Entscheidungen

Siehe auch: **Pressemitteilung Nr. 18/14 vom 15.4.2014**

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 15.4.2014, 3 AZR 51/12

Betriebsrentenanpassung - wirtschaftliche Lage des Versorgungsschuldners - Verschmelzung - Pension-Trust - betriebliche Übung

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 28. September 2011 - 8 Sa 244/11 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

1 Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, die monatliche Betriebsrente des Klägers nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG zum 1. Januar 2010 an den Kaufkraftverlust anzupassen.

2 Der Kläger war vom 1. November 1957 bis zum 31. Januar 1995 bei der D AG als außertariflicher Angestellter *(im Folgenden: AT-Angestellter)* beschäftigt. Er bezieht seit dem 1. Januar 1998 eine Betriebsrente, die bei Rentenbeginn 1.658,00 DM *(= 847,72 Euro)* monatlich betrug. Die D AG, die die Anpassungsprüfungen zum 1. Januar eines jeden Kalenderjahres gebündelt durchführte, passte die Betriebsrente des Klägers letztmalig zum 1. Januar 2007 auf 964,00 Euro monatlich an. Zum Anpassungsstichtag 1. Januar 2009 hob sie die Betriebsrenten ihrer ehemaligen Mitarbeiter um 7,28 % an.

3 Die D AG wurde aufgrund Verschmelzungsvertrags vom 27. März 2009 am 11. Mai 2009 auf die Beklagte verschmolzen.

4 Im Jahr 2004 war der C Pension-Trust e. V. *(im Folgenden: CPT)* gegründet worden. Nach § 2 der Satzung des CPT ist dessen Zweck „die treuhänderische Übernahme und Verwaltung von Vermögensgegenständen (…), die der Sicherung und Erfüllung von gegenwärtigen und künftigen Ansprüchen von Rentnern, Hinterbliebenen und Anwärtern aus kollektiv- oder individualrechtlichen Regelungen der betrieblichen Altersversorgung oder aus sonstigen dienst- und arbeitsrechtlichen Vergütungsvereinbarungen … dienen“. In dem zwischen der Beklagten und dem CPT geschlossenen „Treuhandrahmenvertrag betreffend die Ausfinanzierung, Sicherung und Befriedigung von Versorgungsansprüchen“ in der Neufassung vom 27./29. September 2010 *(im Folgenden: CPT-Treuhandrahmenvertrag)* heißt es:

„**Präambel**

1. Bei der Gesellschaft bestehen aufgrund unmittelbarer Versorgungszusagen zugunsten aktiver und ausgeschiedener Mitglieder des Vorstandes der Gesellschaft (oder einer Rechtsvorgängerin der Gesellschaft), aktiver und ausgeschiedener Mitarbeiter der Gesellschaft (oder einer Rechtsvorgängerin der Gesellschaft) sowie - nach Versterben der vorgenannten Personen - zugunsten ihrer versorgungsberechtigten Hinterbliebenen (Versorgungsberechtigte), gegenwärtige und zukünftige Verpflichtungen zur Erbringung von Leistungen betrieblicher Altersversorgung

(Pensionslasten).

2. Die Gesellschaft hat eine externe Rückdeckung der Pensionslasten durch treuhänderische Übertragung der zur (gegebenenfalls anteiligen) Ausfinanzierung und ergänzenden Sicherung der Pensionslasten erforderlichen Mittel an einen rechtlich selbständigen Dritten (Treuhänder) vorgenommen und beabsichtigt dies gemäß den Regelungen dieses Vertrags weiterhin zu tun.

3. Hiermit verfolgt sie den Zweck, die Erfüllung der Pensionslasten gemäß den näheren Bestimmungen dieses Vertrags auch für den Fall zu gewährleisten, dass

   - über ihr Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder
   - die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mangels Masse abgelehnt wird oder
   - zwischen ihr und den betreffenden Gläubigern ein außergerichtlicher Vergleich (Stundungs-, Quoten oder Liquidationsvergleich) zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens geschlossen wird oder
   - ihre Betriebstätigkeit vollständig eingestellt wird und ein Insolvenzverfahren mangels Masse offensichtlich nicht in Betracht kommt,

   (Sicherungsfall).

4. Außerdem sollen die treuhänderisch zur (gegebenenfalls anteiligen) Ausfinanzierung und ergänzenden Sicherung der Pensionslasten auf den Treuhänder übertragenen Mittel in dem nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) (Verordnung (EG) Nr. 1606/2002) zum jeweiligen Bilanzstichtag aufzustellenden Konzernabschluss der Gesellschaft als ‚plan assets' im Sinne von IAS 19 (oder der jeweiligen IFRS-Nachfolgeregelung) angesetzt werden. Dies vorausgeschickt vereinbaren die Parteien, was folgt:

§ 1 Vertragsgegenstand

1. Gegenstand dieses Vertrags ist die externe (gegebenenfalls anteilige) Ausfinanzierung, ergänzende Sicherung und - im Sicherungsfall - die Befriedigung von Ansprüchen bzw. gesetzlich oder vertraglich unverfallbaren Anwartschaften der Versorgungsberechtigten auf Leistungen betrieblicher Altersversorgung aus unmittelbaren Versorgungszusagen der Gesellschaft (nachfolgend einheitlich als ‚Versorgungsansprüche' bezeichnet). …; Gegenstand dieses Vertrags ist weiterhin die Befriedigung von Versorgungsansprüchen in Fällen, in denen fällige Versorgungsansprüche durch die Gesellschaft mehr als 30 Tage nach Fälligkeit nicht erfüllt werden (Verzögerungsfall) nach Maßgabe der näheren Bestimmungen dieses Vertrags, solange die Verzögerung andauert.

2. Drittbegünstigte nach § 328 Abs. 1 BGB unter diesem Vertrag sind … die Versorgungsberechtigten im Sinne dieses Vertrags.

…

§ 3 Verwaltungstreuhand

1. Die Gesellschaft überträgt dem Treuhänder auf dessen in § 2 dieses Vertrages genannte Treuhandkonto bzw.

   -konten oder Treuhanddepot(s) aufgrund gesondert zu schließender Übertragungsvereinbarungen gemäß dem als Anlage 2 beigefügten Muster Geldbeträge bzw. Wertpapiere oder Fondsanteile (Vermögenswerte), die der Ausfinanzierung und Insolvenzsicherung der unter § 1 dieses Vertrages genannten Versorgungsansprüche zu dienen bestimmt sind, …

…

4. … Im Sicherungsfall ist mit dem Treuhandvermögen gemäß den Regelungen in § 9 dieses Vertrags zu verfahren.

5. Solange der Vertrag nicht beendet und kein Sicherungsfall eingetreten ist, kann die Gesellschaft eine Erstattung aus dem Treuhandvermögen verlangen, soweit sie Leistungen zur Erfüllung von Versorgungsansprüchen, die durch diesen Vertrag gesichert sind, erbracht hat, …

6. Unabhängig von dem vorstehend geregelten Erstattungsfall kann die Gesellschaft vom Treuhänder die Rückübertragung von Treuhandvermögen verlangen, soweit bilanzielle Regelungen nach IFRS die Rückübertragung von Treuhandvermögen gestatten, ohne dass dadurch die Qualifizierung des (verbleibenden) Treuhandvermögens als ‚plan assets' im Sinne von IAS 19 gefährdet wird. Auch die Regelung in Absatz 1 bleibt unberührt.

§ 4 Echter Vertrag zugunsten Dritter; Sicherungstreuhand

1. Der Treuhänder hält das Treuhandvermögen nicht nur als Verwaltungstreuhänder der Gesellschaft aufgrund der Regelung in § 3 dieses Vertrages, sondern zugleich als Sicherungstreuhänder jedes Versorgungsberechtigten nach Maßgabe der näheren Regelungen dieses Vertrags. Das Sicherungstreuhandverhältnis wird durch diesen Vertrag, der insoweit einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB darstellt, begründet und ist unabhängig vom Bestand der Verwaltungstreuhand nach § 3 dieses Vertrags. Aus dem Sicherungstreuhandverhältnis ist jeder Versorgungsberechtigte im Sicherungsfalle unmittelbar berechtigt, vom Treuhänder aus dem Treuhandvermögen Befriedigung seiner Ansprüche gegenüber der Gesellschaft aus Versorgungsansprüchen im Sinne von § 1 dieses Vertrages nach Maßgabe von § 9 dieses Vertrages zu fordern (echter Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB). …

…

§ 5 Echter Vertrag zugunsten Dritter; Ansprüche im Verzögerungsfall

1. Liegt bei einem Versorgungsberechtigten ein Verzögerungsfall vor, ohne dass ein Sicherungsfall eingetreten ist, ist der jeweilige Versorgungsberechtigte berechtigt, unmittelbar vom Treuhänder aus dem Treuhandvermögen unter den Voraussetzungen der Regelung in § 11 dieses Vertrags die Befriedigung seines fälligen Versorgungsanspruchs gegen die Gesellschaft zu verlangen. Weiterhin ist der jeweilige Versorgungsberechtigte berechtigt, unmittelbar vom Treuhänder aus dem Treuhandvermögen jeweils bei Fälligkeit auch die Befriedigung nachfolgend fällig werdender Versorgungsansprüche gegenüber der Gesellschaft zu verlangen. Dies gilt so lange, bis die Gesellschaft (wieder) beginnt, den jeweiligen Versorgungsanspruch bei Fälligkeit zu erfüllen, längstens aber bis zum Eintritt des Sicherungsfalls. Die vorstehend dargestellten Rechte der Versorgungsberechtigten werden unmittelbar durch diesen Vertrag, der insoweit einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB darstellt, begründet. …

…"

5 Im Jahr 2005 war der Pension-Trust der D e. V. gegründet worden. In dem zwischen der D AG und dem Pension-Trust der D e. V. geschlossenen „Treuhandvertrag" in der Fassung vom 16. März 2009 *(im Folgenden: Treuhandvertrag)* sind die folgenden Vereinbarungen getroffen:

„…

Definitionsverzeichnis

…

Versorgungsansprüche

Ansprüche und Anwartschaften von Versorgungsberechtigten auf Erbringung von Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge, für die grundsätzlich im Konzernabschluss

eine Schuld (‚liability') auszuweisen wäre.

…

Versorgungsverpflichtungen

Die aus den Versorgungsansprüchen der Versorgungsberechtigten resultierenden Versorgungsverpflichtungen der Gesellschaft.

…

Präambel

(1) Aktiven und ausgeschiedenen Mitarbeitern der Gesellschaft, aktiven und ausgeschiedenen Mitgliedern des Vorstands der Gesellschaft sowie - nach Versterben der vorgenannten Personen - ihren Hinterbliebenen (die genannten Personenkreise werden nachfolgend gemeinsam als ‚Versorgungsberechtigte' bezeichnet) stehen aufgrund unmittelbarer Versorgungszusagen gegenüber der Gesellschaft Ansprüche und Anwartschaften auf Erbringung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu, für die (ohne die durch diesen Vertrag bezweckte Saldierung) im Konzernabschluss eine Schuld (‚liability') auszuweisen wäre. Diese Ansprüche und Anwartschaften werden nachfolgend einheitlich als ‚Versorgungsansprüche' bezeichnet. …

(2) Die Gesellschaft beabsichtigt, die Versorgungsansprüche durch eine externe Rückdeckung in dem durch diesen Vertrag näher bestimmten Umfang insolvenzfest abzusichern. Dies erfolgt durch treuhänderische Übertragung der zur entsprechenden (gegebenenfalls anteiligen) Ausfinanzierung und Sicherung erforderlichen Vermögensgegenstände auf einen rechtlich selbständigen Dritten (Treuhänder).

(3) Mit dem Abschluss des Treuhandvertrags und der Übertragung der Vermögensgegenstände nach Maßgabe dieses Vertrags verfolgt die Gesellschaft den Zweck, die Erfüllung der Versorgungsansprüche mit Ausnahme der bei Eintritt des Sicherungsfalls noch verfallbaren Anwartschaften gemäß den näheren Bestimmungen in diesem Vertrag auch für den Fall zu gewährleisten, dass

- über ihr Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder
- die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mangels Masse abgelehnt wird oder
- zwischen ihr und den betreffenden Gläubigern ein außergerichtlicher Vergleich zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens geschlossen wird oder
- ihre Betriebstätigkeit vollständig eingestellt wird und ein Insolvenzverfahren mangels Masse offensichtlich nicht in Betracht kommt

(jeder dieser Fälle nachfolgend ‚Sicherungsfall').

(4) Weiterhin verfolgt die Gesellschaft den Zweck, durch die treuhänderische Übertragung der Vermögensgegenstände auf einen rechtlich selbständigen Dritten sicherzustellen, dass die Versorgungsansprüche auch in den Fällen zeitnah erfüllt werden, in denen die Gesellschaft die Erfüllung - ohne dass ein Sicherungsfall eingetreten ist - nachhaltig verzögert. Ein solcher Verzögerungsfall liegt vor, wenn ein fälliger Versorgungsanspruch mehr als 30 Tage nach Fälligkeit nicht erfüllt worden ist (nachfolgend ‚Verzögerungsfall').

(5) Außerdem soll durch die treuhänderische Übertragung der zur (gegebenenfalls anteiligen) Ausfinanzierung und Sicherung der Versorgungsansprüche erforderlichen Mittel im Konzernabschluss eine Saldierung der wegen der Versorgungsansprüche auszuweisenden Schuld (‚liability') mit den die Versorgungsverpflichtungen bedeckenden und separierten Aktiva (‚plan assets')

erreicht werden.

Dies vorausgeschickt vereinbaren die Parteien folgendes:

§ 1 Vertragsgegenstand

(1) Gegenstand dieses Vertrags ist die externe (gegebenenfalls anteilige) Ausfinanzierung und Sicherung von Versorgungsansprüchen sowie - im Sicherungsfall - die (gegebenenfalls anteilige) Befriedigung von zu diesem Zeitpunkt gesetzlich oder vertraglich unverfallbaren Versorgungsansprüchen; Gegenstand dieses Vertrags ist weiterhin im Verzögerungsfall die Befriedigung von in diesem Zeitpunkt unverfallbaren Versorgungsansprüchen, solange der Verzögerungsfall andauert.

(2) Durch diesen Vertrag wird eine Verwaltungstreuhand zwischen der Gesellschaft und dem Treuhänder im Sinne des § 3 dieses Vertrags sowie eine Sicherungstreuhand zwischen dem Treuhänder und den Versorgungsberechtigten im Sinne des § 4 dieses Vertrags begründet (Doppeltreuhandverhältnis).

...

§ 2 Treuhandvermögen

Der Treuhänder eröffnet ein auf seinen Namen lautendes, als offenes Treuhanddepot geführtes Wertpapierdepot sowie ein damit korrespondierendes, als offenes Treuhandkonto geführtes Kontokorrentkonto bei einem deutschen Kreditinstitut seiner Wahl. Das Treuhanddepot und das Treuhandkonto führen den Zusatz ‚wegen Versorgungsansprüchen von Versorgungsberechtigten'. Die in dem vorgenannten Wertpapierdepot und auf dem Kontokorrentkonto gebuchten Werte sowie weitere von der Gesellschaft auf den Treuhänder zur treuhänderischen Verwaltung im Rahmen dieses Vertrags übertragene Vermögenswerte bzw. deren Surrogate stellen ein rechtlich vom Treuhänder gehaltenes Vermögen dar, mit dem der Treuhänder nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen zu verfahren hat (nachfolgend ‚Treuhandvermögen'). …

§ 3 Verwaltungstreuhand

(1) Die Gesellschaft überträgt dem Treuhänder entweder Geldbeträge auf dessen in § 2 dieses Vertrages genanntes Kontokorrentkonto oder andere Vermögensgegenstände, die der (gegebenenfalls anteiligen) Ausfinanzierung und Sicherung der Versorgungsansprüche zu dienen bestimmt sind. …

…

(7) … Im Sicherungsfall ist mit dem Treuhandvermögen gemäß den Regelungen in § 9 dieses Vertrags zu verfahren. Die mögliche Verpflichtung zur Rückübertragung des Treuhandvermögens an die Gesellschaft richtet sich nach den Regelungen in § 9 dieses Vertrags.

(8) Solange der Vertrag nicht beendet und kein Sicherungsfall eingetreten ist, kann die Gesellschaft vom Treuhänder eine Erstattung aus dem Treuhandvermögen verlangen, soweit sie Leistungen zur Erfüllung von Versorgungsansprüchen, die durch diesen Vertrag gesichert sind, erbracht hat. …

(9) Unabhängig von dem in Absatz 8 Satz 1 geregelten Fall (Erstattung) kann die Gesellschaft vom Treuhänder die Rückübertragung von Treuhandvermögen verlangen, soweit bilanzielle Regelungen nach IFRS und US-GAAP die Rückübertragung von Treuhandvermögen gestatten, ohne dass dadurch der in Absatz 5 der Präambel genannte Zweck gefährdet wird. Treuhandvermögen darf allerdings in Fällen dieses Absatzes nur zurück übertragen werden, soweit die dbo der (weiterhin) durch diesen Vertrag gegen Insolvenz gesicherten Versorgungsansprüche durch das beim Treuhänder verbleibende

Treuhandvermögen vollumfänglich abgesichert ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Feststellung ist der Zeitpunkt der Rückübertragung.

…

§ 4 Echter Vertrag zugunsten Dritter;

Sicherungstreuhand

(1) Der Treuhänder hält das Treuhandvermögen nicht nur als Verwaltungstreuhänder der Gesellschaft aufgrund der Regelung in § 3 dieses Vertrags, sondern zugleich als Sicherungstreuhänder jedes Versorgungsberechtigten nach Maßgabe der näheren Regelungen dieses Vertrags. Das Sicherungstreuhandverhältnis wird durch diesen Vertrag, der insoweit einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB darstellt, begründet und ist unabhängig vom Bestand der Verwaltungstreuhand nach § 3 dieses Vertrags. Das Sicherungstreuhand Verhältnis entsteht unmittelbar mit Abschluss dieses Vertrags und darf nur dann ohne schriftliche Einwilligung der jeweiligen Versorgungsberechtigten aufgehoben werden, wenn die Aufhebung der Begründung einer anderen, zumindest gleichwertigen Sicherung dient. Aus dem Sicherungstreuhandverhältnis ist jeder Versorgungsberechtigte mit Abschluss dieses Vertrags berechtigt, vom Treuhänder ein Verhalten im Interesse der Sicherung seiner jeweiligen Versorgungsansprüche nach Maßgabe der Regelungen dieses Vertrags zu verlangen. Im Sicherungsfall kann jeder Versorgungsberechtigte unmittelbar vom Treuhänder aus dem Treuhandvermögen Befriedigung seiner Versorgungsansprüche gegenüber der Gesellschaft, soweit sie zu diesem Zeitpunkt gesetzlich oder vertraglich unverfallbar sind, gemäß den näheren Regelungen in § 9 dieses Vertrags verlangen.

(2) Im Sicherungsfall ist der Treuhänder verpflichtet, zunächst seine Verpflichtungen aus Absatz 1 Satz 5 zu erfüllen, bevor er Ansprüche der Gesellschaft aus diesem Vertrag einschließlich etwaiger Rückübertragungs- oder Rückabwicklungsansprüche der Gesellschaft aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aufgrund insolvenzrechtlicher oder anderer gesetzlicher Regelungen erfüllt. Solange der Sicherungsfall nicht eingetreten ist, darf der Treuhänder das Treuhandvermögen (ganz oder teilweise) nur nach Maßgabe der Regelungen in § 3 Abs. 8 und Abs. 9, § 14 Abs. 2 sowie § 17 dieses Vertrags an die Gesellschaft zurück übertragen.

…

§ 5 Echter Vertrag zugunsten Dritter; Ansprüche im Verzögerungsfall

(1) Liegt bei einem Versorgungsberechtigten ein Verzögerungsfall vor, ohne dass ein Sicherungsfall eingetreten ist, ist der jeweilige Versorgungsberechtigte berechtigt, unmittelbar vom Treuhänder aus dem Treuhandvermögen unter den Voraussetzungen der Regelung in § 11 dieses Vertrags die Befriedigung seines fälligen Versorgungsanspruchs gegen die Gesellschaft zu verlangen. Weiterhin ist der jeweilige Versorgungsberechtigte berechtigt, unmittelbar vom Treuhänder aus dem Treuhandvermögen jeweils bei Fälligkeit die Befriedigung nachfolgend fällig werdender Versorgungsansprüche gegenüber der Gesellschaft zu verlangen. Dies gilt so lange, bis die Gesellschaft (wieder) beginnt, den jeweiligen Versorgungsanspruch bei Fälligkeit zu erfüllen, längstens aber bis zum Eintritt des Sicherungsfalls. Die vorstehend dargestellten Rechte der Versorgungsberechtigten werden unmittelbar mit Abschluss dieses Vertrags, der insoweit einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB darstellt, begründet. Diese Rechte können nur dann ohne schriftliche Einwilligung des jeweiligen Versorgungsberechtigten aufgehoben werden, wenn die Aufhebung der Begründung einer anderen, zumindest gleichwertigen Sicherung der Versorgungsberechtigten im Verzögerungsfall dient.

…“

6 Der Pension-Trust der ehemaligen D e. V. wurde zum 3. Juli 2009 auf den CPT verschmolzen.

7 Ende des Jahres 2008 entschied die Beklagte, zur Stabilisierung ihrer Eigenkapitalbasis das mit dem Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds *(Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz)* vom 17. Oktober 2008 *(BGBl. I S. 1982)* zur Verfügung gestellte Programm zu nutzen. Der Finanzmarktstabilisierungsfonds *(im Folgenden: SoFFin)* leistete zum 31. Dezember 2008 eine stille Einlage iHv. 8.200.000.000,00 Euro in das Unternehmensvermögen der Beklagten. Die Beklagte verpflichtete sich, in den Geschäftsjahren 2009 und 2010 für das jeweils vorangegangene Geschäftsjahr keine Dividenden zu zahlen. Am 3. Juni 2009 schlossen die Beklagte und der SoFFin einen Aktienübernahmevertrag, wonach der SoFFin rund 295.000.000 neuer Stammaktien zum Preis von 6,00 Euro pro Aktie erwarb. Infolge des Aktienerwerbs hielt der SoFFin 25 % und eine Aktie an der Beklagten. Zudem erbrachte der SoFFin zum 4. Juni 2009 eine weitere stille Einlage iHv. 8.228.000.000,00 Euro in das Unternehmensvermögen der Beklagten. Die vom SoFFin geleisteten stillen Einlagen wurden zu 100 % dem Kernkapital der Beklagten iSv. § 10 Abs. 2 Satz 2 KWG in der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Fassung zugerechnet und waren im Fall eines Bilanzgewinns der Beklagten mit 9 % jährlich zu verzinsen. In Jahren mit Dividendenzahlungen stieg der Zinssatz der stillen Einlage. Die Rückzahlung der Einlagen hatte zum Nominalwert zu erfolgen.

8 Die Beklagte lehnte eine Anpassung der Betriebsrente des Klägers und weiterer ca. 4.000 Betriebsrentner zum 1. Januar 2010 unter Hinweis auf ihre wirtschaftliche Lage ab.

9 Nach den von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P AG geprüften und testierten handelsrechtlichen Jahresabschlüssen hatte die Beklagte in den Jahren 2008 und 2009 Verluste erwirtschaftet. Auch das Jahr 2010 schloss mit einem Fehlbetrag. Die D AG hatte im Jahr 2008 ebenfalls Verluste zu verzeichnen.

10 Der Kläger hat von der Beklagten zum 1. Januar 2010 eine Anpassung seiner zuletzt iHv. 964,00 Euro bezogenen Betriebsrente um den von Dezember 2006 bis Dezember 2009 zu verzeichnenden Anstieg der Verbraucherpreise verlangt, den er mit 5,273 % beziffert hat. Er hat deshalb einen monatlichen Differenzbetrag von 50,83 Euro geltend gemacht. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die wirtschaftliche Lage der Beklagten stehe einer Anpassung seiner Betriebsrente nicht entgegen. Die Beklagte dürfe ihrer Prognose nicht das Zahlenwerk aus ihren nach handelsrechtlichen Rechnungslegungsregeln erstellten Unternehmensjahresabschlüssen zugrunde legen. Es komme vielmehr auf die Konzernergebnisse an, die aus den nach internationalen Rechnungslegungsregeln erstellten Konzernjahresabschlüssen ersichtlich seien. Danach rechtfertige die wirtschaftliche Lage die Ablehnung der Betriebsrentenanpassung nicht. Sollte es auf die nach den Rechnungslegungsregeln des HGB erstellten Unternehmensjahresabschlüsse der Beklagten ankommen, ergebe sich nichts anderes. Aus diesen Abschlüssen müssten alle anlässlich der Verschmelzung mit der D AG eingetretenen Verluste und die Verluste der Tochtergesellschaft E AG sowie alle anderen Sonderabschreibungen herausgerechnet werden. Diese einmaligen Geschäftsereignisse seien nicht repräsentativ für die künftige Ertragslage der Beklagten. Die Verluste in den Jahren 2008 und 2009 seien auf die Finanzmarktkrise zurückzuführen. Auch hierbei handele es sich um ein einmaliges Ereignis, sodass diese Verluste für die Prognose der wirtschaftlichen Lage nach dem 1. Januar 2010 nicht herangezogen werden könnten. Dass die Beklagte vom SoFFin staatliche Hilfe in Anspruch genommen habe, rechtfertige keine andere Beurteilung. Die Beklagte selbst sei nach Pressemitteilungen davon ausgegangen, einen Großteil der stillen Einlage des SoFFin bis Juni 2011 zurückzuzahlen. Im Übrigen wirke sich eine Betriebsrentenanpassung zum Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 nur geringfügig auf die Eigenkapitalrendite der Beklagten aus. Die Beklagte habe Rückstellungen in Milliardenhöhe gebildet, auf die sie zur Finanzierung der Betriebsrentenanpassungen zurückgreifen müsse. Auch seien das Vermögen und die erzielten Erträge der inzwischen verschmolzenen treuhänderischen Pension-Trusts der ehemaligen D AG und der Beklagten zu berücksichtigen. Die D AG habe die Betriebsrenten ihrer ehemaligen Mitarbeiter zum Anpassungsstichtag 1. Januar 2009 aus den Erträgen und ggf. auch aus dem Stamm des Pension-Trusts der D AG aufgestockt.

11 Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn rückständige Betriebsrente für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 30. April 2011 iHv. insgesamt 813,28 Euro nebst Zinsen

iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu zahlen,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ab dem 1. Mai 2011 über die bisher gezahlte Betriebsrente iHv. monatlich 964,00 Euro hinaus monatlich weitere 50,83 Euro zu zahlen.

12 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

13 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

14 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat gemäß § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG keinen Anspruch auf Anpassung seiner Betriebsrente ab dem 1. Januar 2010 an den Kaufkraftverlust.

15 I. Die Beklagte war nach § 16 Abs. 1 BetrAVG verpflichtet, zum 1. Januar 2010 zu prüfen, ob eine Anpassung der Betriebsrente des Klägers an den Kaufkraftverlust zu erfolgen hatte.

16 Nach § 16 Abs. 1 BetrAVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu prüfen und hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden. Das bedeutet, dass er in zeitlichen Abständen von jeweils drei Jahren nach dem individuellen Leistungsbeginn die Anpassungsprüfung vorzunehmen hat. Ausgehend vom Rentenbeginn des Klägers am 1. Januar 1998 stand seine Betriebsrente am 1. Januar 2010 zur Anpassungsprüfung an.

17 II. Die Entscheidung der Beklagten, die Betriebsrente des Klägers zum 1. Januar 2010 nicht an den seit Rentenbeginn eingetretenen Kaufkraftverlust anzupassen, entspricht billigem Ermessen gemäß § 16 Abs. 1 BetrAVG.

18 1. Bei der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG hat der Arbeitgeber die Belange der Versorgungsempfänger sowie seine eigene wirtschaftliche Lage zu berücksichtigen. Lässt die wirtschaftliche Lage eine Anpassung der Betriebsrenten nicht zu, ist der Arbeitgeber zur Anpassung nicht verpflichtet. Die wirtschaftliche Lage der Beklagten stand einer Anpassung der Betriebsrente des Klägers an den Kaufkraftverlust zum 1. Januar 2010 entgegen.

19 a) Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers iSv. § 16 Abs. 1 BetrAVG ist eine zukunftsbezogene Größe. Sie umschreibt die künftige Belastbarkeit des Arbeitgebers und setzt eine Prognose voraus. Beurteilungsgrundlage für die zum Anpassungsstichtag zu erstellende Prognose ist grundsätzlich die bisherige wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens vor dem Anpassungsstichtag, soweit daraus Schlüsse für dessen weitere Entwicklung gezogen werden können. Für eine zuverlässige Prognose muss die bisherige Entwicklung über einen längeren repräsentativen Zeitraum von in der Regel drei Jahren ausgewertet werden *(st. Rspr., vgl. etwa BAG 28. Mai 2013 - 3 AZR 125/11 - Rn. 39)*. Dabei handelt es sich grundsätzlich um einen Mindestzeitraum, der nicht stets und unter allen Umständen ausreichend ist. Ausnahmsweise kann es geboten sein, auf einen längeren Zeitraum abzustellen. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn die spätere Entwicklung der wirtschaftlichen Lage zu berechtigten Zweifeln an der Vertretbarkeit der Prognose des Arbeitgebers führt *(vgl. BAG 25. April 2006 - 3 AZR 50/05 - Rn. 55)*.

20 Zwar ist maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt der Anpassungsstichtag. Allerdings kann sich auch die wirtschaftliche Entwicklung nach dem Anpassungsstichtag auf die Überprüfung der Anpassungsentscheidung des Arbeitgebers auswirken. Die wirtschaftlichen Daten nach dem Anpassungsstichtag bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz können die frühere Prognose bestätigen oder entkräften. Voraussetzung für die Berücksichtigung einer späteren Entwicklung ist allerdings, dass die Veränderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens zum Anpassungsstichtag bereits vorhersehbar waren. Spätere unerwartete Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens können erst bei der nächsten Anpassungsprüfung berücksichtigt werden *(vgl. BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 41 mwN)*.

21 b) Da für die Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers maßgeblich ist, kommt es auf die Verhältnisse im Unternehmen des versorgungspflichtigen Arbeitgebers an. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber in einen Konzern eingebunden ist. Ein Konzern ist lediglich eine wirtschaftliche Einheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit und kann demnach nicht Schuldner der Betriebsrentenanpassung sein *(BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 54)*.

22 Ist der Versorgungsschuldner aus einer Verschmelzung zweier Unternehmen entstanden, die in dem für die Prognose maßgeblichen repräsentativen Zeitraum stattgefunden hat, kann es auch auf die wirtschaftliche Entwicklung der beiden ursprünglich selbstständigen Unternehmen bis zur Verschmelzung ankommen *(vgl. BAG 20. August 2013 - 3 AZR 750/11 - Rn. 39; 31. Juli 2007 - 3 AZR 810/05 - Rn. 23, BAGE 123, 319)*. Die Verschmelzung ist bei der Prognose zu berücksichtigen. Maßgeblich ist deshalb, ob aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung der beiden ursprünglich selbstständigen Unternehmen am Anpassungsstichtag damit zu rechnen war, dass der Versorgungsschuldner zu der Anpassung in der Lage sein wird *(BAG 31. Juli 2007 - 3 AZR 810/05 - Rn. 24, aaO)*. Diese Grundsätze gelten nicht nur bei einer Verschmelzung eines wirtschaftlich gesunden Unternehmens auf ein wirtschaftlich schwaches Unternehmen, sondern auch dann, wenn ein wirtschaftlich schwaches Unternehmen auf ein wirtschaftlich starkes Unternehmen verschmolzen wird *(vgl. BAG 28. Mai 2013 - 3 AZR 125/11 - Rn. 54)*.

23 c) Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers rechtfertigt die Ablehnung einer Betriebsrentenanpassung insoweit, als das Unternehmen dadurch übermäßig belastet und seine Wettbewerbsfähigkeit gefährdet würde. Die Wettbewerbsfähigkeit wird beeinträchtigt, wenn keine angemessene Eigenkapitalverzinsung erwirtschaftet wird oder wenn das Unternehmen nicht mehr über genügend Eigenkapital verfügt. Bei einer ungenügenden Eigenkapitalverzinsung reicht die Ertragskraft des Unternehmens nicht aus, um die Anpassungen finanzieren zu können, weshalb es entgegen der Rechtsauffassung des Klägers nicht von Bedeutung ist, in welchem Umfang sich mögliche Anpassungslasten bis zum nächsten Anpassungsstichtag auf die Eigenkapitalverzinsung auswirken. Bei einer ungenügenden Eigenkapitalausstattung muss verlorene Vermögenssubstanz wieder aufgebaut werden, bevor dem Unternehmen die Anpassung von Betriebsrenten zugemutet werden kann. Demnach rechtfertigt die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers die Ablehnung einer Betriebsrentenanpassung nur insoweit, als dieser annehmen darf, dass es ihm mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht möglich sein wird, den Teuerungsausgleich aus den Unternehmenserträgen und den verfügbaren Wertzuwächsen des Unternehmensvermögens in der Zeit bis zum nächsten Anpassungsstichtag aufzubringen. Demzufolge kommt es auf die voraussichtliche Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung und der Eigenkapitalausstattung des Unternehmens an *(vgl. etwa BAG 20. August 2013 - 3 AZR 750/11 - Rn. 30)*.

24 d) Die angemessene Eigenkapitalverzinsung besteht grundsätzlich aus einem Basiszins und einem Zuschlag für das Risiko, dem das in dem Unternehmen investierte Kapital ausgesetzt ist. Der Basiszins entspricht der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen. Der Risikozuschlag beträgt 2 % *(vgl. BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 43 mwN)*.

25 aa) Bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung ist einerseits auf die erzielten Betriebsergebnisse, andererseits auf die Höhe des Eigenkapitals abzustellen. Beide Berechnungsfaktoren sind entgegen der Rechtsauffassung des Klägers nicht ausgehend von den nach internationalen Rechnungslegungsregeln erstellten Abschlüssen, sondern auf der Grundlage der nach den handelsrechtlichen Rechnungslegungsregeln erstellten Jahresabschlüsse zu bestimmen *(vgl. BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 42 mwN)*.

26 Bei der Prüfung, ob die wirtschaftliche Lage es dem Arbeitgeber erlaubt, eine Anpassung der Betriebsrenten abzulehnen, ist ein für alle Arbeitgeber einheitlich geltender Maßstab anzulegen, der die wirtschaftliche Lage objektiv wiedergibt. Demgemäß ist zum einen von Abschlüssen auszugehen, über die jeder Arbeitgeber verfügt; zum anderen müssen diese Abschlüsse nach Rechnungslegungsregeln aufgestellt worden sein, die ein den tatsächlichen wirtschaftlichen Bedingungen entsprechendes Bild der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers geben. Dies ist bei den nach den Rechnungslegungsregeln des HGB erstellten Jahresabschlüssen gewährleistet *(BAG 21. August 2012 - 3 ABR 20/10 - Rn. 39 mwN)*. Demgegenüber haben die nach den Rechnungslegungsregeln der IFRS bzw. IAS erstellten Abschlüsse nicht für alle, sondern nur für kapitalmarktorientierte Unternehmen Bedeutung. Diese Abschlüsse dienen - anders als die handelsrechtlichen Abschlüsse - nicht dem Gläubigerschutz, sondern haben

eine andere Funktion. Sie sollen kapitalmarktbezogene Informationen liefern und primär den Investoren oder Anteilseignern entscheidungsrelevante Erkenntnisse darüber vermitteln, ob ein Investment in einer Gesellschaft gestartet, gehalten, erhöht oder vermindert werden soll. Dadurch unterscheiden sich die internationalen Rechnungslegungsregeln grundsätzlich vom deutschen Bilanzrecht, das neben der Informationsfunktion auch die Zahlungsbemessungsfunktion betont *(vgl. BAG 21. August 2012 - 3 ABR 20/10 - Rn. 40 mwN)*.

27 bb) Zwar sind sowohl die Höhe des Eigenkapitals als auch das erzielte Betriebsergebnis ausgehend von dem in den handelsrechtlichen Jahresabschlüssen ausgewiesenen Zahlenwerk zu bestimmen *(vgl. BAG 28. Mai 2013 - 3 AZR 125/11 - Rn. 42 mwN)*. Allerdings sind die betriebswirtschaftlich gebotenen Korrekturen vorzunehmen. Dies gilt nicht nur für Scheingewinne, sondern beispielsweise auch für betriebswirtschaftlich überhöhte Abschreibungen. Außerordentliche Erträge sind zwar keine Scheingewinne. Ihr Ausnahmecharakter kann jedoch bei der Beurteilung der künftigen Ertragsentwicklung nicht außer Acht gelassen werden. In der Regel sind außerordentliche Erträge und außerordentliche Verluste aus den der Prognose zugrunde gelegten früheren Jahresabschlüssen herauszurechnen. Darüber hinaus sind wirtschaftliche Daten, die auf Entwicklungen oder Umständen beruhen, die nicht fortwirken und sich voraussichtlich nicht wiederholen werden, in der Regel nicht repräsentativ für die weitere Ertragslage und deshalb regelmäßig bei der Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung nicht zu berücksichtigen *(vgl. BAG 28. Mai 2013 - 3 AZR 125/11 - Rn. 43 mwN)*.

28 cc) Für die Frage, ob der Versorgungsschuldner eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielt hat, kommt es auf das bilanzielle Eigenkapital iSv. § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB an. Dazu zählen nicht nur das gezeichnete Kapital *(Stammkapital)* und die Kapitalrücklage, sondern auch Gewinnrücklagen, Gewinn- und Verlustvorträge und Jahresüberschüsse/Jahresfehlbeträge *(BAG 30. November 2010 - 3 AZR 754/08 - Rn. 55 mwN)*. Da sich das Eigenkapital während eines Geschäftsjahres ständig verändert, kann weder das zu Beginn des Geschäftsjahres vorhandene noch das am Ende des Geschäftsjahres erreichte Eigenkapital zugrunde gelegt werden. Vielmehr ist von einem Durchschnittswert auszugehen. Das Eigenkapital zu Beginn und zum Ende des Geschäftsjahres sind zu addieren und anschließend zu halbieren *(BAG 11. Oktober 2011 - 3 AZR 527/09 - Rn. 37 mwN, BAGE 139, 252)*.

29 dd) Das Eigenkapital kann nicht uneingeschränkt mit dem Betriebsergebnis nach Steuern verglichen werden.

30 Zwar sind Betriebssteuern *(sonstige Steuern)* Aufwendungen des Unternehmens und schmälern die verwendungsfähigen Mittel, sodass sie beim erzielten Betriebsergebnis zu berücksichtigen sind. Anders verhält es sich hingegen bei den Steuern vom Einkommen und vom Ertrag; diese sind beim erzielten Betriebsergebnis nicht zu berücksichtigen *(st. Rspr., vgl. etwa BAG 21. August 2012 - 3 ABR 20/10 - Rn. 44 mwN)*. Dasselbe gilt für Steuererstattungen für Vorjahre, die in der Gewinn- und Verlustrechnung ebenfalls unter den Steuern vom Einkommen und vom Ertrag erfasst werden. Auch diese *(periodenfremden)* Erträge bleiben bei der Ermittlung des erzielten Betriebsergebnisses außer Betracht. Sie zählen zudem zu den außergewöhnlichen, nicht absehbaren Entwicklungen, die sich nicht als Prognosegrundlage eignen *(vgl. BAG 21. August 2012 - 3 ABR 20/10 - Rn. 45 mwN)*.

31 e) Der Arbeitgeber hat darzulegen und zu beweisen, dass seine Anpassungsentscheidung billigem Ermessen entspricht und sich in den Grenzen des § 16 BetrAVG hält.

32 aa) Die Darlegungs- und Beweislast erstreckt sich auf alle die Anpassungsentscheidung beeinflussenden Umstände. Hinsichtlich des Anpassungskriteriums „wirtschaftliche Lage“ folgt dies auch daraus, dass Sachvortrag und Beweis in der Regel von der Partei zu verlangen sind, die über die maßgeblichen Umstände Auskunft geben kann und über die entsprechenden Beweismittel verfügt. Dieser Grundsatz gilt vor allem dann, wenn es auf die besonderen Interessen einer Partei und deren Vermögensverhältnisse ankommt *(vgl. BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 50 mwN)*.

33 bb) Die handelsrechtlichen Jahresabschlüsse bieten lediglich den geeigneten Einstieg für die Feststellung sowohl der erzielten Betriebsergebnisse als auch des jeweils vorhandenen Eigenkapitals. Betriebswirtschaftlich gebotene Korrekturen sind vorzunehmen. Allerdings muss der Sachvortrag der Parteien ausreichende Anhaltspunkte dafür enthalten, dass derartige Korrekturen notwendig sind. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Jahresabschlüsse

handelsrechtlich ordnungsgemäß erstellt wurden. Sofern der Versorgungsberechtigte die Fehlerhaftigkeit testierter Jahresabschlüsse geltend machen will, hat er die nach seiner Ansicht unterlaufenen Fehler näher zu bezeichnen. Hat er die ordnungsgemäße Erstellung der Jahresabschlüsse substantiiert bestritten, hat der Arbeitgeber vorzutragen und unter Beweis zu stellen, weshalb die Jahresabschlüsse insoweit nicht zu beanstanden sind *(vgl. BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 c der Gründe, BAGE 105, 72)*.

34 2. Danach entspricht die Entscheidung der Beklagten, die Betriebsrente des Klägers zum 1. Januar 2010 nicht an den Kaufkraftverlust anzupassen, billigem Ermessen. Die Beklagte durfte am Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 davon ausgehen, dass ihr in der Zeit bis zum nächsten Anpassungsstichtag am 1. Januar 2013 die für die Betriebsrentenanpassung erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehlen würde.

35 a) Ausgehend von den von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P AG geprüften und testierten Jahresabschlüssen für die Jahre 2007 bis 2009 hat die Beklagte - nach Vornahme der betriebswirtschaftlich gebotenen Korrekturen - ausschließlich im Geschäftsjahr 2007 eine hinreichende Eigenkapitalverzinsung erzielt; in den Geschäftsjahren 2008 und 2009 hat sie hingegen erhebliche Verluste und damit eine negative Eigenkapitalrendite erwirtschaftet. Es kann deshalb dahinstehen, ob die vom SoFFin geleisteten stillen Einlagen, die zu 100 % dem Kernkapital der Beklagten iSv. § 10 Abs. 2 Satz 2 KWG in der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Fassung zugerechnet wurden, zu dem Eigenkapital iSv. § 266 Abs. 3 HGB zählen, das im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung zugrunde zu legen ist.

36 aa) Im Geschäftsjahr 2007 erzielte die Beklagte bei einem Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit iHv. 826.000.000,00 Euro vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag iHv. minus 165.000.000,00 Euro und nach sonstigen Steuern iHv. minus 4.000.000,00 Euro ein Betriebsergebnis iHv. 822.000.000,00 Euro. Das durchschnittliche Eigenkapital der Beklagten belief sich bei einem Eigenkapital zum Ende des Geschäftsjahres 2006 iHv. 10.289.000.000,00 Euro und einem Eigenkapital zum Ende des Geschäftsjahres 2007 iHv. 10.453.000.000,00 Euro auf 10.371.000.000,00 Euro. Hieraus errechnet sich eine Eigenkapitalverzinsung von 7,93 %. Diese lag über der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Die öffentlichen Anleihen erzielten im Jahr 2007 eine Umlaufrendite von 4,3 %. Zuzüglich des Risikozuschlags von 2 % betrug die angemessene Eigenkapitalverzinsung 6,3 %.

37 bb) Im Geschäftsjahr 2008 erzielte die Beklagte ein Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit iHv. minus 1.171.000.000,00 Euro. Vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag iHv. minus 34.000.000,00 Euro und nach sonstigen Steuern iHv. plus 1.000.000,00 Euro betrug das Betriebsergebnis minus 1.170.000.000,00 Euro.

38 cc) Im Geschäftsjahr 2009 belief sich das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Beklagten vor Erträgen aus der Auflösung des Fonds für allgemeine Bankrisiken iHv. 705.000.000,00 Euro sowie außerordentlichen Aufwendungen iHv. minus 4.830.000.000,00 Euro, die als außerordentliche Erträge und außerordentliche Verluste aus dem Jahresabschluss 2009 herauszurechnen waren, auf minus 3.699.000.000,00 Euro. Vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag iHv. 256.000.000,00 Euro und nach sonstigen Steuern iHv. minus 8.000.000,00 Euro betrug das Betriebsergebnis der Beklagten minus 3.707.000.000,00 Euro.

39 dd) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass die in den Geschäftsjahren 2008 und 2009 erzielten Betriebsergebnisse der Beklagten nicht um *(weitere)* außerordentliche Effekte zu bereinigen sind. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die vom Kläger in der Revision vorgebrachten Rügen greifen nicht durch.

40 (1) Entgegen der Rechtsansicht des Klägers ist das Betriebsergebnis der Beklagten nicht um die „Aufwendungen aus Verlustübernahme“ gegenüber der E AG zu bereinigen. Diese Aufwendungen, die auf dem Ergebnisabführungsvertrag vom 26. Juli 2007 beruhen, sind keine außerordentlichen Aufwendungen iSd. § 277 Abs. 4 HGB. Außerordentliche Aufwendungen sind nach § 277 Abs. 4 Satz 1 HGB nur solche Aufwendungen, die außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft anfallen. Darunter sind Aufwendungen zu verstehen, die ungewöhnlich in der Art, selten im Vorkommen und von einiger materieller Bedeutung sind *(vgl. BGH 21. Januar 2004 - VIII ZR 74/03 - zu II 3 der Gründe; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann 2. Aufl. § 277 Rn. 6)*. Im Unterschied zum Ergebnis

der „gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ beruhen sie auf Sondereffekten, die im Vorfeld in aller Regel nicht vorhersehbar waren und die in ihrer Höhe auch für die Zukunft nicht kalkulierbar sind *(vgl. MünchKommHGB/Reiner/Haußer 2. Aufl. § 277 Rn. 35)*. Dies ist bei den Aufwendungen der Beklagten aus Verlustübernahme gegenüber der E AG nicht der Fall. § 277 Abs. 3 Satz 2 HGB ordnet diese Aufwendungen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zu und bestimmt lediglich im Interesse einer zusätzlichen Information über die Ertragslage, dass die Aufwendungen gesondert unter entsprechender Bezeichnung auszuweisen sind.

41 (2) Soweit der Kläger rügt, es seien auch zahlreiche „Sonderabschreibungen“ der Beklagten nicht nachvollziehbar, hierin könnten Beträge enthalten sein, um die die Jahresabschlüsse bereinigt werden müssten, ist dies nicht geeignet, die Würdigung des Landesarbeitsgerichts infrage zu stellen, da der Kläger nicht konkretisiert hat, was er unter „Sonderabschreibungen“ versteht und welche Abschreibungen in welchen Jahresabschlüssen er meint.

42 b) Auch die D AG hatte nach ihren nach handelsrechtlichen Rechnungslegungsregeln erstellten Jahresabschlüssen in den letzten drei Geschäftsjahren vor der Verschmelzung am 11. Mai 2009 ausschließlich im Geschäftsjahr 2007 eine für eine Betriebsrentenanpassung ausreichende Eigenkapitalverzinsung erzielt. Im Geschäftsjahr 2006 hatte sie hingegen keine angemessene Eigenkapitalrendite und im Geschäftsjahr 2008 einen erheblichen Verlust erwirtschaftet. Anhaltspunkte dafür, dass die Jahresabschlüsse nicht ordnungsgemäß erstellt wurden oder dass das in den Jahresabschlüssen ausgewiesene Zahlenwerk um betriebswirtschaftlich gebotene Korrekturen zu bereinigen ist, hat der Kläger nicht vorgetragen.

43 aa) Im Geschäftsjahr 2006 hatte die D AG eine Eigenkapitalverzinsung iHv. 5,4 % erzielt. Diese lag unterhalb der angemessenen Eigenkapitalverzinsung, die sich unter Zugrundelegung einer Umlaufrendite öffentlicher Anleihen iHv. 3,7 % zuzüglich eines Risikozuschlags von 2 % auf 5,7 % belief.

44 bb) Im Geschäftsjahr 2007 betrug die Eigenkapitalverzinsung der D AG 13,6 % und lag damit deutlich oberhalb der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Die Umlaufrendite öffentlicher Anleihen betrug im Jahr 2007 4,3 %. Zuzüglich des Risikozuschlags von 2 % errechnet sich eine angemessene Eigenkapitalrendite iHv. 6,3 %.

45 cc) Im Geschäftsjahr 2008 hatte die D AG einen erheblichen Verlust erwirtschaftet. Ihr Jahresergebnis belief sich in diesem Geschäftsjahr auf minus 6.180.000.000,00 Euro.

46 c) Die wirtschaftliche Entwicklung der D AG vor der Verschmelzung und diejenige der Beklagten in den Jahren 2007 bis 2009 ließen am Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 den Schluss zu, dass es der Beklagten bis zum nächsten Anpassungsstichtag an der für eine Betriebsrentenanpassung erforderlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit fehlen würde.

47 aa) Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers sind die in den Jahren 2008 und 2009 erwirtschafteten Verluste bei der Prognose über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beklagten in der Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 1. Januar 2013 zu berücksichtigen. Dem steht nicht entgegen, dass diese Verluste ua. auf die Finanzmarktkrise zurückzuführen sind. Die Beklagte konnte am Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 davon ausgehen, dass die Finanzmarktkrise sich weiterhin auf ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auswirken würde. Schon der Umstand, dass die vom SoFFin erbrachte stille Einlage iHv. insgesamt mehr als 16.000.000.000,00 Euro bei einem Bilanzgewinn mit 9 % zu verzinsen war, machte es unwahrscheinlich, dass die Beklagte in den Geschäftsjahren 2010 bis 2012 eine für eine Betriebsrentenanpassung hinreichende Eigenkapitalverzinsung erzielen würde. Zudem war davon auszugehen, dass die Beklagte bei einer Rückzahlung der stillen Einlage ihre nach dem Kreditwesengesetz erforderlichen Eigenmittel auf andere Art und Weise, sei es durch eine Erhöhung des gezeichneten Kapitals, durch weitere Einlagen der Gesellschafter in die Kapitalrücklage oder durch die Bildung von Gewinnrücklagen, hätte stärken müssen. Es ist unerheblich, dass die Beklagte bereits im Geschäftsjahr 2011 mit der Rückführung der stillen Einlage des SoFFin begonnen hat. Diese Entwicklung war nach dem vom Kläger nicht bestrittenen Sachvortrag der Beklagten am Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 nicht vorhersehbar. Im Übrigen war im Jahr 2011 die stille Einlage nicht vollständig zurückgeführt.

48 bb) Die negative Prognose der Beklagten wurde durch die Geschäftsentwicklung im Geschäftsjahr 2010 bestätigt. In diesem Geschäftsjahr hat die Beklagte vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag ein um außerordentliche Erträge und außerordentliche Aufwendungen iHv. insgesamt minus 220.000.000,00 Euro bereinigtes Betriebsergebnis iHv.

minus 1.190.000.000,00 Euro erzielt. Anhaltspunkte dafür, dass die Gewinn- und Verlustrechnung der Beklagten für das Geschäftsjahr 2010 fehlerhaft oder dass das Betriebsergebnis um betriebswirtschaftlich gebotene Korrekturen zu bereinigen war, sind weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt noch vom Kläger vorgetragen.

49 cc) Da die spätere Entwicklung der wirtschaftlichen Lage nicht zu berechtigten Zweifeln an der Vertretbarkeit der zum Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 erstellten Prognose führte, durfte die Beklagte ihre Prognose auf ihre wirtschaftliche Entwicklung in den Geschäftsjahren 2007 bis 2009 stützen und musste entgegen der Auffassung des Klägers keinen längeren Referenzzeitraum zugrunde legen. Im Übrigen war die wirtschaftliche Lage der Beklagten vor dem Jahr 2007 nicht repräsentativ für ihre künftige Ertragslage, da die Finanzmarktkrise, die zu einer erheblichen Veränderung der wirtschaftlichen Lage der Beklagten geführt hatte, erst im Jahr 2007 begonnen hatte.

50 dd) Der Vortrag des Klägers, nach dem Geschäftsbericht 2011 der C habe diese im Geschäftsjahr 2010 ein operatives Ergebnis iHv. 1.386.000.000,00 Euro und im Geschäftsjahr 2011 ein solches iHv. 507.000.000,00 Euro erzielt, und nach der Pressemitteilung der C AG vom 13. Februar 2014 habe die „Kernbank“ im Geschäftsjahr 2013 ein operatives Ergebnis iHv. 1.800.000.000,00 Euro erwirtschaftet, kann nicht berücksichtigt werden, da sich der Kläger auf dieses Zahlenwerk erstmals in der Revision berufen hat.

51 Nach § 559 Abs. 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Der Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz bildet bezüglich des tatsächlichen Vorbringens der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht. Zwar können nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO auch Tatsachen zu berücksichtigen sein, die bislang nicht vorgetragen wurden. Dies setzt jedoch voraus, dass die Tatsachen unstreitig sind bzw. von der Gegenseite unstreitig gestellt wurden oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen *(vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 3 AZR 796/11 - Rn. 36 mwN)*.

52 Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die Beklagte hat die vom Kläger für die Geschäftsjahre 2010 und 2011 angeführten operativen Ergebnisse als unzutreffend gerügt und gegenüber dem vom Kläger für das Geschäftsjahr 2013 angeführten operativen Ergebnis eingewandt, hierbei handele es sich um das Ergebnis der „Kernbank“, zu der außer ihr noch weitere Unternehmen gehörten.

53 ee) Eine andere Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beklagten wäre auch dann nicht geboten, wenn die Beklagte in der Zeit nach dem Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 - wie der Kläger vorträgt - hohe Bonuszahlungen an die leitenden Angestellten ausgeschüttet, die Gehälter der Vorstände erhöht, hohe Sponsorenzahlungen für die C Arena geleistet und „viel Geld für Fernsehwerbung ausgegeben“ haben sollte. Daraus könnte nicht geschlossen werden, dass am 1. Januar 2010 von einer wirtschaftlichen Belastbarkeit der Beklagten auszugehen war, die eine Anpassung der Betriebsrente ermöglicht hätte. Die von subjektiven Zweckmäßigkeitserwägungen beeinflusste Unternehmenspolitik erlaubt in der Regel keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Belastbarkeit des Unternehmens. Die Höhe der Vergütung der Vorstände und der leitenden Angestellten sowie ein Engagement zu Werbezwecken hängen regelmäßig nicht allein vom erzielten Gewinn ab, sondern beruhen auf einer Vielzahl weiterer Überlegungen. Selbst bei schlechten Betriebsergebnissen können Vergütungsanhebungen und Werbemaßnahmen sinnvoll und geboten sein.

54 3. Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers musste die Beklagte die Betriebsrente des Klägers nicht deshalb anpassen, weil die wirtschaftliche Lage des CPT eine Anpassung zuließ. Im Rahmen der von der Beklagten als Versorgungsschuldnerin vorzunehmenden Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG kommt es auf deren wirtschaftliche Lage und nicht auf die wirtschaftliche Lage des CPT an.

55 a) Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG trifft dasjenige Unternehmen, das als Arbeitgeber die Versorgungszusage erteilt oder die Verpflichtungen hieraus im Wege der Rechtsnachfolge übernommen hat. Damit ist grundsätzlich entscheidend, wer zum jeweiligen Anpassungsstichtag Versorgungsschuldner ist; auf seine wirtschaftliche Lage kommt es an. Dies war zum Anpassungsstichtag 1. Januar 2010 die Beklagte.

56 b) Daran hat die Übertragung von Vermögenswerten durch die D AG und die C AG auf den

Pension-Trust der D AG und den CPT nichts geändert. Nach den im CPT-Treuhandrahmenvertrag und den im Treuhandvertrag getroffenen Vereinbarungen sind die auf den Treuhänder übertragenen Vermögenswerte einem direkten Zugriff der Beklagten entzogen. Zudem haben weder der Pension-Trust der D AG im Treuhandvertrag noch der CPT im CPT-Treuhandrahmenvertrag die Verpflichtung übernommen, mit dem Planvermögen und seinen Erträgen im Rahmen der Anpassungsprüfung der die Versorgung schuldenden Treugeber nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG einzustehen.

57 aa) Ausweislich der Präambel des CPT-Treuhandrahmenvertrags und des Treuhandvertrags diente die Vermögensübertragung auf die Treuhänder der *(ggf. anteiligen)* Ausfinanzierung der Versorgungsverpflichtungen und der Sicherung der *(zeitnahen)* Erfüllung der Versorgungsansprüche der Versorgungsberechtigten bei Eintritt des in den Vereinbarungen bestimmten Sicherungs- und Verzögerungsfalls. Zudem sollte durch die treuhänderische Übertragung der erforderlichen Mittel die Möglichkeit geschaffen werden, in den nach internationalen Rechnungslegungsregeln aufgestellten Konzernabschlüssen der Treugeber eine Saldierung der wegen der Versorgungsansprüche auszuweisenden Schuld mit den die Versorgungsverpflichtungen bedeckenden und separierten Aktiva *(„plan assets“)* vorzunehmen.

58 bb) Dementsprechend bestimmen § 4 Abs. 1 sowie § 5 Abs. 1 des CPT-Treuhandrahmenvertrags und des Treuhandvertrags, dass der Treuhänder verpflichtet ist, das Treuhandvermögen nicht nur als Verwaltungstreuhänder des Treugebers, sondern zugleich als Sicherungstreuhänder der Versorgungsberechtigten zu halten und bei Eintritt des Sicherungs- oder Verzögerungsfalls die fälligen Versorgungsleistungen unmittelbar an die Versorgungsberechtigten zu erbringen. Tritt ein Sicherungs- oder Verzögerungsfall iSd. CPT-Treuhandrahmenvertrags und des Treuhandvertrags ein, haben die Versorgungsberechtigten gemäß § 328 Abs. 1 BGB gegen den Treuhänder einen Anspruch auf Erfüllung ihrer gegenüber dem Versorgungsschuldner bestehenden Versorgungsansprüche. Hierdurch werden die zur Erfüllung der fälligen Versorgungsverpflichtungen erforderlichen Mittel dem Zugriff des Versorgungsschuldners oder seiner Gläubiger im Sicherungs- und Verzögerungsfall entzogen.

59 cc) Auch § 3 Abs. 6 des CPT-Treuhandrahmenvertrags und § 3 Abs. 9 des Treuhandvertrags gestatten keinen direkten Zugriff der Beklagten auf das Treuhandvermögen, sondern sehen lediglich die Möglichkeit einer Rückübertragung von Treuhandvermögen auf den Versorgungsschuldner vor. Nach diesen Bestimmungen kommt eine Rückübertragung von Treuhandvermögen allerdings nur insoweit in Betracht, als die internationalen Rechnungslegungsregeln die Rückübertragung gestatten, ohne dass dadurch der mit der Schaffung des Planvermögens verfolgte Zweck, die Pensionsverpflichtungen, die sich in der Rückstellungsbildung niederschlagen, mit den sie bedeckenden und separierten Aktiva *(„plan assets“)* zu saldieren, gefährdet wird. Zudem muss nach § 3 Abs. 9 des Treuhandvertrags sichergestellt sein, dass der Wert der Verpflichtungen aus betrieblicher Altersversorgung *(dbo)* der durch die Treuhandverträge gegen Insolvenz gesicherten Versorgungsansprüche durch das beim Treuhänder verbleibende Treuhandvermögen vollumfänglich abgesichert ist. Danach kann der Treugeber eine Rückübertragung regelmäßig nur dann verlangen, wenn die Versorgungsverpflichtung erloschen ist.

60 dd) Eine direkte Zugriffsmöglichkeit der Beklagten auf das Treuhandvermögen und die hieraus erzielten Erträge lässt sich auch nicht den in § 3 Abs. 5 des CPT-Treuhandrahmenvertrags und § 3 Abs. 8 des Treuhandvertrags getroffenen Vereinbarungen entnehmen. Nach diesen Bestimmungen kann der Versorgungsschuldner vom Treugeber für den Fall, dass der Treuhandvertrag nicht beendet und kein Sicherungsfall eingetreten ist, zwar eine Erstattung aus dem Treuhandvermögen verlangen. Allerdings ist eine Erstattung nur insoweit möglich, als der Versorgungsschuldner Leistungen zur Erfüllung von Versorgungsansprüchen, die durch den Treuhandvertrag gesichert sind, erbracht hat.

61 ee) Es kann dahinstehen, ob Ansprüche der Versorgungsberechtigten auf eine nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG angepasste Betriebsrente zu den durch den CPT-Treuhandrahmenvertrag und den Treuhandvertrag gesicherten Versorgungsansprüchen gehören. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, käme eine Erstattung nur insoweit in Betracht, als der Treugeber unter Berücksichtigung der Belange der Versorgungsempfänger und seiner wirtschaftlichen Lage bereits eine positive Anpassungsentscheidung getroffen und durch Zahlung einer höheren Betriebsrente umgesetzt hätte. Die in § 3 Abs. 5 des CPT-Treuhandrahmenvertrags und § 3 Abs. 8 des Treuhandvertrags getroffenen Vereinbarungen bestätigen damit nicht nur, dass der jeweilige Versorgungsschuldner die Anpassungsprüfung

nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG vorzunehmen hat. Aus den Vereinbarungen ergibt sich zugleich, dass es für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Versorgungsschuldners im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG auf dessen wirtschaftliche Lage und nicht auch auf die wirtschaftliche Lage des Pension-Trusts ankommt. Weder der Pension-Trust der D AG noch der CPT haben im Treuhandvertrag und im CPT-Treuhandrahmenvertrag demnach die Verpflichtung übernommen, mit dem Planvermögen und seinen Erträgen im Rahmen der Anpassungsprüfung der die Versorgung schuldenden Beklagten nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG einzustehen.

62 4. Die Beklagte ist nicht deshalb zur Anpassung der Betriebsrente des Klägers verpflichtet, weil die auf den Treuhänder übertragenen Vermögenswerte aus bilanzieller Sicht ihr zuzurechnen und in ihren Jahresabschlüssen in Ansatz zu bringen sind, indem gemäß § 266 HGB auf der Aktivseite der Bilanz das Treuhandvermögen und auf der Passivseite der Bilanz die Pensionsrückstellungen auszuweisen sind.

63 a) Zum einen wird die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens durch dessen Ertragskraft im Ganzen geprägt. Der Versorgungsschuldner ist nicht schon dann zur Anpassung der Betriebsrenten verpflichtet, wenn einzelne Einkünfte bzw. in den Jahresabschlüssen ausgewiesene Aktiva den Umfang der Anpassungslast übersteigen. Entscheidend kommt es auf eine angemessene Eigenkapitalverzinsung und eine hinreichende Eigenkapitalausstattung an *(vgl. BAG 26. Oktober 2010 - 3 AZR 502/08 - Rn. 56 mwN)*. Schon deshalb ist die Ertragslage des in der Bilanz auf der Aktivseite ausgewiesenen Treuhandvermögens allein nicht maßgeblich.

64 b) Zum anderen ist der Versorgungsschuldner nicht deshalb zur Anpassung der Betriebsrenten verpflichtet, weil er Pensionsrückstellungen gebildet hat *(vgl. BAG 26. Oktober 2010 - 3 AZR 502/08 - Rn. 53)*. Pensionsrückstellungen erlauben es dem Unternehmen *(nur)*, Gewinne nicht zu versteuern, sondern sie bis zur Fälligkeit der einzelnen Rentenbeträge als Betriebskapital - und zwar in Gestalt von Fremdkapital - zu verwenden. Während Deckungsmittel auf der Aktivseite der Bilanz stehen und Erträge erzielen können, stehen Pensionsrückstellungen auf der Passivseite der Bilanz. Ihnen können keine Erträge zugeordnet werden. Pensionsrückstellungen sind im Wesentlichen ein Instrument der Innenfinanzierung. Es wird ein Aufwand verbucht, ohne dass tatsächlich Mittel abfließen. Im Jahr der Rückstellungsbildung wird der Jahresüberschuss reduziert oder ein Jahresfehlbetrag erhöht sich. Damit steht weniger Gewinn zur Ausschüttung zur Verfügung und es wird - ggf. - ein geringerer Gewinn der Besteuerung unterworfen. Das Eigenkapital des Unternehmens reduziert sich entsprechend. Im Jahr des Rückstellungsverbrauchs kommt es zu einem entsprechend erhöhten Gewinnausweis. Rückstellungen haben daher im Wesentlichen einen Zeit-, insbesondere einen Steuerstundungseffekt *(vgl. BAG 26. Oktober 2010 - 3 AZR 502/08 - Rn. 54)*.

65 c) Aus den Urteilen des Senats vom 9. November 1999 *(- 3 AZR 420/98 - BAGE 92, 349)* und vom 26. Oktober 2010 *(- 3 AZR 502/08 -)* folgt entgegen der Rechtsansicht des Klägers nichts anderes. Zum einen hatte sich der Senat in diesen Entscheidungen nicht mit der Frage zu befassen, welche Bedeutung den auf einen Pension-Trust übertragenen Vermögenswerten für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Versorgungsschuldners im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG zukommt. Zum anderen bestätigen beide Entscheidungen, dass es im Rahmen der Anpassungsprüfung auf die Ertragslage des Versorgungsschuldners im Ganzen ankommt *(BAG 26. Oktober 2010 - 3 AZR 502/08 - Rn. 56; 9. November 1999 - 3 AZR 420/98 - zu I 2 der Gründe, aaO).*

66 5. Die Beklagte wäre auch nicht deshalb zu einer Anpassung der Betriebsrente des Klägers verpflichtet, weil möglicherweise die D AG - wie der Kläger vorträgt - zu den Anpassungsstichtagen 1. Januar 2006, 1. Januar 2007, 1. Januar 2008 und 1. Januar 2009 die Betriebsrenten ihrer ehemaligen Beschäftigten nicht nur an den Kaufkraftverlust, sondern höher angepasst und sie diese Anpassungen aus den Erträgen und ggf. dem Plankapital ihres Pension-Trusts finanziert hat. Eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten ergäbe sich in diesem Fall - entgegen der Auffassung des Klägers - nicht aus betrieblicher Übung.

67 a) Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung hat der Gesetzgeber die betriebliche Übung als Rechtsquelle ausdrücklich anerkannt *(§ 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG)*. Danach steht der Verpflichtung aus einer ausdrücklichen Versorgungszusage eine auf betrieblicher Übung beruhende Versorgungsverpflichtung gleich.

68 aa) Die betriebliche Übung ist ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, das geeignet ist, vertragliche Ansprüche auf eine Leistung oder sonstige Vergünstigung zu begründen, wenn die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers schließen dürfen, ihnen werde die Leistung oder Vergünstigung auch künftig gewährt *(BAG 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - Rn. 56, BAGE 141, 222; 16. Februar 2010 - 3 AZR 118/08 - Rn. 11)*. Dem Verhalten des Arbeitgebers wird eine konkludente Willenserklärung entnommen, die vom Arbeitnehmer gemäß § 151 BGB angenommen werden kann *(BAG 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - aaO; 15. Februar 2011 - 3 AZR 35/09 - Rn. 88)*. Dadurch wird ein vertragliches Schuldverhältnis geschaffen, aus dem bei Eintritt der vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen ein einklagbarer Anspruch auf die üblich gewordene Vergünstigung erwächst.

69 bb) Ob eine für den Arbeitgeber bindende betriebliche Übung aufgrund der Gewährung von Vergünstigungen an seine Arbeitnehmer entstanden ist, muss danach beurteilt werden, inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gemäß § 242 BGB und der Begleitumstände auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften *(BAG 10. Dezember 2013 - 3 AZR 832/11 - Rn. 61; 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - Rn. 57 mwN, BAGE 141, 222)*.

70 cc) Ein Anspruch aus betrieblicher Übung kann nur entstehen, wenn keine andere kollektiv- oder individualrechtliche Anspruchsgrundlage für die Gewährung der Vergünstigung besteht *(BAG 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - Rn. 62, BAGE 141, 222; 24. November 2004 - 10 AZR 202/04 - zu II 3 c bb (3) der Gründe, BAGE 113, 29)*. Eine betriebliche Übung entsteht demnach nicht, wenn der Arbeitgeber zu den zu ihrer Begründung angeführten Verhaltensweisen durch andere Rechtsgrundlagen verpflichtet war *(BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - Rn. 43 mwN)*. Sie entsteht auch nicht, wenn sich der Arbeitgeber irrtümlich zur Leistungserbringung verpflichtet glaubte. Wenn der Arbeitgeber die Leistungen für den Arbeitnehmer erkennbar aufgrund einer anderen und sei es auch tatsächlich nicht bestehenden Rechtspflicht hat erbringen wollen, kann der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, ihm solle eine Leistung auf Dauer unabhängig von dieser Rechtspflicht gewährt werden *(BAG 10. Dezember 2013 - 3 AZR 832/11 - Rn. 62; 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - aaO; 30. Mai 2006 - 1 AZR 111/05 - Rn. 37, BAGE 118, 211)*. Die Darlegungslast dafür, dass der Arbeitgeber aus Sicht des Empfängers Leistungen oder Vergünstigungen gewähren wollte, zu denen er nicht aus einem anderem Rechtsgrund verpflichtet war oder sich verpflichtet glaubte, trägt der Kläger als Anspruchssteller *(vgl. BAG 29. August 2012 - 10 AZR 571/11 - Rn. 20; 23. August 2011 - 3 AZR 650/09 - Rn. 46 ff., BAGE 139, 69).*

71 b) Danach hätte die D AG keine betriebliche Übung dahin begründet, dass die Betriebsrenten ihrer ehemaligen Beschäftigten zu den jeweiligen Anpassungsstichtagen stets angepasst werden. Die Versorgungsberechtigten hätten aus dem Verhalten der D AG nicht darauf schließen dürfen, dass diese auch zu künftigen Anpassungsstichtagen die Betriebsrenten unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit anheben würde.

72 Der Arbeitgeber hat zu jedem Anpassungsstichtag erneut über die Anpassung der Betriebsrenten gemäß § 16 Abs. 1 BetrAVG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dabei darf er neben den Belangen des Versorgungsempfängers und seiner eigenen wirtschaftlichen Lage weitere Kriterien in seine Prüfung und Entscheidung einbeziehen. Seine Entscheidung muss insgesamt billigem Ermessen entsprechen. Dabei ist es dem Arbeitgeber auch gestattet, die Betriebsrenten anzupassen, obwohl er nach seiner wirtschaftlichen Lage eine Anpassung ablehnen dürfte. Der Arbeitgeber darf auch die Folgen einer verweigerten Anpassung für das Ansehen seines Unternehmens und die Kreditfähigkeit im Rahmen seiner Ermessensentscheidung berücksichtigen *(vgl. BAG 29. November 1988 - 3 AZR 184/87 - zu 2 der Gründe, BAGE 60, 228)*. Deshalb ist der Arbeitgeber auch nicht gehindert, bei ausreichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht nur den im Prüfungszeitraum eingetretenen Kaufkraftverlust auszugleichen, sondern eine höhere Anpassung vorzunehmen.

73 Vor diesem Hintergrund durften die Betriebsrentner der D AG aus deren Anpassungspraxis nur den Schluss ziehen, dass die D AG ihrer Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG nachgekommen war und über die Anpassung nach billigem Ermessen entschieden hatte. Sollte sie ihre mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit möglicherweise mehrfach nicht zum Anlass genommen haben, die Anpassung zu verweigern, konnte daraus nicht geschlossen werden, dass auch bei künftigen Anpassungsstichtagen so verfahren werden sollte.

74 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Gräfl Schlewing Spinner

C. Reiter Schepers