder zu ändern (vgl. BAG, Urteil vom 18.10.2017 - 10 AZR 330/16 - Rn 71 u. 74; ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, § 106 GewO Rn 2). Selbst die Nichtausübung des Direktionsrechts über einen längeren Zeitraum schafft regelmäßig keinen Vertrauenstatbestand, dass der Arbeitgeber von diesem vertraglich und/oder gesetzlich eingeräumten Recht keinen Gebrauch mehr machen will. Nur beim Hinzutreten besonderer Umstände, aufgrund derer der Arbeitnehmer darauf vertrauen darf, dass er nicht in anderer Weise eingesetzt werden soll, kann es durch konkludentes Verhalten zu einer vertraglichen Beschränkung der Ausübung des Direktionsrechts kommen (vgl. BAG, Urteil vom 17.08.2011 - 10 AZR 202/10 - Rn 19). Der Arbeitgeber ist daher nach § 106 GewO grundsätzlich berechtigt, eine Homeoffice-Tätigkeit durch Weisung zu beenden (vgl. St. Müller, DB 2019, 1624; ErfK/Preis, a.a.O., § 106 Rn 28 a).

35
(2) Ob die Weisung des Arbeitgebers, künftig die Arbeitsleistung wieder in den Büroräumen zu erbringen, rechtmäßig ist, bestimmt sich neben der Festlegung durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag und Gesetz danach, ob die Anordnung billigem Ermessen im Sinne des § 106 GewO entspricht (zur Abgrenzung zu § 315 vgl. BAG, Urteil vom 18.10.2017 - 10 AZR 330/16 - Rn 70 ff.). Die Leistungsbestimmung nach billigen Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. Es sind die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie die sozialen Lebensverhältnisse, wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen, einzubeziehen und abzuwägen (vgl. BAG, Urteil vom 17.08.2011 - 10 AZR 202/10 - Rn 22; vom 28.08.2013 - 10 AZR 569/12 - Rn 40). Beruht die Weisung auf einer unternehmerischen Entscheidung, so kommt dieser besonderes Gewicht zu. Das unternehmerische Konzept ist nicht auf seine Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Arbeitsgerichte können vom Arbeitgeber nicht verlangen, von ihm nicht gewollte Organisationsentscheidungen zu treffen. Eine unternehmerische Entscheidung führt andererseits nicht dazu, dass die Abwägung mit den Interessen des Arbeitnehmers von vornherein ausgeschlossen wäre und sich die Belange des Arbeitnehmers nur in dem vom Arbeitgeber durch die unternehmerische Entscheidung gesetzten Rahmen durchsetzen könnten. Es kommt viel mehr darauf an, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Durchsetzung seiner Organisationsentscheidung auch im Einzelfall die Weisung rechtfertigt. Dies ist der Fall, wenn die zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung die Anweisung auch angesichts der für den Arbeitnehmer entstehe Nachteile nahelegt und sie nicht willkürlich oder missbräuchlich erscheinen lässt (vgl. BAG, Urteil vom 30.11.2016 - 10 AZR 11/16 - Rn 30).

36
Bei Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 GewO, § 315 Abs. 1 BGB verbleibt dem Inhaber des Bestimmungsrechts ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können dem Bestimmungsberechtigen mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dem Gericht obliegt nach § 315 Abs. 1 S. 1 BGB die Prüfung, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Bestimmungsrechts beachtet hat. Bei dieser Prüfung kommt es nicht auf die vom Bestimmungsberechtigten angestellten Erwägungen an, sondern darauf, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Die Darlegungs- und Beweislasst für die Einhaltung dieser Grenzen hat der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat (vgl. BAG, Urteil vom 30.11.2016 - 10 AZR 11/16 - Rn 28; Urteil vom 18.10.2017 - 10 AZR 330/16 - Rn 45).

37
(3) Danach begegnet die Weisung der Verfügungsbeklagten an den Verfügungskläger vom 24.02.2021, ab sofort seine Tätigkeit als Grafiker wieder unter Anwesenheit im Büro in C-Stadt zu erbringen, keinen rechtlichen Bedenken.

38
(a) Die Verfügungsbeklagte durfte unter Wahrung billigen Ermessens den Arbeitsort durch Weisung vom 24.02.2021 neu bestimmen. Der Arbeitsort war weder im Arbeitsvertrag noch kraft späterer ausdrücklicher

oder stillschweigender Vereinbarung der Parteien auf die Wohnung des Verfügungsklägers festgelegt worden. Entsprechendes hat der Verfügungskläger nicht behauptet. Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrages gelten für das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht. Das Recht, von zuhause die Arbeitsleistung zu erbringen, ergab sich im Februar 2021 auch nicht aus einer gesetzlichen Vorschrift. § 2 Abs. 4 SARS-CoV-2-ArbSchVO vermittelte den Beschäftigten nach dem Willen des Verordnungsgebers kein solches subjektives Recht. Auf die entsprechenden Ausführungen des Arbeitsgerichts, gegen die der Verfügungskläger keine Einwände vorgebracht hat, wird gem. § 69 Abs. 2 ArbGG verwiesen.

39
(b) Die Weisung vom 24.02.2021 wahrte auch billiges Ermessen.

40
Es bestanden zwingende betriebliche Gründe, die der Ausübung der Tätigkeit des Verfügungsklägers in seiner Wohnung entgegenstanden. Die technische Ausstattung am häuslichen Arbeitsplatz entsprach nicht der am Bürostandort, wo die zuhause angefertigten Dateien jeweils umformatiert und weitergehend behandelt werden mussten. Dieser Umstand ist zwischen den Parteien unstreitig. Nach eigenem Bekunden des Verfügungsklägers mit Schriftsatz vom 31.03.2021 ist ein gewisses „Downgrade“ bei der Speicherung der Dateien erforderlich, weil die technische Ausstattung zuhause auf dem aktuellen Stand ist, die der Verfügungsbeklagten aber dem des Jahres 2010 entspricht. Soweit der Verfügungskläger durch seine Verfahrensbevollmächtigte in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hierzu behauptete, der „Downgrade“-Vorgang dauere nur zwei Minuten, bleibt offen, welche Qualität die Arbeitsergebnisse des Verfügungsklägers nach der Umformatierung aufweisen. Jedenfalls erstinstanzlich hat der Verfügungskläger es für möglich gehalten, dass unter Umständen besondere Eigenschaften verloren gehen könnten. Soweit er in diesem Zusammenhang darauf verwiesen hat, dass diese Eigenschaften auf dem Rechner des Verfügungsbeklagten nicht hätten durchgeführt werden können, hätte er zuhause Arbeitsleistungen erbracht, die für die Verfügungsbeklagte nicht nutzbar sind. Dementsprechend hat der Verfügungskläger erst- und zweitinstanzlich auf ein Update der technischen Ausstattung im Büro gedrungen. Es ist aber Sache der Verfügungsbeklagten zu entscheiden, mit welchen Betriebsmitteln sie die ihr erteilten Aufträge bearbeitet. In diesem Zusammenhang kommt es auf den Einwand des Verfügungsklägers, die Verfügungsbeklagte habe die technische Ausstattung an seinem Wohnsitz vor der Anordnung der Homeoffice-Tätigkeit gekannt, nicht an. Die Verfügungsbeklagte hat insoweit unbestritten vorgetragen, dass ihr die Übertragungsprobleme der Dateien erst später zur Kenntnis gekommen seien.

41
Darüber hinaus hat die Verfügungsbeklagte als entgegenstehenden betrieblichen Grund erstinstanzlich vorgetragen, der Verfügungskläger habe sie zu Beginn der Homeoffice-Zeiten darüber im Unklaren gelassen, dass er seine Arbeiten auf dem Rechner der Ehefrau, die als freiberufliche Grafikerin tätig sei, ausführe. Der Verfügungskläger habe vielmehr beteuert, er selbst habe das Equipment, mit dem er sich ins Firmennetzwerk einwählen könne, und arbeite unter den entsprechenden Sicherheitsbedingungen. Diesen Behauptungen ist der Verfügungskläger nicht entgegengetreten, sondern hat erstinstanzlich eingeräumt, dass der Computer/Laptop im Eigentum seiner Ehefrau stehe und er deren Grafiklizenz, die mehrere Arbeitsplätze umfasse, nutze. Die Kammer kann der Auffassung des Verfügungsklägers, dies sei unschädlich, weil seine Dateien stets passwortgeschützt und vor dem Zugriff von Dritten geschützt seien, nicht beitreten. Der Verfügungskläger hat weder dargelegt noch glaubhaft gemacht, dass die Ehefrau als Lizenzinhaberin keinen Zugriff auf die zur Lizenz gehörenden Arbeitsplätze hat. Vor dem Hintergrund, dass die Ehefrau als freiberuflich tätige Grafikerin in der direkten Konkurrenz zur Verfügungsbeklagten steht, wäre ein entsprechender Vortrag besonders dringend gewesen. Darüber hinaus hat der Verfügungskläger nicht dargelegt, aufgrund welcher Datenschutzmaßnahmen die Daten in vergleichbarer Weise wie unter Nutzung des Firmennetzwerks der Verfügungsbeklagten vor dem Zugriff Dritter geschützt sind. Dies hat die Verfügungsbeklagte bereits erstinstanzlich gerügt. Ein entsprechender Vortrag wäre nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislasst von Seiten des Verfügungsklägers zu fordern, da die Verfügungsbeklagte hierüber keine Kenntnis hat.

42
Demgegenüber bestanden keine besonders schwerwiegenden, insbesondere verfassungsrechtlich geschützten Belange in der Person des Verfügungsklägers. Der Verfügungskläger kann sich hierfür nicht auf sein Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG stützen. Er gehörte zwar mit dem

Geburtsdatum 00.00.0000 zu einer Personengruppe, die grundsätzlich aufgrund ihres Lebensalters (00 Jahre) einem erhöhten Risiko einer Infektion durch Covid-19 bzw. einem besonders schweren Verlauf dieser Erkrankung ausgesetzt war. Andererseits benutzte der Verfügungskläger für seinen Arbeitsweg regelmäßig das Auto und hätte nach unwidersprochen gebliebener Einlassung der Verfügungsbeklagten Zeiten der An- und Abreise absprechen können, sollte die Ehefrau ausnahmsweise auf das Familienfahrzeug angewiesen sein. In diesem Zusammenhang hat der Verfügungskläger konkrete Angaben dazu, wann die Ehefrau das Fahrzeug benötige, nicht gemacht. Im Büro in C-Stadt stand dem Verfügungskläger dann ein Einzelbüro zur Verfügung, das er nach seinem Belieben lüften konnte. Der Kontakt zu anderen Personen während seiner Büroarbeitszeiten beschränkte sich schon deshalb auf ein Minimum. Darüber hinaus befanden sich alle anderen Mitarbeiter der Beklagten und der Z mit zeitweiliger Ausnahme des Sekretariats im Homeoffice. Es bestand für den Verfügungskläger damit realistischer Weise kaum eine Möglichkeit, während der Büroarbeitszeiten auf andere Personen zu treffen. Hinzukommt, dass im Büro in C-Stadt ein Hygienekonzept galt. Unter diesen Umständen konnte die Verfügungsbeklagte ein Ansteckungsrisiko für den Verfügungskläger und seine Angehörigen als gering einschätzen.

43
Unter Berücksichtigung dieser wechselseitigen Belange der Parteien und insbesondere der Tatsache, dass die problemlose Erledigung der Grafikarbeiten nicht ohne Verzicht auf die Homeoffice-Tätigkeit des Verfügungsklägers möglich ist, liegt die Weisung der Verfügungsbeklagten vom 24.02.2021 noch innerhalb des ihr nach § 106 GewO eröffneten Spielraums. Diese Beurteilung wird durch die Regelung des § 2 Abs. 4 SARS-Cov-2-ArbSchVO vom 21.01.2021 bestätigt. Zu den dort genannten zwingenden betriebsbedingten Gründen, die gegen die Erledigung von Arbeiten im Homeoffice sprachen, gehören einschränkende technische Faktoren, wie z. B. die Nichtumstellbarkeit von Telefonen oder veraltete IuK-Anlagen (vgl. N. Kollmer in Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, 4. Aufl. 2021, § 2 SARS-Cov-2- ArbSchVO Rn. 8).

44
Da es im Rahmen des § 106 GewO darauf ankommt, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt, kann es offenbleiben, ob die Verstöße gegen die An- und Abmeldepflicht und die Teilnahmepflicht an virtuellen Mitarbeitermeetings die Weisung vom 24.02.2021 hätte allein rechtfertigen können.

45
bb) Die Weisung vom 24.02.2021 ist nicht gem. § 612 a BGB i. V. m. § 134 BGB nichtig.

46
(1) Nach § 612 a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Die zulässige Rechtsausübung darf nicht nur äußerer Anlass, sondern muss der tragende Beweggrund, d. h. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme gewesen sein. Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislasst für die Voraussetzung des § 612 a BGB und damit auch für den Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Maßnahme und zulässiger Rechtsausübung (vgl. BAG, Urteil vom 16.10.2013 - 10 AZR 9/13 - Rn 38 m. w. Nachw.). Handelt der Arbeitgeber aufgrund eines Motivbündels, so ist auf das wesentliche Motiv abzustellen (vgl. BAG, Urteil vom 20.05.2021 - 2 AZR 560/20 - Rn. 26).

47
(2) Die Weisung vom 24.02.2021 verstößt danach nicht gegen § 612 a BGB. Es ist nicht erkennbar, dass die Mitteilung des Verfügungsklägers vom 23.02.2021, das Arbeitsverhältnis über das Renteneintrittsalter am 01.03.2021 fortsetzen zu wollen, der tragende Beweggrund war, ihm gegenüber mit sofortiger Wirkung Anwesenheitspflicht im Büro in C-Stadt anzuordnen. Ausweislich der Weisung vom 24.02.2021 hat die Verfügungsbeklagte gegenüber dem Verfügungskläger nicht nur eine Anwesenheit im Büro in C-Stadt angeordnet, sondern zugleich die täglichen Arbeitszeiten, die Modalitäten ihrer Erfassung sowie die Einzelheiten zur Planung und Kontrolle von Arbeitsaufgaben bestimmt. Darüber hinaus mahnte sie den Verfügungskläger mit zwei Schreiben vom selben Tage wegen unterbliebener An- und Abmeldung sowie wegen unentschuldigten Fehlens an den virtuellen Mitarbeitermeetings ab. Ersichtlich wollte die Verfügungsbeklagten den Verfügungskläger zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen anhalten. Dies war auch nicht vorgeschoben. Der Verfügungskläger hat mit seiner Email vom 01.03.2021 eingeräumt, sich nach einer Anfangszeit im Homeoffice nicht mehr an- und abgemeldet zu

haben und an den virtuellen Mitarbeitermeetings nicht teilgenommen zu haben. Auch hatte der Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten bereits am Dienstag, den 23.02.2021 11:31 Uhr in einer Nachricht an den Verfügungskläger bemerkt: „Wir hatten eben übrigens gerade Agenturmeeting von 11:00 Uhr bis 11:20 Uhr." (vgl. Bl. 41 d. A.,) und hatte damit schon am 23.02.2021 und nicht erst am 24.02.2021 Anstoß am Verhalten des Verfügungsklägers genommen. Vor allem aber haben sich aufgrund der Tätigkeit des Verfügungsklägers von zuhause aus nachträglich betriebliche Probleme ergeben, nämlich das Downgrading bei der Speicherung der Dateien auf dem technisch älteren System der Verfügungsbeklagten und die datenschutzrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Nutzung der Arbeitsmittel der Ehefrau am häuslichen Arbeitsplatz. Diesen betrieblichen Gründen ist der Verfügungskläger nicht entgegengetreten. Er forderte vielmehr ein Upgrade der Betriebsmittel der Verfügungsbeklagten. Insofern hat der darlegungsbelastete Verfügungskläger einen Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Maßnahme und unzulässiger Rechtsausübung nicht hinreichend dargelegt, weshalb von einem bloß zufälligen zeitlichen Zusammenhang mit seinem Schreiben vom 23.02.2021 auszugehen ist.

48
cc) Die Weisung vom 24.02.2021 ist nicht nach § 7 Abs. 1 AGG i. V. m. § 134 BGB nichtig.

49
(1) § 7 Abs. 1 AGG verbietet sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligun gen. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, unter anderem wegen Alters, eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Demgegenüber liegt nach § 3 Abs. 2 AGG eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber einer anderen Person in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Ziele sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

50
Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst allerdings nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung „wegen" eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und dem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Im Hinblick auf diesen Kausalzusammenhang sieht § 22 AGG für den Rechtschutz bei Diskriminierungen eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtstreits in einer Gesamtwürdigung des SachVerhalts zu berücksichtigen (Vgl. BAG, Urteil vom 23.11.2019 - 8 AZR 604/16 - Rn 20-22 mit weiteren Nachweisen).

51
(2) Der Verfügungskläger hat schon keine ausreichenden Indizien i. S. v. § 22 AGG vorgetragen, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass er durch die Weisung der Verfügungsbeklagten am 24.02.2021 wegen seines Alters benachteiligt worden ist.

52
Der Verfügungskläger behauptet in seiner Klageschrift, er habe durch die Weisung vom 24.02.2021 von seinem Ansinnen abgebracht werden sollen, das Arbeitsverhältnis über das Renteneintrittsalter fortzusetzen. Im Anschluss an die vorstehenden Ausführungen genügt diese knappe Behauptung nicht, um aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Umstände eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe - hier des Alters - zu vermuten. Vielmehr liegen betriebliche Gründe - unterschiedliche technische Ausstattung zwischen häuslichen Arbeitsplatz und Büro, datenschutz- und wettbewerbsrechtliche Probleme - und Gründe im Verhalten des Verfügungsklägers - fehlende An- und

Abmeldung der Arbeitszeiten sowie fehlende Teilnahme an virtuellen Mitarbeitermeetings - vor, die die Verfügungsbeklagte zu ihrer Weisung veranlasst haben.

53
dd) Der Kläger kann schließlich die Unwirksamkeit der Weisung vom 24.02.2021 nicht unter dem Gesichtspunkt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes geltend machen.

54
Trotz Hinweises des Arbeitsgerichts, dass es an einem ausreichenden Vortrag des Verfügungsklägers in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz fehle, hat der Verfügungskläger auch in der Berufungsinstanz nicht dargelegt, warum er mit den anderen Mitarbeitern vergleichbar ist. Unstreitig ist der Verfügungskläger der einzige Grafiker im Betrieb der Verfügungsbeklagten und im Betrieb der Z. Da er als Grafiker auf eine bestimmte technische Ausstattung in der erforderlichen Spezifikation angewiesen ist, genügt der Hinweis, dass alle Mitarbeiter ihre Tätigkeit eigenständig am Computer durchführten, nicht. Im Hinblick auf die technische Ausstattung im Büro in C-Stadt und den dort vorhandenen Datenschutz stellt es für die Verfügungsbeklagte einen Vorzug dar, wenn sich der Verfügungskläger im Büro befindet.

55
b) Der Verfügungskläger hat auch keinen Anspruch darauf, erneut seitens der Verfü gungsbeklagten gestattet zu bekommen, seine Tätigkeit als Grafiker von zu Hause aus zu erbringen.

56
aa) Ein allgemeiner gesetzlicher Anspruch, von zu Hause aus tätig zu werden, besteht nach herrschender Meinung nicht. Sofern der Arbeitsort - wie hier - vertraglich nicht bestimmt ist, obliegt es dem Arbeitgeber, diesen gemäß § 106 GewO zu konkretisieren und damit Arbeit von zu Hause aus zu erlauben (vgl. statt vieler Küttner/Röller, Personalbuch, 28. Aufl. 2021, „Homeoffice“ Rn 3 m. w. Nachw.; Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 478; Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 349; St. Müller, DB 2019, 1624; Klein, NJ 2020, 377, 382, LAG Köln, Urteil vom 06.07.2015 - 5 SaGa 6/15).

57
bb) Ausnahmsweise soll der Arbeitgeber in besonderen Situationen verpflichtet sein, eine Tätigkeit im Homeoffice zuzustimmen, nämlich wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner körperlichen Konstitution oder Betreuungs- und Pflegepflichten gegenüber nahen Angehörigen nicht mehr in der Lage sei, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 GewO näher bestimmte Leistung zu erbringen. In diesen Fällen könne die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 1 BGB es gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht so Gebrauch mache, dass dem Arbeitnehmer eine Leistungserbringung wieder möglich werde. Das Ermessen des Arbeitgebers sei dann „auf Null“ reduziert (vgl. Krieger/Rudnik/Povedano Peramoto, a. a. O., 478; Meyer, ZAT 2020, 62, 63 unter Bezug auf die Führsorgepflicht des Arbeitgebers nach § 618 BGB; Dzida, NJW - Aktuell, Heft 12/2020, Seite 15; Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017, 1018 gestützt auf § 313 Abs. 1 BGB). Der Anspruch auf Homeoffice setzt jedoch auch nach dieser Meinung voraus, dass die Art der Arbeitsleistung keine Präsenz an der Arbeitsstätte erfordere (vgl. Weller/Lieberknecht/Habrich, a.a.O.; Dzida, a. a. O.) oder keine betrieblichen Gründe entgegenstehen (so Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, a. a. O; vgl. auch den am 30.06.2021 außer Kraft getretenen § 28b IfSG in Abs. 7: „keine zwingenden betriebsbedingten Gründe“).

58
Im Anschluss an die vorstehenden Ausführungen hat der Verfügungskläger deshalb auch nach dieser (Minder-) Meinung keinen Anspruch auf Tätigkeit von zu Hause aus. Wie ausgeführt stellen die unterschiedliche technische Ausstattung für Grafikarbeiten im Haus des Verfügungsklägers und im Betrieb sowie die datenschutzrechtlichen Fragen betriebliche Gründe dar, die der Homeoffice-Tätigkeit des Verfügungsklägers entgegenstehen. Darüber hinaus hat das Arbeitsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des BAG eine gerichtliche Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB im Anwendungsbereich des § 106 GewO ausscheidet. Es würde sich um einen unzulässigen Eingriff in die Organisationshoheit des Arbeitgebers handeln, den § 106 GewO weder vorsieht noch zulässt (vgl. BAG, Urteil vom 18.10.2017 - 10 AZR 330/16 - Rn 75 m. w. Nachw.).

3. Schließlich fehlt es an dem erforderlichen Verfügungsgrund. Die Eilbedürftigkeit ei ner angestrebten Regelung eines vorläufigen Zustands muss zur Abwendung wesentlicher Nachteile erforderlich sein. Dies ist regelmäßig dann nicht (mehr) der Fall, wenn der Verfügungskläger die Möglichkeit hat bzw. hatte, seine

Rechtsposition mit Hilfe eines Hauptsacheverfahrens durchzusetzen (vgl. LAG Hessen, Beschluss vom 18.01.2011 - 4 Ta 487/10 -; Poeche in BeckOK ArbR, Stand 01.06.2021, § 85 ArbGG Rn 24 a).

59
Der Verfügungskläger hatte die Möglichkeit, seinen hiesigen Antrag zeitnah im Hauptsacheverfahren im Arbeitsgericht München zum AZ: 13 Ca 2804/21 durchzusetzen. Mit Geltendmachung rückständiger Zahlungsansprüche durch Klageschrift vom 19.03.2021 hätte der Verfügungskläger zugleich die hier streitige Beschäftigung rechtshängig machen und diese im Rahmen der Güteverhandlung am 27.4.2021 verhandeln können. Die Obliegenheit, das Hauptsacheverfahren um den hiesigen Antrag zu erweitern, hätte sich jedenfalls nach Verkündung der Entscheidung im erstinstanzlichen einstweiligen Verfügungsverfahren am 08.04.2021 ergeben. Indem der Verfügungskläger erst am 23.04.2021 die Klage um den hiesigen Antrag im Hauptsacheverfahren zum AZ: 13 Ca 2804/21 erweiterte, konnte die einwöchige Einlassungsfrist (§ 47 Abs. 1 ArbGG) bis zum Gütetermin am 27.04.2021 nicht mehr gewahrt werden.

60
Darüber hinaus ist die besondere Dringlichkeit einer Entscheidung bis zur Hauptsacheverhandlung am 12.10.2021 nicht erfüllt. Von den acht Wochen bis zu diesem Termin, der sich и. a. aufgrund der Verhinderung der Verfahrensbevollmächtigten des Verfügungsklägers „auf Grund urlaubsbedingter Abwesenheit und anderer Termine“ ergeben hat, ist der Verfügungskläger wegen Urlaubs drei Wochen ohnehin nicht im Betrieb der Verfügungsbeklagten. Zudem ist er inzwischen zweimal geimpft und somit vor schweren Verläufen einer Covid-19-Erkrankung geschützt. Zu dem Impfstatus seiner Familienangehörigen hat der darlegungsbelastete Verfügungskläger nichts vorgetragen. Vor diesem Hintergrund überwiegt das Interesse der Verfügungsbeklagten das Interesse des Verfügungsklägers, vor Entscheidung in der Hauptsache ab sofort die Tätigkeit als Grafiker von zu Hause aus zu erbringen.

III.

61
Nach Beratung mit der Kammer am 24.08.2021, 9.00 Uhr wurde davon abgesehen, die Verhandlung wieder zu eröffnen, da der mit Schriftsatz vom 19.08.2021 gestellte Antrag zu keiner anderen Entscheidung geführt hätte.

IV.

62
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 64 Abs. 6 ArbGG.

63
Nach § 72 Abs. 4 ArbGG ist gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden wird, die Revision nicht zulässig.