

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

§ 91a Beschluss vom 2. Januar 2018
- 6 AZR 235/17 -
ECLI:DE:BAG:2018:020118.B.6AZR235.17.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 10. Juli 2015
- 17 Ca 1742/15 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 18. November 2016
- 10 Sa 33/16 -

Entscheidungsstichwort:

Kostenentscheidung nach Erledigung der Revision

Leitsatz:

Die Kosten, die durch ein Revisionsverfahren entstanden sind, das nach einer erfolgreichen sofortigen Beschwerde nach § 72b ArbGG für erledigt erklärt worden ist, sind bei der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO als Teil der Kosten des wieder beim Berufungsgericht anhängigen Rechtsstreits zu behandeln.

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 235/17
10 Sa 33/16
Landesarbeitsgericht
Köln

BESCHLUSS

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts am 2. Januar 2018 beschlossen:

Über die Kosten der für erledigt erklärten Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 18. November 2016 - 10 Sa 33/16 - hat nach Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht durch Beschluss des Senats vom 27. Juli 2017 - 6 AZB 44/17 - im Verfahren nach § 72b ArbGG das Landesarbeitsgericht als Teil der Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden.

Der Wert des Revisionsverfahrens wird auf
10.260,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I. Die Parteien streiten darüber, in welche Entgeltgruppe die seit Februar 2000 bei der Beklagten beschäftigte Klägerin bei ihrer Überleitung aus dem BAT in den TV-L einzugruppieren war. Die Klägerin macht geltend, sie hätte der EG 13 Ü statt der EG 13 zugeordnet werden müssen. Der Ausgang des Rechtsstreits hängt davon ab, ob die Klägerin als Lehrkraft iSd. Teils B der Anlage 2 zum TVÜ-Länder anzusehen ist oder ob sie Beschäftigte iSd. Teils A der Anlage 2 zum TVÜ-Länder ist bzw. ob für sie ein besonderes Tätigkeitsmerkmal iSd. Nr. 5 der Vorbemerkungen zu allen Vergütungsgruppen der Anlage 1a zum BAT vereinbart ist. Ersteres hätte ihre Überleitung in die EG 13 zur Folge. Letzteres führte zu der von der Klägerin begehrten Überleitung in die EG 13 Ü. 1

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen von der Klägerin eingelegte Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 18. November 2016 ist jedoch bis zum Ablauf von fünf Monaten nach seiner Verkündung, dh. bis zum 18. April 2017, nicht vollständig abgefasst und mit den Unterschriften sämtlicher Mitglieder der Kammer versehen der Geschäftsstelle übergeben worden. Es ist der Klägerin am 17. Mai 2017 zugestellt worden. Auf die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Klägerin nach § 72b Abs. 1 Satz 1 ArbGG hat der Senat mit Beschluss vom 27. Juli 2017 (- 6 AZB 44/17 -) das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der sofortigen Beschwerde, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Die Klägerin hat daraufhin das Rechtsmittel der von ihr am 8. Mai 2017 eingelegten und mit Schriftsatz vom 13. Juni 2017 form- und fristgerecht begründeten Revision mit Schriftsatz vom 6. September 2017 für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung mit Schriftsatz vom 15. September 2017 angeschlossen. 2

II. Das Rechtsmittelverfahren ist wirksam für erledigt erklärt worden. Die nach Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht statthafte und form- und fristgerecht begründete Revision gegen das erst nach Ablauf der Fünf-Monats-Frist abgesetzte, aber innerhalb von sechs Monaten nach Verkündung zugestellte Berufungsurteil ist durch den Beschluss des Senats vom 27. Juli 2017 (- 6 AZB 44/17 -) im Verfahren nach § 72b ArbGG gegenstandslos geworden. In diesem Sonderfall durfte die Klägerin kumulativ die zugelassene Revision und die gesetzlich eröffnete sofortige Beschwerde nach § 72b ArbGG einlegen und beide parallel bis zu einer Entscheidung des Senats über die vorrangige Beschwerde betreiben. Die Kostenentscheidung nach § 91a ZPO kann darum nicht vom Revisionsgericht getroffen werden. Vielmehr muss das Landesarbeitsgericht über die Kosten des für erledigt erklärten Revisionsverfahrens als Teil der Kosten des nach wie vor anhängigen Rechtsstreits entscheiden (*GK-ArbGG/Mikosch Stand Dezember 2017 § 72b Rn. 59*). 3

1. Das Revisionsverfahren ist erledigt. Gegenstand einer Erledigungserklärung kann in einer Konstellation wie der vorliegenden auch das Rechtsmittel der Revision sein (*zum Streitstand Zöller/Althammer ZPO 32. Aufl. § 91a Rn. 19*), weil nur auf diese Weise eine angemessene Kostenentscheidung ermöglicht wird (*BAG 20. Dezember 2007 - 9 AZR 1040/06 - Rn. 8, BAGE 125, 226; BGH 12. Mai 1998 - XI ZR 219/97 - zu II 2 der Gründe*). 4

a) Die Revision war nicht von vornherein unzulässig. Die erst nach Ablauf der Fünf-Monats-Frist abgesetzten Urteilsgründe der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts bildeten im konkreten Fall eine noch rechtsstaatlich ausreichende Grundlage für eine anschließende Entscheidung des Revisionsgerichts. Erst der Beschluss des Senats vom 27. Juli 2017 (- 6 AZB 44/17 -) im Verfahren der sofortigen Beschwerde nach § 72b ArbGG hat der Revision die Grundlage entzogen. 5

aa) Allerdings ist seit der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (27. April 1993 - *GmS-OGB 1/92 - BVerwGE 92, 367*) davon auszugehen, dass ein Urteil, das nicht innerhalb von fünf Monaten nach der Verkündung in vollständiger Form unterschrieben der 6

Geschäftsstelle übergeben wird, als nicht mit Gründen versehen anzusehen ist (st. Rspr. seit BAG 4. August 1993 - 4 AZR 501/92 - BAGE 74, 44). Bis zu einer Entscheidung des Gesetzgebers konnte deshalb ein solches Urteil keine Grundlage mehr für das Revisionsgericht sein, im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde das Vorliegen von Zulassungsgründen in rechtsstaatlicher Weise zu überprüfen. Dadurch, dass die anzufechtende Entscheidung als Urteil ohne Gründe anzusehen war, wurde zwangsläufig der Zugang zum Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren verschlossen. Eine gleichwohl eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde war unzulässig. Vielmehr musste die unterlegene Partei nach Ablauf der Fünf-Monats-Frist unmittelbar Verfassungsbeschwerde gegen das Berufungsurteil einlegen, was zu dessen Aufhebung und Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht führte (BVerfG in st. Rspr. seit 26. März 2001 - 1 BvR 383/00 -; BAG 1. Oktober 2003 - 1 ABN 62/01 - BAGE 108, 55).

bb) Seit der durch das Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrückengesetz) vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3220) eröffneten Möglichkeit, sofortige Beschwerde nach § 72b ArbGG gegen verspätet abgesetzte Urteile einzulegen, besteht ein Wahlrecht für die durch ein solches Urteil beschwerte Partei, ob sie gegen das Urteil das Rechtsmittel der Revision oder die sofortige Beschwerde einlegen will, wenn das Landesarbeitsgericht die Revision zugelassen hat. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass wie hier das vollständig abgefasste Urteil vor Ablauf von sechs Monaten nach der Verkündung und damit sowohl innerhalb der Revisions- als auch der Beschwerdefrist des § 72b Abs. 2 Satz 1 ArbGG zugestellt wird (vgl. GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 72b Rn. 9; Düwell/Lipke/Düwell 4. Aufl. § 72b Rn. 24; GK-ArbGG/Mikosch Stand Dezember 2017 § 72b Rn. 20; ErfK/Koch 17. Aufl. § 72b ArbGG Rn. 3; HWK/Bepler/Treber 7. Aufl. § 72b ArbGG Rn. 10).

(1) Von einer solchen Wahlmöglichkeit ist bereits der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes in seinem Beschluss vom 27. April 1993 (- GmS-OGB 1/92 - BVerwGE 92, 367) ausgegangen. Das folgt aus dem diesen Beschluss abschließenden Satz „Die Gerichte haben deswegen - freilich nur auf

eine entsprechende Rüge hin - im Falle der Überschreitung der Fünf-Monats-Frist ein Urteil, das wegen dieser Fristüberschreitung die Beurkundungsfunktion nicht mehr erfüllt und deswegen als ‚nicht mit Gründen versehen‘ gilt, aufzuheben“.

(2) Auch die gesetzliche Neuregelung setzt ausdrücklich ein solches Wahlrecht voraus. Nach § 72b Abs. 1 Satz 1 ArbGG „kann“ ein verspätet abgesetztes Urteil mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden. Daneben besteht nach Auffassung des Gesetzgebers jedoch auch die Möglichkeit, gegen das verspätet abgesetzte Urteil die zugelassene Revision einzulegen. Diese kann zwar, wie § 73 Abs. 1 Satz 2 ArbGG deutlich macht, nicht auf die Versäumung der Fünf-Monats-Frist gestützt werden. Aus dieser Beschränkung des revisiblen Rechts folgt jedoch unmissverständlich, dass der Gesetzgeber der durch das verspätet abgesetzte Urteil beschwerten Partei auch die Möglichkeit geben wollte, unmittelbar eine revisionsrechtliche Prüfung des Urteils anzustreben, ohne die mit der sofortigen Beschwerde nach § 72b ArbGG zwingend verbundene Verzögerung in Kauf nehmen zu müssen (*vgl. Düwell/Lipke/Düwell 4. Aufl. § 72b Rn. 24*).

9

(3) In der Praxis besteht ein solches Wahlrecht allerdings nur, wenn auch eine den Anforderungen des § 551 Abs. 3 Nr. 1 ZPO genügende Auseinandersetzung erfolgen kann. Anderenfalls wäre die Revision zwingend unzulässig und damit keine praktikable Option. Ist wie hier das Urteil noch vor Ablauf der Revisionsfrist zugestellt worden, ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass sich die Partei entscheiden müsse, ob sie die Revision in der Sache durchführen oder den Rechtsstreit wegen der verspäteten Urteilsabsetzung vor dem Landesarbeitsgericht neu verhandeln lassen wolle (*BR-Drs. 663/04 S. 50 zu § 73 Abs. 1*). Dieser Auffassung steht der Umstand, dass ein verspätet abgesetztes Urteil als nicht mit Gründen versehen gilt und darum, wie unter Rn. 6 ausgeführt, keine rechtsstaatlich geeignete Grundlage für ein Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren sein kann, nicht entgegen (*Bepler RdA 2005, 65, 77*).

10

(a) Die Rechtslage im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beruht allein darauf, dass ein Verfahrensmangel wie die verspätete Absetzung des Urteils

11

kein Grund für die Zulassung der Revision war und ist (*vgl. zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Anhörungsrügensgesetzes: BVerfG 26. März 2001 - 1 BvR 383/00 - zu B I 2 c dd der Gründe; BAG 1. Oktober 2003 - 1 ABN 62/01 - zu II 3 c der Gründe, BAGE 108, 55; zur aktuellen Rechtslage nach § 72b Abs. 1 Satz 2 ArbGG BAG 24. Februar 2015 - 5 AZN 1007/14 - Rn. 3).*

(b) Dagegen eröffneten bereits vor Inkrafttreten des § 72b ArbGG die Bestimmung des § 547 Nr. 6 ZPO bzw. dessen Vorgängerregelung in § 551 Nr. 7 ZPO aF die Möglichkeit, Revision gegen ein verspätet abgesetztes Urteil einzulegen und diese auf den absoluten Revisionsgrund fehlender Urteilsgründe zu stützen. Seit dem 1. Januar 2005 eröffnet § 72b ArbGG insoweit nur einen spezielleren Rechtsbehelf, der neben die bei Zulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht nach wie vor mögliche Revision tritt. 12

(c) Wird das verspätet abgesetzte Urteil noch vor Ablauf von sechs Monaten nach seiner Verkündung und damit innerhalb der Fristen sowohl zur Einlegung der Revision nach § 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG als auch zur Einlegung der sofortigen Beschwerde nach § 72b Abs. 2 Satz 1 ArbGG zugestellt, liegt deshalb eine ausreichende Grundlage für eine materiell-rechtliche Auseinandersetzung mit dem Urteil vor, die für eine zulässige Revision ausreicht (*GK-ArbGG/Mikosch Stand Dezember 2017 § 72b Rn. 20; Bepler RdA 2005, 65, 77; im Ergebnis ebenso GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 72b Rn. 9; nach ErfK/Koch 17. Aufl. § 72b ArbGG Rn. 4 reicht der bloße Hinweis auf die fehlende Zustellung*). Davon ist auch das Bundesarbeitsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung stillschweigend ausgegangen (*BAG 14. Februar 2012 - 3 AZR 260/10 - Rn. 15; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des § 72b ArbGG BAG 16. April 2003 - 4 AZR 367/02 - zu I 2 der Gründe, BAGE 106, 46*). In einem solchen Fall hat die durch das Urteil beschwerte Partei deshalb ein Wahlrecht, ob sie die zugelassene Revision oder die sofortige Beschwerde einlegt. Stattdessen kann sie, um Ungewissheiten zu vermeiden, ob das ihr zugestellte Urteil noch vor Ablauf der Fünf-Monats-Frist mit den Unterschriften sämtlicher Richter der Geschäftsstelle übergeben worden war, auch sofortige Beschwerde nach § 72b ArbGG und Revision kumulativ einlegen, wie es vorliegend erfolgt ist 13

(Düwell/Lipke/Düwell 4. Aufl. § 72b Rn. 26 f.; GMP/Müller-Glöge aaO Rn. 10; GK-ArbGG/Mikosch aaO Rn. 21).

b) Die Revision ist von der Klägerin form- und fristgerecht unter ausreichender Auseinandersetzung mit den einen Tag vor Ablauf der Revisionsfrist zugestellten, verspätet abgesetzten Urteilsgründen eingelegt und begründet worden. Sie ist jedoch durch den Beschluss des Senats nach § 72b ArbGG vom 27. Juli 2017 (- 6 AZB 44/17 -) gegenstandslos geworden. Es wird jedoch der Sachlage nicht gerecht, die Klägerin mit den Kosten ihres gegenstandslos gewordenen Rechtsmittels zu belasten. Dem nachträglichen, rückwirkenden Wegfall der Grundlage des vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsmittels ist deshalb durch die Zulassung einer Erledigungserklärung Rechnung zu tragen. Nur dies ermöglicht eine sachgerechte Verteilung der Kosten (*im Ergebnis ebenso: GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 72b Rn. 10; GK-ArbGG/Mikosch Stand Dezember 2017 § 72b Rn. 59*). 14

aa) Wäre eine Erledigungserklärung nicht statthaft, hätte die Klägerin nach der für sie erfolgreichen Entscheidung über die vom Senat vorrangig zu prüfende, parallel eingelegte sofortige Beschwerde nach § 72b ArbGG (*zum Vorrang der Entscheidung über die Beschwerde: GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 72b Rn. 10; Düwell/Lipke/Düwell 4. Aufl. § 72b Rn. 26; aA GK-ArbGG/Mikosch Stand Dezember 2017 § 72b Rn. 21: keine Vorgabe der Prüfungsreihenfolge*) die Kosten ihrer Revision zu tragen. Sie konnte die Hauptsache nicht für erledigt erklären, weil der Rechtsstreit durch den Beschluss nach § 72b ArbGG nach Aufhebung des verspätet abgesetzten Berufungsurteils an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen und dort noch anhängig ist. Die Klägerin müsste darum, wenn ihr die Alternative, die Revision für erledigt zu erklären, nicht zur Verfügung stünde, die Revision zurücknehmen. Das hätte zur Folge, dass sie gemäß § 72 Abs. 5 ArbGG, §§ 565, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO die Kosten dieses Rechtsmittels zu tragen hätte. 15

bb) Diese Kostenfolge würde der Sachlage nicht gerecht. Der Klägerin war zwar bei Einlegung der Revision am 8. Mai 2017 durch Nachfrage bei der Geschäftsstelle der zuständigen Kammer des Landesarbeitsgerichts bereits be- 16

kannt, dass das angefochtene Urteil nicht innerhalb der Fünf-Monats-Frist abgesetzt worden war. Das ergibt sich aus ihrem Vortrag in der Begründung der sofortigen Beschwerde vom 3. Mai 2017. Sie konnte jedoch noch nicht wissen, ob das Urteil noch innerhalb der Revisionsfrist zugestellt werden würde, wofür die Auskunft der Geschäftsstelle vom 3. Mai 2017 sprach, das Urteil liege dem Vorsitzenden zur Korrektur vor. Es blieb ihr auch unbenommen, nach der innerhalb der offenen Revisionsbegründungsfrist erfolgten Zustellung des Urteils zunächst die Revision bis zu der vorrangigen Entscheidung des Senats über die sofortige Beschwerde nach § 72b ArbGG weiter durchzuführen. Dafür musste sie die Revision begründen, um sicherzustellen, dass dieses Rechtsmittel nicht aus formalen Gründen scheiterte und sie bereits deswegen seine Kosten zu tragen hätte. Die Risikolage, zu der die verspätete Zustellung des Berufungsurteils geführt hatte und die die Klägerin zur Verfolgung ihrer Interessen auf zwei unterschiedlichen prozessualen Wegen zwang, war nicht von der Klägerin, sondern allein von der staatlichen Gerichtsbarkeit ausgelöst worden (vgl. *Düwell/Lipke/Düwell 4. Aufl. § 72b Rn. 26*). Die daraus entstehenden Kosten dürfen deshalb nicht auf die Klägerin abgewälzt werden.

2. Nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung war über die Kosten der Revision gemäß § 91a ZPO nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands zu entscheiden. Diese Bestimmung soll der Partei helfen, deren zunächst zulässige und begründete Klage bzw. deren zunächst zulässiges und in zulässiger Weise begründetes Rechtsmittel durch ein außerhalb ihrer Verantwortungssphäre liegendes Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist (vgl. *BAG 20. Dezember 2007 - 9 AZR 1040/06 - Rn. 9, BAGE 125, 226; MüKoZPO/Schulz 5. Aufl. § 91a Rn. 1*). Dieser Zweck führt vorliegend dazu, dass die Kosten des erledigten Revisionsverfahrens als Teil der Kosten des Rechtsstreits zu behandeln sind, über die das Landesarbeitsgericht zu entscheiden hat, nachdem der Rechtsstreit im Verfahren nach § 72b ArbGG an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden ist. Die Kosten der erledigten Revision hat die nach Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht in der Sache unterliegende Partei zu tragen.

17

- a) Im Regelfall sind die Kosten des erledigten Rechtsmittels der Partei zu übertragen, die im Rechtsmittelzug unterlegen wäre. Alternativ kann das Revisionsgericht die Kosten des erledigten Revisionsverfahrens gegeneinander aufheben, wenn der Verfahrensausgang offen ist. Es entspricht nicht dem Zweck der Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden (vgl. BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 279/08 - Rn. 35; BGH 24. Januar 2017 - KVR 10/16 - Rn. 6). 18
- b) Beide Möglichkeiten führen in der vorliegenden Konstellation nicht zu der von § 91a ZPO bezweckten Kostengerechtigkeit. Sie tragen dem Umstand nicht ausreichend Rechnung, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht, wie im Normalfall der Erledigung der Revision, in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. BAG 20. Dezember 2007 - 9 AZR 1040/06 - Rn. 8, BAGE 125, 226), sondern der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen worden ist. Eine Verteilung der Kosten nach den Erfolgsaussichten der gegen das verspätet abgesetzte Urteil des Berufungsgerichts eingelegten Revision ist deshalb nicht sachgerecht. 19
- c) Die durch § 91a ZPO geforderte Kostenentscheidung „nach billigem Ermessen“ bietet jedoch Raum für eine Verteilung der Kosten, die vom strikten Veranlasser- und Unterliegensprinzip abweicht (vgl. MüKoZPO/Schulz 5. Aufl. § 91a Rn. 1). Eine solche Abweichung ist in der vorliegenden besonderen Fallgestaltung unter dem Gesichtspunkt der Kostengerechtigkeit geboten. Die Klägerin durfte aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten Ausgestaltung des Rechtsschutzes und aus Gründen, die nicht in ihre Risikosphäre, sondern in die des Staates fallen, sofortige Beschwerde nach § 72b ArbGG und Revision parallel einlegen, um ihre Interessen bestmöglich zu wahren. Die daraus nach Erledigung des Rechtsmittels der Revision resultierende Interessenlage bei der Kostenverteilung entspricht derjenigen, die nach einer Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht besteht, wenn die Revision aufgrund der Rüge eines absoluten Revisionsgrundes Erfolg hatte. Darum sind die Kosten, die durch ein Revisionsverfahren entstanden sind, das nach einer erfolgreichen 20

sofortigen Beschwerde nach § 72b ArbGG für erledigt erklärt worden ist, als Teil der Kosten des wieder beim Berufungsgericht anhängigen Rechtsstreits zu behandeln. Die nach Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht in der Sache unterliegende Partei hat auch die Kosten der gegen die verspätet abgesetzte erste Entscheidung des Landesarbeitsgerichts eingelegten Revision zu tragen. Das gilt unabhängig davon, wie das Revisionsverfahren ausgegangen wäre, wenn das damit angefochtene Berufungsurteil nicht nach § 72b ArbGG aufgehoben worden wäre.

aa) Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, dürfen gemäß § 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO vom Revisionsgericht nur geprüft werden, wenn eine ordnungsgemäße Verfahrensrüge erhoben worden ist. Das gilt auch für die absoluten Revisionsgründe des § 547 ZPO und sogar dann, wenn erst die Rüge eines absoluten Revisionsgrundes zur Zulassung der Revision geführt hat (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - Rn. 13*). Rügt der Revisionskläger den absoluten Revisionsgrund nicht, muss das Revisionsgericht den Rechtsstreit materiell-rechtlich entscheiden. Macht der Revisionskläger dagegen den Verfahrensfehler ordnungsgemäß geltend, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, das dann auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat (*BAG 25. Januar 2012 - 4 AZR 185/10 -*). Liegt ein absoluter Revisionsgrund vor, kann also der Revisionskläger durch seine Prozesstaktik den Prüfungsumfang des Revisionsgerichts beeinflussen. Zugleich entscheidet er damit darüber, ob eine den Rechtsstreit abschließende Entscheidung ergehen kann oder dessen Erledigung durch eine Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht verzögert wird. Erhebt der Revisionskläger die Rüge des absoluten Revisionsgrundes und führt diese zum Erfolg der Revision, hat er gleichwohl auch die Kosten seiner erfolgreichen Revision zu tragen, wenn er nach der Zurückverweisung an das Berufungsgericht endgültig unterliegt. Obsiegt er endgültig, hat dagegen der Revisionsbeklagte, der auf die Prozesstaktik seines Gegners keinen Einfluss hatte, auch die Mehrkosten zu tragen, die durch die Zurückverweisung entstanden sind.

21

- bb) Dieser Sachlage entspricht die Interessen- und Risikoverteilung in der vorliegenden Konstellation. Der Gesetzgeber hat sich dagegen entschieden, der durch ein verspätet abgesetztes Berufungsurteil beschwerten Partei die Möglichkeit zu eröffnen, diesen Verfahrensfehler als Unterfall des absoluten Revisionsgrundes nach § 547 Nr. 6 ZPO im Revisionsverfahren zu rügen oder darauf die Zulassung der Revision zu stützen. Er hat stattdessen zur Behebung dieses Verfahrensfehlers mit der sofortigen Beschwerde nach § 72b ArbGG einen spezielleren Rechtsbehelf geschaffen, der parallel zu einer zugelassenen Revision verfolgt werden kann. Hat die sofortige Beschwerde Erfolg, führt dies gemäß § 72b Abs. 5 Satz 1 ArbGG zwingend zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Ungeachtet der Aufspaltung der Möglichkeiten, gegen ein verspätet abgesetztes Urteil des Landesarbeitsgerichts, gegen das die Revision zugelassen ist, vorzugehen, sind darum nach § 91a ZPO auch die Kosten der anschließend für erledigt erklärten Revision noch als Kosten des Rechtsstreits zu behandeln, über die nach der Zurückverweisung an das Berufungsgericht im Verfahren nach § 72b ArbGG das Landesarbeitsgericht zu entscheiden hat. 22
- III. Die Entscheidung war nur von den berufsrichterlichen Mitgliedern des Senats zu treffen (*BAG 23. August 1999 - 4 AZR 686/98 - zu II 1 der Gründe*). 23

Fischermeier

Spelge

Heinkel