

Wissen ist Macht – gerade in der Not

Freistellung und Urlaub in der Insolvenz



Dr. Franz-Ludwig Danko,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für
Insolvenzrecht, Geschäftsführender Gesellschafter
Kübler GbR, Frankfurt/Main

Auch wenn derzeit die wirtschaftliche Erholung in Deutschland einsetzt, sollte das nicht darüber hinwegtäuschen, dass aufgrund der tiefen Krise der vergangenen Jahre eine Vielzahl von Unternehmen bereits einen Insolvenzantrag stellen musste. Doch darin kann auch eine Chance liegen – zumindest für den, der die insolvenzrechtlichen Möglichkeiten, die das Arbeitsrecht bietet, zu nutzen weiß.

1 Freistellung in der Insolvenz

Prognostiziert wird, dass sich die Zahl der Insolvenzanmeldungen in den nächsten Jahren weiter auf hohem Niveau bewegt, weil die Unternehmen nun in der Phase der wirtschaftlichen Erholung in die sog. Kreditklemme geraten. Aufträge wären genügend vorhanden, es fehlen aber aktuell die liquiden Mittel, z. B. um notwendige Vorprodukte einzukaufen. Außerdem wird es angesichts klammer Haushaltskassen des Bundes und der Länder in absehbarer Zeit keine Konjunkturpakete mehr geben und schließlich laufen irgendwann auch die arbeitsförderungsrechtlichen Sonderinstrumente aus. Wird ein Insolvenzverfahren eröffnet, gibt es jedoch einige arbeitsrechtliche Besonderheiten und Erleichterungen, die der Insolvenzverwalter für sich in Anspruch nehmen kann (s. hierzu zuletzt Zöll/Kleinschmidt, AuA 6/10, S. 352 ff.).

Kann oder will er einige Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin nicht mehr beschäftigen, stellt er sie häufig von der Arbeitspflicht frei und verweist sie an die Agentur für Arbeit. Einige Mitarbeiter nehmen diese Freistellung – und damit den zumindest vorübergehenden Verlust des Arbeitsplatzes – jedoch nicht ohne Weiteres hin. Es gibt durchaus welche, die vom Insolvenzverwalter verlangen, sie im Unternehmen auf ihrem alten Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Weigert sich dieser, bleibt den freigestellten Arbeitnehmern nur, mithilfe des Arbeitgerichts ihre Beschäftigung durchzusetzen.

Wichtig

Der Erfolg einer solchen Klage – meist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung – hängt davon ab, ob der Insolvenzverwalter ein Recht hat, Mitarbeiter freizustellen.

2 Allgemeiner Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers

Will man Art und Umfang eines Freistellungsrechts bestimmen, gilt es zunächst die Frage zu klären, ob den Arbeitgeber überhaupt eine Beschäftigungspflicht trifft, also der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch hat. Das BAG hat diese Frage schon mit Urteil vom 10.11.1955 (2 AZR 591/54) bejaht und dies fast 30 Jahre später mit der Entscheidung seines Großen Senats vom 27.2.1985 (GS 1/84) bestätigt. Nach Ansicht der obersten Arbeitsrichter ist die Arbeitsleistung nicht nur ein Wirtschaftsgut, sondern auch Ausdruck des Persönlichkeitsrechts des Mitarbeiters. Dieses wiederum ist in der Verfassung verankert und konkurriert mit den verfassungsrechtlich geschützten Rechten des Arbeitgebers, z. B. der Unternehmerfreiheit. Das Konkurrenzverhältnis ist nach dem BAG im ungekündigten Arbeitsverhältnis zugunsten der Interessen des Beschäftigten aufzulösen. Seine Rechtsposition überwiegt diejenige des Arbeitgebers – jedenfalls „grundsätzlich“. Treten auf Seiten des Unternehmens jedoch weitere Umstände ein, die seine Rechte stärken, kann die Abwägung der verschiedenen Rechtspositionen auch zu seinen Gunsten ausgehen, bspw. wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, einen Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Doch hierzu gleich.

Wichtig

Festzuhalten bleibt, dass der Mitarbeiter kraft seines Arbeitsvertrags vom Arbeitgeber verlangen kann, dass dieser ihn beschäftigt, ihm also Arbeit zuweist. Er hat damit einen Anspruch darauf, dass das Unternehmen seine Arbeitsleistung abnimmt. Eine Freistellung von der Arbeitsleistung – selbstverständlich unter Fortzahlung der Vergütung, ggf. über den Umweg der Gleichwohlgewährung nach § 143 Abs. 3 SGB III – bedarf daher eines sachlichen Grundes.

3 Freistellung bei Kündigung

Anerkannt ist, dass im gekündigten Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber berechtigt ist, den Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung freizustellen. Dies hat einen einfachen Grund: Mit der Kündigungserklärung – egal wer sie ausgesprochen hat – bringen die Vertragsparteien zum Ausdruck, dass sie ihre Vertragsbeziehungen zukünftig nicht mehr aufrechterhalten wollen. Dann ist aber auch kein Grund ersichtlich, den Arbeitgeber zu verpflichten, den Mitarbeiter bis zum Ablauf der Kündigungsfrist tatsächlich zu beschäftigen:

- Hat der Arbeitnehmer gekündigt, hat er sein mangelndes Interesse, die Arbeitsleistung zu erbringen, dokumentiert. Er hat sein Persönlichkeitsrecht zum Ausdruck gebracht, indem er den Willen, das Vertragsverhältnis zu beenden, bekundet hat.
- Hat der Arbeitgeber – aus welchen Gründen auch immer – gekündigt, überwiegt grundsätzlich sein Interesse, den Arbeitnehmer nicht mehr zu beschäftigen. Denn durch die Entscheidung, die Vertragsbeziehung mit ihm zu beenden, entsteht die Gefahr, dass der Mitarbeiter nun Handlungen begeht, die das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers beeinträchtigen können, z. B. indem er Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verletzt. Natürlich heißt das nicht, dass gekündigte Beschäf-

tigte typischerweise solche Taten begehen. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen. Die Gefahr von Verletzungshandlungen lässt hier die Interessen des Arbeitgebers überwiegen.

4 Freistellung im Kündigungsrechtsstreit

Kündigungsrechtsstreite vor den Arbeitsgerichten ziehen sich erfahrungsgemäß lange hin. Mithilfe der Berufung zum LAG und der Revision zum BAG ist es sogar möglich, drei Instanzen mit einer Kündigungsschutzklage zu befassen. Ein solcher Rechtsstreit kann Jahre dauern. Das wiederum hat die Arbeitsrichter dazu veranlasst, im laufenden Kündigungsschutzverfahren dem Arbeitnehmer je nach Prozesslage einen Weiterbeschäftigungsanspruch zuzugestehen. Es gilt:

- Vom Ausspruch der Kündigung bis zur Verkündung des erstinstanzlichen Urteils hat der Arbeitgeber i. d. R. ein berechtigtes Interesse, den Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung freizustellen.
- Gewinnt der Beschäftigte vor dem Arbeitsgericht seine Kündigungsschutzklage, hat er wiederum ein berechtigtes Interesse, weiterbeschäftigt zu werden, solange der Rechtsstreit noch nicht rechtskräftig beendet ist.
- Obsiegt der Arbeitgeber im Berufungsverfahren, endet hiermit auch seine Weiterbeschäftigungspflicht.

5 Mitbestimmung und Freistellung ohne Kündigung

Neben diesem allgemeinen arbeitsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch gibt es noch den betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG: Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen und der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben, muss der Arbeitgeber ihn kraft Gesetzes bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen.

Praxistipp

Er kann sich von dieser Beschäftigungspflicht nur unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG durch einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts entbinden lassen.

Im ungekündigten Arbeitsverhältnis fehlt es dagegen an der nach außen sichtbaren Zäsur der Kündigung und den damit typischerweise verbundenen Interessenlagen. Hier kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur von der Arbeitsleistung freistellen, wenn er daran ein berechtigtes Interesse hat. Dies kann z. B. vorliegen, wenn

- das Vertrauensverhältnis weggefallen ist,
- im Unternehmen nicht genügend Aufträge vorhanden sind, so dass es die Mitarbeiter gar nicht beschäftigen kann, oder
- die Gefahr besteht, dass ein Beschäftigter demnächst zur Konkurrenz abwandert und dadurch Betriebsgeheimnisse gefährdet sind.

6 Freistellung im vorläufigen Insolvenzverfahren

Im Insolvenzverfahren sind

- das vorläufige Insolvenzverfahren und
- das eröffnete Verfahren

strikt voneinander zu unterscheiden.

Im vorläufigen Verfahren bleibt die Arbeitgeberstellung grundsätzlich unverändert, wenn – wie i. d. R. – das Gericht nur einen „schwachen“ vorläufigen Verwalter bestellt.

- „Schwach“ ist er, weil ihm nicht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Insolvenzschuldners übertragen wurde.
- Als „stark“ wird er bezeichnet, wenn das Gericht ihm diese Befugnisse übertragen hat (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Insolvenzordnung – InsO).

Die Insolvenzgerichte neigen häufig dazu, im vorläufigen Verfahren einen schwachen Verwalter zu bestellen. Sie haben aber dabei die Möglichkeit, besondere Anordnungen im Hinblick auf seine Stellung und die Befugnisse der Insolvenzschuldnerin zu treffen. Meist legen sie fest, dass die Schuldnerin für Verfügungen die Zustimmung des vorläufigen Verwalters benötigt. Insolvenzarbeitsrechtlich besteht die Besonderheit, dass auch die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses eine „Verfügung“ in diesem Sinne ist (BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 532/01). Es gilt:

- Bestellt das Gericht nur einen schwachen vorläufigen Verwalter, behält der bisherige Arbeitgeber seine Arbeitgeberstellung. Auf insolvenzarbeitsrechtliche Sonderregelungen kann er sich nicht stützen. Daher kommt eine Freistellung von Mitarbeitern nur nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen in Betracht.
- Auf einen starken vorläufigen Verwalter geht dagegen die Arbeitgeberbefugnis über – entsprechend der Stellung des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren. Dass ihm ein insolvenzspezifisches Freistellungsrecht zukommt, folgt schon aus § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO. Danach gelten Verbindlichkeiten, die er begründet hat, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur als Masseverbindlichkeiten, „soweit“ er die Gegenleistung – also die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer – in Anspruch genommen hat. Als Gegenschluss aus dieser Norm muss dem starken vorläufigen Insolvenzverwalter ein insolvenzspezifisches Freistellungsrecht zustehen, damit er die Gegenleistung eben nicht in Anspruch zu nehmen braucht und damit auch keine Masseverbindlichkeiten generiert. Hier setzt sich das Insolvenzrecht gegen das Arbeitsrecht durch.

7 Freistellung im eröffneten Insolvenzverfahren

Im eröffneten Verfahren gibt es eine Reihe arbeitsrechtlicher Sonderbefugnisse, die dem Insolvenzverwalter nach den §§ 113 ff. InsO zustehen. So kann er z. B. tariflich „unkündbare“ Arbeitnehmer mit einer Frist von drei Monaten ordentlich kündigen oder die Interessenausgleichsverhandlungen beschleunigen. Ein eigenständiges Recht, Mitarbeiter freizustellen, sieht die InsO aber nicht vor. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO gilt hier nicht. Deshalb gibt es in der Praxis immer wieder Fälle, in denen sich ein Beschäftigter – i. d. R. mittels einer einstweiligen Verfügung – gegen seine Freistellung vor dem Arbeitsgericht wehrt. Spätestens dann ist die Frage, ob der Insolvenzverwalter ein Recht auf Freistellung hat, von streitentscheidender Bedeutung.

■ Insolvenzspezifisches Freistellungsrecht

Das LAG Hamm hat mit zwei Urteilen vom 27.9.2000 (2 Sa 1178/00) und vom 6.9.2001 (4 Sa 1276/01) ein insolvenzspezifisches Freistellungsrecht auch für den Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren anerkannt. Es

stützt sich hier einerseits auf § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO. Dieser ist allerdings nur im vorläufigen Verfahren einschlägig. Andererseits begründet das Gericht seine Ansicht mit § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Die Vorschrift gilt zwar im eröffneten Verfahren, bestimmt jedoch nur für den Sonderfall der Anzeige der Masseunzulänglichkeit, dass Verbindlichkeiten aus einem Dauer-schuldverhältnis als Masseverbindlichkeiten gelten, soweit der Verwalter nach der Anzeige die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.

Wichtig

Wegen der systematischen Stellung und des eindeutigen Wortlauts ist eine (analoge) Anwendung auf das Regelverfahren daher – entgegen der Ansicht des LAG Hamm – nicht möglich.

■ Allgemeines arbeitsrechtliches Freistellungsrecht

Es ist aber gar nicht nötig, in der InsO nach Sonderregelungen zur Freistellung der Arbeitnehmer zu suchen. Bereits die zu Anfang dargestellte Grundlagenentscheidung des Großen Senats des BAG aus dem Jahr 1985 (Urt. v. 27.2.1985 – GS 1/84) liefert die Richtschnur, die im Ergebnis zu einem allgemeinen Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren führt. Dort kreierten die Richter nämlich den arbeitsrechtlichen Beschäftigungsanspruch auch auf der Basis von § 242 BGB. Diese – wenn auch zweifelhafte – Rechtsgrundlage zwingt zu einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung. Der Große Senat gab in der Begründung seiner Entscheidung auch gleich Hinweise, wann die Interessen des Arbeitgebers an einer Freistellung des Arbeitnehmers überwiegen. Dies ist der Fall, wenn die Vertrauensgrundlage zum Mitarbeiter weggefallen ist, Auftragsmangel besteht oder ein Arbeitnehmer demnächst zu einem konkurrierenden Unternehmen abwandern wird und Betriebsgeheimnisse gefährdet sind. Nun sind diese Fallgestaltungen im ungekündigten Arbeitsverhältnis eher die Ausnahme, im Insolvenzverfahren kommen sie jedoch öfter vor. Der Insolvenzverwalter kann sich also im eröffneten Verfahren hinsichtlich seines Freistellungsrechts auf die allgemeinen Grundsätze zum Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers berufen.

Ob man das Recht des Insolvenzverwalters als insolvenzspezifisches Freistellungsrecht bezeichnet oder als Modifizierung der allgemeinen Grundsätze zum Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, ist vom Ergebnis her ohne Bedeutung.

Der erwähnte betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG besteht auch im Insolvenzverfahren. Davon entbinden kann den Insolvenzverwalter wiederum nur das Gericht unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG.

8 Darlegungs- und Beweislast im eröffneten Verfahren

Der Insolvenzverwalter muss sich im eröffneten Verfahren innerhalb eines eng bemessenen Zeitraums entscheiden, ob er das Unternehmen – wenigstens vorerst – weiterführt oder ob er den Geschäftsbetrieb sofort bzw. mit Ausproduktion einstellt. Führt er das Unternehmen fort, sind die Auftragslage und das Vertrauensverhältnis zur Belegschaft von entscheidender Bedeutung. Bereits aus dem vorläufigen Verfahren, in dem er i. d. R. als vorläufiger Verwalter fungierte, ist ihm bekannt, mit welchen Mitarbeitern er in der schwierigen Phase der Insolvenz rechnen kann und zu welchen keine Vertrauensbasis (mehr) besteht. Auch können wegen der Insolvenz Kunden ihre Aufträge storniert haben, so dass nur noch ein verringerter Beschäftigungsbedarf besteht.

Diese besondere insolvenzspezifische Interessenlage zwingt dazu, die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Umstände, die einer Beschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, zugunsten des Insolvenzverwalters zu modifizieren. Er findet im schuldnerischen Unternehmen eine bereits existierende Personalstruktur vor und muss innerhalb sehr kurzer Zeit entscheiden, welche Mitarbeiter er voraussichtlich benötigt und welchen er vertraut. So ist es nicht untypisch, dass er zu bestimmten Arbeitnehmern, z. B. leitenden Angestellten, keine Vertrauensbasis aufbauen kann, weil diese der – gescheiterten – alten Geschäftsführung zu nahe standen. Gleiches gilt für Knowhow-Träger, bei denen man in Insolvenzverfahren letztlich immer damit rechnen muss, dass sie selbst bei einer positiven Fortführungsprognose latent Beschäftigungsmöglichkeiten bei anderen Arbeitgebern suchen. Es liegt daher auf der Hand, dass sie zur Konkurrenz abwandern und damit die Betriebsgeheimnisse gefährden.

Daher ist es in dieser Situation geradezu geboten, dem Insolvenzverwalter ein weites Einschätzungsmessen einzuräumen, welche Mitarbeiter er freistellt. Insofern ist es gerechtfertigt, an einen entsprechenden Sachvortrag in einem gerichtlichen Verfahren nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie sie in einem „normalen“ Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis billigerweise zu erwarten sind. Dem Insolvenzverwalter ist deshalb prozessual zu gestatten, die Umstände, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, pauschal vorzutragen. Eine substantiierte Einzelfalldarstellung ist ihm dagegen nicht zuzumuten. Insofern ist es möglich, die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast heranzuziehen. Es obliegt dann dem Mitarbeiter, durch konkreten Sachvortrag darzustellen und zu beweisen, dass es keine Gründe gibt, die seiner Beschäftigung entgegenstehen.

Beispiel

Beruft sich z. B. der Insolvenzverwalter auf fehlende Beschäftigungsmöglichkeiten wegen Auftragsmangels, obliegt es dem Arbeitnehmer, detailliert darzulegen und unter Beweis zu stellen, welche Möglichkeiten entgegen dieser Behauptung dennoch bestehen.

Wichtig

Die Interessenlagen im Insolvenzverfahren sind damit anders zu gewichten als außerhalb des Verfahrens.

9 Urlaubsanspruch in der Insolvenz

Ein Sonderfall der Freistellung ist die Gewährung von Erholungsurlaub. Auch für den Urlaubsanspruch gelten insolvenzspezifische Besonderheiten. Wer ihn zu erfüllen hat, richtet sich nach dem Verfahrensstadium:

- Ist im vorläufigen Verfahren ein schwacher Insolvenzverwalter bestellt, hat der (bisherige) Arbeitgeber Urlaub zu gewähren. Von ihm muss der Arbeitnehmer ihn auch verlangen.
- Bestellt das Gericht ausnahmsweise einen starken vorläufigen Verwalter, gehen auf ihn die Arbeitgeberbefugnisse über, womit er auch den Urlaubsanspruch zu erfüllen hat.
- Im eröffneten Verfahren ist stets der Insolvenzverwalter der Arbeitgeber (ausgenommen der Sonderfall der Eigenverwaltung – hier bleibt der bisherige Arbeitgeber unter Aufsicht eines Sachwalters grundsätzlich in dieser Position).

Nicht ganz einfach zu beantworten ist die Frage, welche Qualität die Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüche im Rahmen eines Insolvenzverfahrens haben. Grundsätzlich trennt das Insolvenzrecht strikt zwischen vorläufigem und eröffnetem Verfahren:

- › Ansprüche, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurden, stellen Insolvenzforderungen dar, die nur im Rahmen der Quotenzahlung erfüllt werden.
- › Ansprüche, die im eröffneten Verfahren entstehen, sind dagegen wert-haltige Masseforderungen.

Auch die arbeitsrechtlichen Normen der InsO greifen diese Trennung von vorläufigem und eröffnetem Verfahren auf:

- › Die §§ 113 ff. InsO gelten nur im eröffneten Verfahren.
- › Dagegen enthält z. B. § 55 InsO Sonderregelungen für das vorläufige Verfahren.

Sogar dort, wo das Gesetz selbst keine ausdrücklichen Aussagen trifft, nimmt die Rechtsprechung die Trennung zwischen vorläufigem und eröffnetem Verfahren auf.

Beispiel

So hat das BAG bei der zentralen arbeitsrechtlichen Vorschrift des § 613a BGB für Unternehmensverkäufe eine Regelungslücke erkannt: Danach würde der Erwerber eines insolventen Unternehmens auch die arbeitsrechtlichen Verbindlichkeiten, wie offene Lohnansprüche, unbegrenzt mitübernehmen. Das würde potenzielle Erwerber abschrecken oder sich zumindest in der Kaufpreiskalkulation zulasten der Masse und der anderen Gläubiger niederschlagen. Daher haftet der Erwerber eines insolventen Unternehmens nur für solche Verbindlichkeiten, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet werden (BAG, Urt. v. 20.6.2002 – 8 AZR 459/01). Kauft der Erwerber das Unternehmen dagegen schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, haftet er voll.

10 Zuordnung zu Verfahrensstadien unmöglich

Beim Urlaubsanspruch versagt aber die Trennung der Ansprüche in solche aus dem vorläufigen und solche aus dem eröffneten Verfahren. Der Urlaub lässt sich, solange er nicht gewährt wurde, nicht in bestimmte Zeitabschnitte aufteilen. Damit ist es auch nicht möglich, ihn dem vorläufigen oder eröffneten Verfahren zuzuordnen. Insbesondere ist es nicht statthaft, die Urlaubstage auf die einzelnen Kalendermonate aufzuteilen, etwa indem man den Gesamturlaubsanspruch zwölftelt. Ergänzend hierzu gilt, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch das Schicksal des Urlaubsanspruchs teilt, d. h.

- › endet das Arbeitsverhältnis nach Insolvenzeröffnung, stellt er eine Masseverbindlichkeit dar,
- › endet es vor Insolvenzeröffnung, ist er dagegen eine bloße Insolvenzforderung.

Wichtig

Für den Unternehmensverkauf in der Insolvenz gilt daher: Die Haftungsprivilegierung des Erwerbers greift für noch offene Urlaubs- und damit auch Urlaubsabgeltungsansprüche nicht, da es unmöglich ist, die Urlaubsansprüche den verschiedenen Verfahrensstadien zuzuordnen.

11 Fazit

Dem Insolvenzverwalter steht im Rahmen der allgemeinen Grundsätze ein Freistellungsrecht zu. Die Darlegungs- und Beweislast ist zu seinen Gunsten modifiziert. Es genügt, wenn bei dem freigestellten Arbeitnehmer typischerweise Gründe vorliegen, die dem Beschäftigungsanspruch entgegenstehen. Einer einzelfallbezogenen Abwägung bedarf es nicht.