

Bundesarbeitsgericht
Urt. v. 21.04.2015, Az.: 3 AZR 11/14

Parallelentscheidung zu BAG; 3 AZR 102/14; v. 21.04.2015

Gericht: BAG

Datum: 21.04.2015

Aktenzeichen: 3 AZR 11/14

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2015, 22303

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

LAG Baden-Württemberg - 01.10.2013 - AZ: 8 Sa 95/12

ArbG Stuttgart - 09.11.2012 - AZ: 30 Ca 2940/12

Rechtsgrundlagen:

BetrAVG § 16 Abs. 1

BetrAVG § 16 Abs. 2

HGB § 253

HGB § 266 Abs. 3 Buchst. A

HGB § 275 Abs. 2 Nr. 20

HGB § 275 Abs. 3 Nr. 19

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch Art. 66 Abs. 3

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch Art. 67 Abs. 1

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch Art. 67 Abs. 7

BGB § 826

ZPO § 421

BAG, 21.04.2015 - 3 AZR 11/14

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing und Dr. Ahrendt sowie den ehrenamtlichen Richter Schmalz und die ehrenamtliche Richterin Busch für Recht erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 1. Oktober 2013 - 8 Sa 95/12 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte nach § 16 Abs. 1 BetrAVG verpflichtet ist, die monatliche Betriebsrente des Klägers zum 1. Januar 2011 an den Kaufkraftverlust anzupassen.
- 2 Der Kläger war bis zum 30. September 2008 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Er bezieht seit dem 1. Oktober 2008 eine Betriebsrente, die sich aus Leistungen der A Unterstützungskasse e. V. sowie Leistungen der Beklagten zusammensetzt. Für die von der Unterstützungskasse zu gewährenden Leistungen besteht eine Rückdeckungsversicherung. Die aus dieser Versicherung anfallenden Überschussanteile werden zur Erhöhung der Unterstützungskassenleistungen verwendet. Die monatliche Betriebsrente des Klägers, die sich bei Rentenbeginn auf insgesamt 7.103,38 Euro brutto belief, betrug zum 1. Januar 2011 7.150,91 Euro. Infolge der Überschussbeteiligung erhöhte sie sich zum 1. Oktober 2011 auf 7.162,49 Euro brutto.

Die Beklagte, die in den A-Konzern eingebunden ist, erbringt Telekommunikationsleistungen und damit verbundene Tätigkeiten. Gesellschafter der Beklagten sind die A G N Holdings LLC, D/USA (im Folgenden AGNH) zu 98 % und die A G N Partners Inc., D/USA (im Folgenden AGNP) zu 2 %. Oberstes Mutterunternehmen ist die A Inc., D/USA.
- 4 Die Beklagte erbringt Leistungen sowohl für externe Dritte als auch für andere Konzerngesellschaften des A-Konzerns. Für die konzernangehörigen Unternehmen erbringt sie Netzinfrastruktur- sowie Verkaufs- und Marketingleistungen. Zudem nimmt sie Verwaltungsaufgaben für die AGNH wahr. Grundlage der konzerninternen Leistungen ist das zwischen der Beklagten und - wie die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klagestellt haben - ihrer Schwestergesellschaft, der A G N Services Niederlande (im Folgenden AGNS Niederlande), am 29. Dezember 2003 mit Wirkung zum 1. Januar 2004 abgeschlossene "Intercompany Trading Agreement" (im Folgenden AGITA), das eine konzerninterne Verrechnungspreisabrede enthält. Danach erhält die Beklagte für die konzernintern erbrachten Dienstleistungen von der AGNS Niederlande eine sog. "International Network Services Fee" (im Folgenden AGITA-Gebühr). Für die Höhe der AGITA-Gebühr sind ua. die als sog. Mehrwertkosten definierten Aufwendungen ("Value Added Cost") einschließlich einer Marge ("Mark up") und sog. Nicht-Mehrwertkosten ("Non Value Added Cost") ohne Marge maßgeblich. Der Zuschlag auf die Mehrwertkosten belief sich bis zum Ende des Jahres 2009 auf 6,5 % und konnte in Abhängigkeit von den externen Umsatzerlösen auf bis zu maximal 10,5 % ansteigen. Zum 1. Januar 2010 wurde das AGITA geändert. Seitdem beträgt der Zuschlag auf die Mehrwertkosten mindestens 3 %. Je nach Höhe der externen Umsatzerlöse kann er auf bis zu maximal 6 % ansteigen. Zudem gehören ab dem 1. Januar 2010 Instandhaltungskosten sowie Kosten für Kundenausstattung nicht mehr zu den zuschlagsfähigen Kosten.
- 5 Ausweislich der von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P AG geprüften und testierten Jahresabschlüsse erwirtschaftete die Beklagte in den Geschäftsjahren 2008 bis 2010 Jahresüberschüsse. Ihre Umsatzerlöse stiegen von ca. 111,1 Mio. Euro im Jahr 2008 auf ca. 135,1 Mio. Euro im Jahr 2010. Das Eigenkapital der Beklagten erhöhte sich vom 31. Dezember 2007 bis zum 31. Dezember 2012 von etwa 84,8 Mio. Euro auf etwa 106,8 Mio. Euro. In den Geschäftsjahren 2010 bis 2012 hatte die Beklagte außerordentliche Aufwendungen iHv. ca. 2,8 Mio. Euro im Jahr 2010, ca. 3,7 Mio. Euro im Jahr 2011 und ca. 2,7 Mio. Euro im Jahr 2012. Diese sind darauf zurückzuführen, dass die Beklagte aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts - Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - (im Folgenden BilMoG) vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102)

die Pensionsverpflichtungen neu zu bewerten hatte. Danach waren die Pensionsrückstellungen um (gerundet) 24,6 Mio. Euro auf 57,1 Mio. Euro zu erhöhen. Am 31. Dezember 2010 betrug die Unterdeckung bei den Pensionsrückstellungen noch ca. 21,9 Mio. Euro, am 31. Dezember 2011 noch ca. 18,1 Mio. Euro und am 31. Dezember 2012 noch ca. 15,4 Mio. Euro.

- 6 Die Beklagte, die die Anpassungsprüfungen gebündelt zum 1. Januar eines jeden Kalenderjahres vornimmt, lehnte eine Anpassung der Betriebsrente des Klägers zum 1. Januar 2011 unter Hinweis auf ihre schlechte wirtschaftliche Lage ab.
- 7 Mit seiner Klage hat der Kläger - gestützt auf § 16 Abs. 1 BetrAVG - eine Erhöhung seiner Betriebsrente zum 1. Januar 2011 um den in der Zeit seit Rentenbeginn eingetretenen Kaufkraftverlust, den er mit 2,2 % beziffert hat, begehrt. Er hat die Auffassung vertreten, die wirtschaftliche Lage der Beklagten stehe einer Anpassung seiner Betriebsrente nicht entgegen. Dies zeige bereits der Umstand, dass die Beklagte die Gehälter ihrer Mitarbeiter in der Vergangenheit - mit Ausnahme des Jahres 2009 - regelmäßig erhöht habe. Auch die steigenden Umsatzerlöse der Beklagten in den Jahren 2008 bis 2010 und ihre Jahresüberschüsse ließen nur den Schluss zu, dass die Beklagte zu einer Anpassung der Betriebsrenten in der Lage sei.
- 8 Jedenfalls müsse sich die Beklagte die günstige wirtschaftliche Lage ihrer beiden Muttergesellschaften im Wege des Berechnungsdurchgriffs zurechnen lassen. Zwischen der Beklagten und den Muttergesellschaften bestehe eine verdichtete Konzernbeziehung, auch habe sich eine konzernspezifische Gefahr verwirklicht. Da die Beklagte nach dem AGITA nur eine Servicegebühr erhalte, in der freien Wirtschaft jedoch deutlich höhere Gewinne erzielen könne, führe das AGITA dazu, dass auf die Belange der Beklagten keine angemessene Rücksicht genommen werde. Zudem stelle das AGITA einen Beherrschungs- bzw. Ergebnisabführungsvertrag dar, da es Regelungen zur Gewinnabführung und zur Übernahme der Personalkosten enthalte. Darüber hinaus enthalte es eine harte Patronatserklärung. Die Beklagte werde infolge der im AGITA getroffenen Vereinbarungen durch eine Betriebsrentenanpassung auch nicht belastet. Vielmehr würden ihr die Personalkosten einschließlich der Kosten der laufenden Betriebsrenten und der Betriebsrentenanpassungen erstattet. Jedenfalls bewirkten die im AGITA getroffenen Absprachen, dass die Beklagte stets Betriebsergebnisse erziele, die eine Betriebsrentenanpassung nicht zuließen. Da sich der Umsatz für die konzernintern erbrachten Leistungen der Beklagten nach der Formel "Interne Umsatzerlöse = externe Umsatzerlöse abzüglich der Kosten ohne Aufschlag sowie abzüglich der Kosten mit Aufschlag" berechne, könne sich stets nur ein Gewinn iHv. 3 % auf die Mehrwertkosten ergeben. Damit verhindere die - aus steuerlichen Gründen - im AGITA vereinbarte Verrechnungspreisabrede Betriebsrentenanpassungen auf unabsehbare Zeit.
- 9 Der Kläger hat zuletzt - sinngemäß - beantragt
die Beklagte zu verurteilen,
 1. an ihn ab dem 1. Oktober 2012 über die gezahlte Betriebsrente iHv. monatlich 7.162,49 Euro brutto hinaus monatlich weitere 97,16 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem Folgetag des Tages, an dem die Entscheidung rechtskräftig wird, zu zahlen,
 2. an ihn rückständige Betriebsrente für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis zum 30. September 2012 iHv. insgesamt 2.144,58 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem Folgetag des Tages, an dem die Entscheidung rechtskräftig wird, zu zahlen.
- 10 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, ihre wirtschaftliche Lage lasse eine Anpassung der Betriebsrente des Klägers an den Kaufkraftverlust zum 1. Januar 2011 nicht zu. Ihre wirtschaftliche Lage in den Geschäftsjahren 2008 und 2009 sei für ihre zukünftige Ertragslage nicht repräsentativ. Die zum 1. Januar 2010 vorgenommene Neubewertung der Pensionsverpflichtungen habe zu einem weiteren Rückstellungsbedarf geführt. Die danach erforderlichen Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen würden bis 2024 jährlich zu mindestens 1/15 vorgenommen. Außerdem seien die in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Ergebnisse um

einen sog. "Substanzerhaltungsaufwand" in Form eines Aufschlags iHv. 15 % der bilanziellen Abschreibungen auf das Anlagevermögen zu korrigieren.

- 11 Eine Anpassung sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Berechnungsdurchgriffs geschuldet. Zwischen der Beklagten und ihren Gesellschafterinnen bestehe kein Beherrschungs- oder Ergebnisabführungsvertrag. Die Muttergesellschaften hätten auch keine Patronatserklärung zugunsten der Beklagten abgegeben. Aus dem AGITA folge nichts anderes. Dieser Vertrag sehe keine Verpflichtung zur Gewinnabführung vor, sondern enthalte lediglich eine Verrechnungspreisabrede, mit der die Vergütung für die konzernintern erbrachten Leistungen geregelt werde. Die zum 1. Januar 2010 auf 3 % abgesenkte Marge halte einem Fremdvergleich mit Leistungen vergleichbarer Unternehmen stand. Das AGITA stelle sicher, dass die Beklagte stets einen Gewinn auf die sog. Mehrwertkosten erwirtschaftete. Der bloße Umstand, dass aufgrund des AGITA die Kosten einer Betriebsrentenanpassung als Teil der Personalkosten - nebst einem Zuschlag von 3 % - von einer anderen Konzerngesellschaft ausgeglichen würden, rechtfertige noch keinen Berechnungsdurchgriff.
- 12 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

- 13 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass die Beklagte nicht verpflichtet ist, die Betriebsrente des Klägers nach § 16 Abs. 1 BetrAVG zum Anpassungstichtag 1. Januar 2011 an den seit Rentenbeginn eingetretenen Kaufkraftverlust anzupassen.
- 14 I. Die Beklagte hatte gemäß § 16 Abs. 1 BetrAVG zum 1. Januar 2011 zu prüfen, ob eine Anpassung der Betriebsrente des Klägers an den Kaufkraftverlust zu erfolgen hatte.
- 15 1. 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. Dies wäre - ausgehend vom Rentenbeginn des Klägers am 1. Oktober 2008 - der 1. Oktober 2011 gewesen.
- 16 2. Allerdings hat die Beklagte alle bei ihr anfallenden Prüfungstermine zum 1. Januar eines jeden Kalenderjahres gebündelt. Damit ergab sich für den Kläger der 1. Januar 2011 als Prüfungstermin.
- 17 a) Der gesetzlich vorgegebene Drei-Jahres-Rhythmus zwingt nicht zu starren, individuellen Prüfungsterminen; die Bündelung aller in einem Unternehmen anfallenden Prüfungstermine zu einem einheitlichen Jahrestermin ist zulässig. Sie vermeidet unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand und beeinträchtigt die Interessen der Betriebsrentner nur geringfügig. Für diese verzögert sich allenfalls die erste Anpassungsprüfung. Die den Versorgungsempfängern daraus entstehenden Nachteile werden regelmäßig dadurch abgemildert, dass ein entsprechend angewachsener höherer Teuerungsausgleich zu berücksichtigen ist. In der Folgezeit muss der Drei-Jahres-Rhythmus allerdings eingehalten sein. Zudem darf sich durch den gemeinsamen Anpassungstichtag die erste Anpassungsprüfung um nicht mehr als sechs Monate verzögern (vgl. BAG 19. Juni 2012 - 3 AZR 464/11 - Rn. 18, BAGE 142, 116; 30. November 2010 - 3 AZR 754/08 - Rn. 49 mwN).
- 18 b) Der Kläger bezieht seit dem 1. Oktober 2008 eine Betriebsrente. Durch den gemeinsamen Anpassungstichtag 1. Januar 2011 verzögerte sich die erste Anpassungsprüfung nicht, sondern fand neun Monate vor dem individuellen Anpassungstichtag statt.

19

II. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die wirtschaftliche Lage der Beklagten einer Anpassung der Betriebsrente des Klägers an den Kaufkraftverlust zum 1. Januar 2011 entgegenstand.

- 21** 1. Nach § 16 Abs. 1 BetrAVG hat der Arbeitgeber bei seiner Anpassungsentscheidung die Belange der Versorgungsempfänger und seine eigene wirtschaftliche Lage zu berücksichtigen. Lässt seine wirtschaftliche Lage eine Anpassung der Betriebsrente nicht zu, ist er zur Anpassung nicht verpflichtet.
- 22** a) Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers ist eine zukunftsbezogene Größe. Sie umschreibt die künftige Belastbarkeit des Arbeitgebers und setzt eine Prognose voraus. Beurteilungsgrundlage für die insoweit langfristig 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 mindestens drei Jahren ausgewertet werden. Entscheidend ist dabei die tatsächliche wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers, nicht eine fiktive, die bestanden hätte, wenn unternehmerische Entscheidungen anders getroffen worden wären (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 22 mwN).
- 23** 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 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 23 mwN).
- 23** b) 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 gefährdet, 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. 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** Dies gilt entgegen der Ansicht der Revision auch für die Beklagte. Die Prüfung, ob die wirtschaftliche Lage einer Anpassung der Betriebsrenten entgegensteht, hat grundsätzlich nach einem für alle Arbeitgeber einheitlich geltenden Maßstab zu erfolgen. Für die Beklagte ergeben sich daher in dieser Hinsicht weder aus ihrer Einbindung in den A-Konzern noch aufgrund der im AGITA getroffenen Verrechnungspreisabrede Besonderheiten. Vielmehr sind auch der Beklagten eine hinreichende Eigenkapitalausstattung und eine angemessene Eigenkapitalverzinsung zuzubilligen.
- 25** c) Da für die Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers maßgeblich ist, kommt es auf die Verhältnisse im Unternehmen an, welches als

Arbeitgeber die entsprechende Versorgungszusage erteilt oder - wie die Beklagte - im Wege der Rechtsnachfolge übernommen hat. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber in einen Konzern eingebunden ist. Die Konzernverbindung allein ändert weder etwas an der Selbständigkeit des Versorgungsschuldners und seiner Verpflichtung zur Anpassungsprüfung und -entscheidung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG noch an der Trennung der jeweiligen Vermögensmassen (BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 46 mwN).

- 26** d) Die einem Unternehmen zuzubilligende 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. etwa BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 27 mwN).
- 27** aa) Für die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung ist einerseits auf die Höhe des Eigenkapitals, andererseits auf das erzielte Betriebsergebnis abzustellen (st. Rspr., vgl. etwa BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 28 mwN). Beide Berechnungsfaktoren sind auf der Grundlage der nach den handelsrechtlichen Rechnungslegungsregeln erstellten Jahresabschlüsse zu bestimmen (vgl. BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 42 mwN).
- 28** Allerdings sind bei dem in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Betriebsergebnis 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. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn außerordentliche Erträge oder Verluste auch der Höhe nach eine ausreichende Kontinuität aufweisen (BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 29; 30. November 2010 - 3 AZR 754/08 - Rn. 56). 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 bei der Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung regelmäßig nicht zu berücksichtigen (vgl. BAG 15. April 2014 - 3 AZR 51/12 - Rn. 27).
- 29** bb) Für die Frage, ob der Arbeitgeber eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielt hat, kommt es auf das in den Bilanzen ausgewiesene Eigenkapital an. Dazu zählen nach § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB nicht nur das gezeichnete Kapital (Stammkapital) und die Kapitalrücklage, sondern auch Gewinnrücklagen, Gewinn-/Verlustvorräte und Jahresüberschüsse/Jahresfehlbeträge (vgl. BAG 15. April 2014 - 3 AZR 85/12 - Rn. 24 mwN; 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 46). 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).
- 30** cc) Das Eigenkapital kann nicht uneingeschränkt mit dem Betriebsergebnis nach Steuern verglichen werden.
- 31** 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, soweit sie in der Gewinn- und Verlustrechnung ebenfalls unter den Steuern vom Einkommen und vom Ertrag erfasst werden. Auch diese Erträge bleiben bei der Ermittlung des erzielten Betriebsergebnisses außer Betracht (vgl. BAG 21. August 2012 - 3 ABR 20/10 - Rn. 45 mwN).

- 32** e) Der Arbeitgeber hat darzulegen und zu beweisen, dass seine Anpassungsentscheidung billigem Ermessen entspricht und sich in den Grenzen des § 16 BetrAVG hält. Die Darlegungs- und Beweislast erstreckt sich auf alle die Anpassungsentscheidung beeinflussenden Umstände (vgl. etwa BAG 31. Juli 2007 - 3 AZR 810/05 - Rn. 22 mwN, BAGE 123, 319).
- 33** Für die Feststellung sowohl der erzielten Betriebsergebnisse als auch des vorhandenen Eigenkapitals bieten die handelsrechtlichen Jahresabschlüsse den geeigneten Einstieg (vgl. BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 615/10 - Rn. 42; 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 c der Gründe, BAGE 105, 72). Betriebswirtschaftlich gebotene Korrekturen können aber dann vorgenommen werden, wenn der Sachvortrag der Parteien ausreichende Anhaltspunkte dafür enthält, dass derartige Korrekturen notwendig sind (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 33).
- 34** 2. Danach durfte die Beklagte am Anpassungstichtag 1. Januar 2011 annehmen, dass sie aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage in der Zeit bis zum nächsten Anpassungstichtag am 1. Januar 2014 keine angemessene Eigenkapitalverzinsung erreichen und ihr damit die für eine Betriebsrentenanpassung erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehlen würde. Dabei kann offenbleiben, ob die von der Beklagten ausweislich der von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P AG geprüften und testierten Jahresabschlüsse für die Jahre 2008 bis 2010 erzielten Betriebsergebnisse um einen sog. Substanzerhaltungsaufwand zu reduzieren sind. Selbst wenn dieser Aufwand nicht ertragsmindernd zu berücksichtigen wäre, würde dies nicht zu einer anderen Bewertung führen. Zwar hat die Beklagte - ohne Berücksichtigung eines sog. Substanzerhaltungsaufwands - in den Geschäftsjahren 2008 und 2009 eine hinreichende Eigenkapitalverzinsung erzielt. Allerdings hat sie im Geschäftsjahr 2010 keine angemessene Eigenkapitalverzinsung erwirtschaftet. Dies rechtfertigte die Prognose, dass sie in der Zeit bis zum nächsten Anpassungstichtag den Teuerungsausgleich nicht aus ihren Unternehmenserträgen würde finanzieren können.
- 35** a) Die Beklagte hat im Geschäftsjahr 2008 - ohne Abzug des von ihr geltend gemachten sog. Substanzerhaltungsaufwands iHv. 1.556.000,00 Euro - eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielt. Ihr im testierten Jahresabschluss ausgewiesenes Betriebsergebnis - vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag iHv. (minus) 20.087,00 Euro - betrug 6.846.938,00 Euro. Ihr durchschnittliches Eigenkapital belief sich bei einem Eigenkapital zum Ende des Geschäftsjahres 2007 iHv. 84.805.000,00 Euro und einem Eigenkapital zum Ende des Geschäftsjahres 2008 iHv. 91.631.881,00 Euro auf 88.218.440,50 Euro. Hieraus errechnet sich eine Eigenkapitalverzinsung von 7,76 %. Diese lag über der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Die öffentlichen Anleihen erzielten im Jahr 2008 eine Umlaufrendite von 4 %. Zuzüglich des Risikozuschlags von 2 % betrug die angemessene Eigenkapitalverzinsung demnach 6 %.
- 36** b) Im Geschäftsjahr 2009 hat die Beklagte - ohne Berücksichtigung eines Substanzerhaltungsaufwands iHv. 1.699.000,00 Euro - ebenfalls eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielt. Ausweislich der Gewinn- und Verlustrechnung betrug das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Beklagten in diesem Geschäftsjahr 7.645.845,00 Euro. Bei einem Eigenkapital zum 31. Dezember 2009 iHv. 99.140.746,00 Euro und damit einem durchschnittlichen Eigenkapital im Jahr 2009 iHv. 95.386.313,50 Euro betrug ihre Eigenkapitalverzinsung 8,02 %. Diese lag oberhalb der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Die öffentlichen Anleihen erzielten im Jahr 2009 eine Umlaufrendite von 3,1 %. Zuzüglich des Risikozuschlags von 2 % betrug die angemessene Eigenkapitalverzinsung mithin 5,1 %.
- 37** c) Im Geschäftsjahr 2010 hat die Beklagte - auch ohne Berücksichtigung eines Substanzerhaltungsaufwands - keine angemessene Eigenkapitalverzinsung erwirtschaftet.
- 38** aa) Nach dem testierten Jahresabschluss hat die Beklagte in diesem Jahr ein Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit iHv. 5.519.102,00 Euro erzielt. Abzüglich der außerordentlichen Aufwendungen iHv. (minus) 2.795.023,00 Euro ergab sich - vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag iHv. 35.621,00 Euro - ein Betriebsergebnis iHv. 2.724.079,00 Euro. Das durchschnittliche

Eigenkapital der Beklagten belief sich - bei einem Eigenkapital zum Ende des Geschäftsjahres 2010 iHv. 101.900.446,00 Euro - auf 100.520.596,00 Euro. Damit hat die Beklagte im Geschäftsjahr 2010 eine Eigenkapitalverzinsung iHv. 2,71 % erzielt. Diese lag unter der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Die öffentlichen Anleihen erzielten im Jahr 2010 eine Umlaufrendite von 2,4 %. Zuzüglich des Risikozuschlags von 2 % betrug die angemessene Eigenkapitalverzinsung 4,4 %.

- 39** bb) Das im Geschäftsjahr 2010 erzielte Betriebsergebnis der Beklagten ist nicht um die außerordentlichen Aufwendungen iHv. 2.795.023,00 Euro ergebnissteigernd zu bereinigen.
- 40** Zwar sind nach der Rechtsprechung des Senats außerordentliche Aufwendungen wegen ihres Ausnahmecharakters bei der Beurteilung der künftigen Ertragsentwicklung regelmäßig außer Acht zu lassen. Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn die außerordentlichen Aufwendungen auch der Höhe nach eine ausreichende Kontinuität aufweisen (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 29; 30. November 2010 - 3 AZR 754/08 - Rn. 56). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Die im Jahresabschluss 2010 ausgewiesenen außerordentlichen Aufwendungen der Beklagten werden auch in den Jahren bis zum nächsten Anpassungsstichtag in vergleichbarer Höhe anfallen. Die außerordentlichen Aufwendungen sind darauf zurückzuführen, dass die Beklagte die laufenden Pensionsverpflichtungen und Pensionsanwartschaften erstmals ab dem Geschäftsjahr 2010 nach dem durch das BilMoG geänderten § 253 HGB zu bewerten hatte, Art. 66 Abs. 3 Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 25. Mai 2009 (im Folgenden EGHGB). Hieraus resultierte ein Zuführungsbetrag zu den Pensionsrückstellungen iHv. (gerundet) 24.638.000,00 Euro. Nach Art. 67 EGHGB ist dieser Betrag bis spätestens zum 31. Dezember 2024 in jedem Geschäftsjahr zu mindestens 1/15 anzusammeln. Die sich danach ergebenden jährlichen Zuführungen zu den Rückstellungen sind nach Art. 67 Abs. 7 EGHGB in der Gewinn- und Verlustrechnung unter dem Posten "außerordentliche Aufwendungen" gesondert anzugeben. Entsprechend verfährt die Beklagte. Damit werden bei der Beklagten durch die erforderliche Zuführung zu den Pensionsrückstellungen auch in der Zeit bis zum 1. Januar 2014 jährlich außerordentliche Aufwendungen anfallen, die den im Jahr 2010 getätigten außerordentlichen Aufwendungen der Höhe nach entsprechen.
- 41** d) Obgleich die Beklagte in den Jahren 2008 und 2009 eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielt hatte, durfte sie zum Anpassungsstichtag 1. Januar 2011 davon ausgehen, dass ihre wirtschaftliche Lage in der Zeit bis zum nächsten Anpassungsstichtag 1. Januar 2014 eine Betriebsrentenanpassung nicht zuließ. Die Eigenkapitalverzinsung der Beklagten war im Geschäftsjahr 2010 auf 2,71 % gefallen. Maßgeblich hierfür waren vor allem die außerordentlichen Aufwendungen, die der Beklagten infolge der erforderlichen Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen entstanden waren. Ohne diese hätte die Beklagte ein Betriebsergebnis - vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag - iHv. 5.519.102,00 Euro und damit eine hinreichende Eigenkapitalverzinsung iHv. 5,5 % erzielt. Angesichts ihrer Verpflichtung, die erforderliche Erhöhung der Pensionsrückstellungen iHv. insgesamt 24.638.000,00 Euro bis spätestens zum 31. Dezember 2024 in jedem Geschäftsjahr zu mindestens 1/15 anzusammeln, durfte die Beklagte daher annehmen, auch in den Jahren bis zum nächsten Anpassungsstichtag keine angemessene Eigenkapitalverzinsung zu erzielen.
- 42** e) Die negative Prognose der Beklagten wurde durch die Entwicklung in den Geschäftsjahren 2011 und 2012 bestätigt. In beiden Geschäftsjahren hat die Beklagte ausweislich ihrer geprüften und testierten Jahresabschlüsse keine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielt.
- 43** aa) Im Geschäftsjahr 2011 erwirtschaftete die Beklagte - vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag iHv. (minus) 38.663,00 Euro und nach Abzug der außerordentlichen Aufwendungen für die Zuführung zu den Pensionsrückstellungen iHv. (minus) 3.742.566,00 Euro - ein Betriebsergebnis iHv. 2.685.918,00 Euro. Ihr durchschnittliches Eigenkapital im Jahr 2011 belief sich bei einem Eigenkapital zum 31. Dezember 2011 iHv. 104.547.700,00 Euro auf 103.224.073,00 Euro. Demgemäß betrug ihre Eigenkapitalverzinsung 2,6 % und lag damit unter der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Die öffentlichen Anleihen erzielten im Jahr 2011 eine Umlaufrendite von 2,4 %. Zuzüglich des Risikozuschlags von 2 % betrug die angemessene Eigenkapitalverzinsung 4,4 %.

- 44 bb) Im Geschäftsjahr 2012 erzielte die Beklagte nach dem testierten Jahresabschluss ein Betriebsergebnis - vor Steuern vom Einkommen und vom Ertrag iHv. (minus) 665,00 Euro und nach Abzug der außerordentlichen Aufwendungen für die Zuführung zu den Pensionsrückstellungen iHv. (minus) 2.742.566,00 Euro - iHv. 2.245.004,00 Euro. Bei einem Eigenkapital zum 31. Dezember 2012 iHv. 106.792.039,00 Euro und damit einem durchschnittlichen Eigenkapital im Jahr 2012 iHv. 105.669.869,50 Euro errechnet sich eine Eigenkapitalverzinsung der Beklagten von 2,1 %. Diese lag ebenfalls unter der angemessenen Eigenkapitalverzinsung. Die öffentlichen Anleihen erzielten im Jahr 2012 eine Umlaufrendite von 1,3 %. Zuzüglich des Risikozuschlags von 2 % betrug die angemessene Eigenkapitalverzinsung 3,3 %.
- 45 f) Soweit der Kläger behauptet, aufgrund der Verrechnungspreisabrede komme es zu einer konzerninternen Vorteilsverlagerung von der Beklagten auf andere Konzerngesellschaften, weil die Beklagte für ihre Leistungen, wenn sie sie nicht konzernintern, sondern konzernextern erbracht hätte bzw. erbringen würde, höhere Umsatzerlöse hätte erzielen können oder erzielen könnte, rechtfertigt dies keine andere Bewertung. Für die Frage, ob die wirtschaftliche Lage des Versorgungsschuldners einer Anpassung der Betriebsrenten an den Kaufkraftverlust nach § 16 Abs. 1 BetrAVG entgegensteht, ist seine tatsächliche wirtschaftliche Lage und nicht eine fiktive Lage entscheidend, die bestanden hätte, wenn unternehmerische Entscheidungen anders getroffen worden wären (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 22 mwN). Deshalb ist es für die Frage, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen aus § 16 BetrAVG herzuleitenden Anspruch auf Anpassung der Betriebsrente vorliegen, unerheblich, dass die Beklagte höhere Umsatzerlöse erzielt hätte, wenn eine für sie günstigere Verrechnungspreisabrede getroffen worden wäre. Entgegen der Auffassung der Revision kann damit auch keine tatsächliche Vermutung dahin bestehen, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beklagten besser ist, als es unter Geltung der im AGITA getroffenen Verrechnungspreisabrede der Fall ist.
- 46 III. Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers muss sich die Beklagte weder eine etwaig günstige wirtschaftliche Lage ihrer Muttergesellschaften noch die einer anderen Konzerngesellschaft, insbesondere die ihrer Schwestergesellschaft, der AGNS Niederlande, im Wege des Berechnungsdurchgriffs zurechnen lassen. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.
- 47 1. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 Abs. 1 BetrAVG trifft dasjenige Unternehmen, welches als Arbeitgeber die entsprechende Versorgungszusage erteilt oder im Wege der Rechtsnachfolge übernommen hat; auf seine wirtschaftliche Lage kommt es an. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber in einen Konzern eingebunden ist (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 46 mwN). Etwas anderes gilt, wenn dem Versorgungsschuldner im Wege des Berechnungsdurchgriffs die günstige wirtschaftliche Lage eines anderen Konzernunternehmens zuzurechnen ist. Der Berechnungsdurchgriff führt dazu, dass ein Unternehmen, das selbst wirtschaftlich nicht zur Anpassung der Betriebsrenten in der Lage ist, gleichwohl eine Anpassung des Ruhegeldes vornehmen muss, wenn die wirtschaftliche Lage des anderen Konzernunternehmens dies zulässt. Der Berechnungsdurchgriff setzt deshalb grundsätzlich einen Gleichlauf von Zurechnung und Innenhaftung voraus (vgl. BAG 29. September 2010 - 3 AZR 427/08 - Rn. 32, BAGE 135, 344). Dadurch wird sichergestellt, dass die Betriebsrentenanpassungen grundsätzlich nicht - entgegen § 16 BetrAVG - aus der Vermögenssubstanz erbracht werden müssen. Der Berechnungsdurchgriff ändert aber nichts an der Schuldnerstellung. Schuldner der Anpassungsprüfung und -entscheidung nach § 16 BetrAVG bleibt auch beim Berechnungsdurchgriff der Versorgungsschuldner (BAG 18. März 2014 - 3 AZR 899/11 - Rn. 46).
- 48 2. Die Voraussetzungen eines Berechnungsdurchgriffs liegen nicht vor.
- 49 a) Ein Berechnungsdurchgriff unter dem Gesichtspunkt des Bestehens eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags kommt nicht in Betracht.
- 50 aa) Ein Berechnungsdurchgriff wegen des Bestehens eines Beherrschungsvertrags scheidet von vorneherein aus. Der Kläger hat seine Behauptung, bei dem AGITA handele es sich um einen Beherrschungsvertrag, in der Revision nicht aufrechterhalten, sondern - im Gegenteil - ausdrücklich

vorgetragen, das AGITA sei kein Beherrschungsvertrag.

- 51** bb) Ob ein isolierter Gewinn- bzw. Ergebnisabführungsvertrag einen Berechnungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Lage eines anderen Konzernunternehmens überhaupt rechtfertigen kann (vgl. zu den Bedenken BAG 17. Juni 2014 - 3 AZR 298/13 - Rn. 79 ff.), kann dahinstehen. Der Kläger macht in der Revision nicht mehr geltend, das AGITA sei ein Gewinn- bzw. Ergebnisabführungsvertrag. Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers entfaltet das AGITA auch keine einem Gewinnabführungsvertrag vergleichbaren Wirkungen.
- 52** (1) Der (Teil-)Gewinnabführungsvertrag ist ein Vertrag, durch den sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihren Gewinn teilweise oder in vollem Umfang an eine andere Gesellschaft abzuführen. Dabei ist mit dem Gewinn der Jahresüberschuss iSv. § 275 Abs. 2 Nr. 20 und Abs. 3 Nr. 19 HGB gemeint, der ohne die Verpflichtung zur Gewinnabführung entstehen würde (vgl. Emmerich in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht 6. Aufl. § 291 Rn. 64; Grigoleit/Servatius AktG § 291 Rn. 64).
- 53** Da aufgrund der Verpflichtung zur Gewinnabführung keine oder nur geringere Gewinne verbleiben, über deren Verwendung die zur Gewinnabführung verpflichtete Gesellschaft entscheiden kann (MünchKommAktG/Altmeppen 3. Aufl. § 291 Rn. 143), werden sowohl die Gewinnverwendungskompetenz der Gesellschaft als auch das Gewinnbezugsrecht der Anteilseigner insoweit gegenstandslos (Langenbacher in K. Schmidt/Lutter AktG § 291 Rn. 59; vgl. MünchKommAktG/Altmeppen aaO.). Hingegen hat der andere Vertragsteil bei Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags - sofern also nicht zusätzlich ein Beherrschungsvertrag besteht - auf das Zustandekommen eines Gewinns und die Ergebnisfeststellung keinen Einfluss (Grigoleit/Servatius aaO. Rn. 63). Der isolierte Gewinnabführungsvertrag führt demnach nicht dazu, dass das andere Unternehmen die Höhe der Gewinne des zur Gewinnabführung verpflichteten Unternehmens beeinflussen könnte.
- 54** (2) Es bedarf keiner Entscheidung, ob sich der im AGITA vereinbarte Verrechnungspreis für die konzerninternen Leistungen der Beklagten nach der vom Kläger angegebenen Formel "Interne Umsatzerlöse = externe Umsatzerlöse abzüglich der Kosten ohne Aufschlag sowie abzüglich der Kosten mit Aufschlag" errechnet. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, würde das AGITA keine einem Gewinnabführungsvertrag vergleichbaren Wirkungen entfalten.
- 55** Durch die AGITA-Abrede verliert die Beklagte nicht ihr Recht, über die Verwendung ihrer Gewinne zu entscheiden; die im AGITA getroffene Verrechnungspreisabrede wirkt sich vielmehr bereits bei der Gewinnentstehung aus. Die Verrechnungspreisabrede dient dazu, die Umsatzerlöse zu bestimmen, die die Beklagte aus den konzerninternen erbrachten Leistungen erzielt. Zwar kann das AGITA - wie die Beklagte in der Revision eingeräumt hat - nicht nur dazu führen, dass die Beklagte von ihrem Vertragspartner eine AGITA-Gebühr erhält, sondern umgekehrt auch dazu, dass die Beklagte ihrerseits Zahlungen an den Vertragspartner des AGITA leisten muss. Dies ändert aber nichts daran, dass mit dem AGITA nicht die Gewinnverwendung, sondern die Gewinnentstehung in der Weise gesteuert wird, dass die Beklagte grundsätzlich nur einen Gewinn iHv. 3 % der Kosten mit Mehrwert erzielt. Dieser Gewinn verbleibt ihr und ist nicht abzuführen.
- 56** b) Die Beklagte muss sich eine etwaige günstige wirtschaftliche Lage ihrer Muttergesellschaften oder ihrer Schwestergesellschaft, der AGNS Niederlande, auch weder unter dem Gesichtspunkt eines Berechnungsdurchgriffs im qualifiziert faktischen Konzern noch unter dem Gesichtspunkt eines existenzvernichtenden Eingriffs zurechnen lassen. Daher kann vorliegend offenbleiben, ob sich durch die im AGITA getroffene Verrechnungspreisabrede eine konzernspezifische Gefahr verwirklicht hat, weil - so der Vortrag des Klägers - dadurch stets Betriebsergebnisse erzielt werden, die eine Anpassung der Betriebsrenten nicht zulassen, sodass "systembedingt" Betriebsrentenanpassungen verhindert werden.
- 57** aa) Soweit die Revision geltend macht, das AGITA verhindere "systembedingt" Betriebsrentenanpassungen, weil sich aufgrund der Berechnungsformel für die AGITA-Gebühr

immer nur ein Gewinn iHv. 3 % auf die Mehrwertkosten erbebe, ist schon zweifelhaft, ob diese Behauptungen überhaupt zutreffen. Seit dem 1. Januar 2010 beträgt der Zuschlag auf die Mehrwertkosten nach dem AGITA zwar grundsätzlich nur noch 3 %. Die nicht hinreichende Eigenkapitalverzinsung der Beklagten in den Jahren 2010 bis 2012 beruht allerdings nicht darauf, dass die Beklagte nur noch eine geringere Marge auf die "Value Added Cost" erhält. Vielmehr ist dies darauf zurückzuführen, dass die Beklagte aufgrund der in Art. 66 Abs. 3, Art. 67 Abs. 1 EGHGB getroffenen Bestimmungen ab dem Jahr 2010 jährlich Zuführungen zu den Pensionsrückstellungen in erheblicher Höhe vornehmen muss. Ohne Berücksichtigung dieser Zuführungen hätte die Beklagte im Jahr 2010 eine Eigenkapitalverzinsung von 5,5 %, im Jahr 2011 von 6,2 % und im Jahr 2012 von 4,7 % und damit in diesen Jahren eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielt.

- 58** bb) Dies kann jedoch dahinstehen. Jedenfalls scheidet ein Berechnungsdurchgriff im qualifiziert faktischen Konzern nach der Änderung der Senatsrechtsprechung (BAG 15. Januar 2013 - 3 AZR 638/10 - BAGE 144, 180) aus.
- 59** Zwar galten für einen Berechnungsdurchgriff im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 BetrAVG nach der Rechtsprechung des Senats seit dem Urteil vom 28. April 1992 (- 3 AZR 244/91 - zu III 2 der Gründe, BAGE 70, 158; vgl. auch 14. Dezember 1993 - 3 AZR 519/93 - zu III 2 der Gründe) ua. die Grundsätze entsprechend, die der Bundesgerichtshof zur Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten des beherrschten Unternehmens aufgestellt hatte (vgl. etwa BGH 13. Dezember 1993 - II ZR 89/93 -; 29. März 1993 - II ZR 265/91 - [TBB] BGHZ 122, 123 ; 23. September 1991 - II ZR 135/90 - [Video] BGHZ 115, 187 ; 20. Februar 1989 - II ZR 167/88 - [Tiefbau] BGHZ 107, 7 ; 16. September 1985 - II ZR 275/84 - [Autokran] BGHZ 95, 330). Zwischen der konzernmäßigen Durchgriffshaftung und der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers bei der Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG bestand ein Zusammenhang. Haftete beim qualifiziert faktischen Konzern die Konzernobergesellschaft, dann musste diese mit ihrer wirtschaftlichen Lage der Tochtergesellschaft gegenüber auch für deren Anpassungsschulden einstehen.
- 60** Nachdem der Bundesgerichtshof jedoch in seiner Grundsatzentscheidung vom 16. Juli 2007 (- II ZR 3/04 - [TRIHOTEL] BGHZ 173, 246) das von ihm im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Haftungskonzept aufgegeben hat, lassen sich die vom Senat aufgestellten Grundsätze zum Berechnungsdurchgriff im qualifiziert faktischen Konzern nicht mehr aufrechterhalten. Dies hat der Senat bereits mit Urteil vom 15. Januar 2013 (- 3 AZR 638/10 - Rn. 35 ff., BAGE 144, 180; vgl. auch BAG 18. März 2014 - 3 AZR 899/11 - Rn. 49) entschieden und ausführlich begründet. Hieran hält der Senat fest.
- 61** cc) Ein Berechnungsdurchgriff auf der Grundlage der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum existenzvernichtenden Eingriff kommt ebenfalls nicht in Betracht. Danach setzt die Verhaltenshaftung des Gesellschafters nach § 826 BGB ua. den Entzug von Vermögenswerten, die fehlende Kompensation oder Rechtfertigung des Vermögensentzugs und die dadurch hervorgerufene Insolvenz der Gesellschaft bzw. deren Vertiefung voraus (BGH 16. Juli 2007 - II ZR 3/04 - [TRIHOTEL] BGHZ 173, 246). Die Beklagte war zu keinem Zeitpunkt von einer Insolvenz bedroht, sodass jedenfalls deshalb ein an diesen Grundsätzen orientierter Berechnungsdurchgriff ausscheidet.
- 62** c) Der Kläger kann seinen Anspruch auf Betriebsrentenanpassung auch nicht mit Erfolg darauf stützen, die Beklagte müsse sich die wirtschaftliche Lage ihrer Muttergesellschaften bzw. der AGNS Niederlande im Wege des Berechnungsdurchgriffs zurechnen lassen, da das AGITA eine "harte" Patronatserklärung gegenüber der Beklagten enthalte.
- 63** Zwar kann nach der Rechtsprechung des Senats eine harte konzerninterne Patronatserklärung geeignet sein, einen Berechnungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Lage der Patronin/nen zu rechtfertigen (vgl. dazu BAG 21. Oktober 2014 - 3 AZR 1027/12 - Rn. 59; 29. September 2010 - 3 AZR 427/08 - Rn. 43, BAGE 135, 344). Ein Berechnungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Lage der

Patronin/nen kommt in diesem Fall aber nur in Betracht, wenn sich die Patronatserklärung auch auf künftige Betriebsrentenanpassungen erstreckt. Hierzu hat der Kläger indes nicht schlüssig vorgetragen. Das Landesarbeitsgericht ist deshalb im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, das Vorbringen des Klägers zum Vorliegen einer Patronatserklärung sei als Grundlage für einen Berechnungsdurchgriff nicht hinreichend substantiiert.

- 64** aa) Eine konzerninterne harte Patronatserklärung, die auch als Verlustdeckungszusage oder Verlustübernahmeerklärung bezeichnet wird (MüKo-BGB/Habersack 6. Aufl. Vor § 765 Rn. 49; BGH 8. Mai 2006 - II ZR 94/05 - Rn. 10), sichert im Zweifel allein das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des begünstigten konzernangehörigen Unternehmens ab. Zudem setzt die Verpflichtung der Patronin zur Ausstattung des begünstigten Unternehmens den Bestand einer gesicherten Hauptforderung voraus. Da § 16 Abs. 1 BetrAVG keine unbedingte Anpassungspflicht regelt, mithin keine Anpassungsgarantie enthält, sondern nur einen Anspruch auf eine Anpassungsprüfung einräumt, die auch die wirtschaftliche Lage des Versorgungsschuldners berücksichtigt (vgl. etwa BAG 17. Juni 2014 - 3 AZR 298/13 - Rn. 43), müsste aus der Patronatserklärung deutlich hervorgehen, dass diese sich auch auf künftige Betriebsrentenanpassungen bezieht.
- 65** bb) Dies hat der Kläger nicht schlüssig dargetan. Seine Behauptung, die Vertragspartner des AGITA schuldeten der Beklagten aufgrund des AGITA eine Erstattung der Kosten mit Mehrwert, wobei zu diesen Kosten auch die Aufwendungen für die Betriebsrentenanpassungen gehörten, reicht hierfür nicht.
- 66** Die im AGITA vereinbarte Verrechnungspreisabrede ist lediglich ein Mittel zur Bestimmung der Höhe der konzerninternen Umsatzerlöse. Die Personalkosten sind dabei nur ein Teil des Berechnungsfaktors "Kosten mit Aufschlag". Zudem übersieht der Kläger, dass die von ihm behauptete Ausgestaltung der Verrechnungspreisabrede dazu führen kann, dass die Beklagte, wenn ihre externen Umsatzerlöse sämtliche Kosten mit Mehrwert zuzüglich der Marge sowie sämtliche Kosten ohne Mehrwert übersteigen, "negative" interne Umsatzerlöse erzielt mit der Folge, dass sie insoweit zur Zahlung an den Vertragspartner des AGITA verpflichtet ist. Die im AGITA getroffene Verrechnungspreisabrede soll - wovon auch der Kläger selbst ausgeht - außerdem sicherstellen, dass bei der Beklagten Gewinne verbleiben, die von dieser nach deutschem Steuerrecht zu versteuern sind. Dass eine etwaige harte konzerninterne Patronatserklärung auch künftige Betriebsrentenanpassungen umfasst, ist nach diesem Zweck der Verrechnungspreisabrede fernliegend.
- 67** d) Der Kläger kann einen Berechnungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Lage der Muttergesellschaften oder der AGNS Niederlande auch nicht mit Erfolg auf einen entsprechenden Vertrauenstatbestand stützen (zu den Voraussetzungen vgl. BAG 29. September 2010 - 3 AZR 427/08 - Rn. 47 mwN, BAGE 135, 344). Er hat nicht behauptet, die Muttergesellschaften der Beklagten oder die AGNS Niederlande hätten Erklärungen abgegeben oder Verhaltensweisen gezeigt, die ein schutzwürdiges Vertrauen auf eine Anpassung der Betriebsrente ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage der Beklagten begründen. Die im AGITA getroffene Verrechnungspreisabrede reicht hierfür nicht aus.
- 68** e) Die Verfahrensrügen des Klägers greifen nicht durch.
- 69** aa) Die Revision rügt zu Unrecht, dass das Landesarbeitsgericht dem Beweisantritt des Klägers nach § 421 ZPO nicht nachgekommen ist und der Beklagten nicht aufgegeben hat, das AGITA vorzulegen. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Beweisantritt des Klägers zutreffend als unzulässigen Ausforschungsbeweis gewertet.
- 70** Wird ein Beweis angeboten, bei dem es an der Bestimmtheit der zu beweisenden Tatsachen fehlt, und sollen durch die beabsichtigte Beweiserhebung erst die Grundlagen für substantiierte Tatsachenbehauptungen gewonnen werden, ist der Beweisantritt als Ausforschungsbeweis unzulässig und damit unbeachtlich (vgl. BAG 21. Januar 2014 - 3 AZR 362/11 - Rn. 46). So verhält es sich hier. Der Kläger wollte sich durch die Einsichtnahme in das AGITA, wie das

Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, erst die Kenntnis verschaffen, ob das AGITA über die Verrechnungspreisabrede hinaus ggf. andere - für einen Berechnungsdurchgriff relevante - Abreden enthält. Die Behauptung des Klägers, das AGITA enthalte eine harte Patronatserklärung gegenüber der Beklagten, ist - soweit es sich nicht ohnehin nur um eine rechtliche Bewertung der von ihm vorgetragenen AGITA-Formel handelt - deshalb erkennbar "ins Blaue" hinein erfolgt.

- 71** bb) Auf die übrigen vom Kläger erhobenen Verfahrensrügen kommt es nach alledem nicht mehr an. Sein als übergangen gerügtes Vorbringen - zu seinen Gunsten unterstellt - rechtfertigt, wie dargelegt, keine andere Entscheidung, § 561 ZPO .
- 72** IV. Da der Kläger seine Ansprüche auf Zahlung einer höheren Betriebsrente ausschließlich auf § 16 Abs. 1 BetrAVG stützt, hatte der Senat nicht zu prüfen, ob sich ein Anspruch des Klägers ggf. unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes ergibt. Etwaige Schadensersatzansprüche waren nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Für die Entscheidung nicht erheblich war deshalb, ob durch die konkrete Ausgestaltung der im AGITA getroffenen Verrechnungspreisabrede die wirtschaftliche Lage der Beklagten in rechtlich zu beanstandender Weise so gestaltet wurde, dass eine Anpassung der Betriebsrente des Klägers nach § 16 BetrAVG ausgeschlossen wurde und dem Kläger dadurch Erfüllungsansprüche genommen wurden.
- 73** V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO .

Zwanziger
Schlewing
Ahrendt
Schmalz
Busch

Hinweise des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 3 AZR 102/14 -

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.