

# BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 754/08  
2 Sa 265/08  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
30. November 2010

## URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2010 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlewing sowie die ehrenamtlichen Richter Fasbender und Lohre für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 9. Juni 2008 - 2 Sa 265/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, die Betriebsrente des Klägers zum 1. Januar 2005 zu erhöhen. 1

Der 1939 geborene Kläger war seit dem 1. Mai 1967 bei der Beklagten beschäftigt. Er schied aufgrund Aufhebungsvereinbarung vom 21. Juni 1991 mit Ablauf des 30. Juni 1991 aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten aus und wechselte zu einem anderen Arbeitgeber. 2

Die Beklagte ist Mitglied des Essener Verbandes. Sie hatte dem Kläger Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach der Leistungsordnung (*im Folgenden: LO*) dieses Verbandes zugesagt. 3

In der LO „A“ idF vom 1. Januar 2004 heißt es auszugsweise: 4

#### **„VORWORT**

Die Leistungsordnung ‚A‘ des Essener Verbandes gilt für diejenigen weiblichen und männlichen Angestellten, die von dem Mitglied des Verbandes tatsächlich bis zum 31.12.1988 zum Essener Verband angemeldet worden sind (Angestellte), sowie für Leistungsfälle, denen eine solche Anmeldung zugrunde gelegen hat.

Zweck dieser Leistungsordnung ist es, Angestellten, deren Gehälter dauerhaft und erheblich die jeweilige Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung übersteigen, eine betriebliche Altersversorgung zu gewähren.

...

## **TEIL I**

### **Leistungen an Angestellte, die bis zum Eintritt des Leistungsfalles in einem Dienstverhältnis zu einem Mitglied des Essener Verbandes gestanden haben, und an deren Hinterbliebene**

#### **§ 1**

##### **Leistungen**

Leistungen im Sinne dieser Leistungsordnung sind:

- a) Ruhegeld,
- b) Hinterbliebenenbezüge.

#### **§ 2**

##### **Voraussetzungen für das Ruhegeld**

- (1) Ruhegeld erhält ein Angestellter, der aus dem Dienst des Mitglieds ausscheidet, weil er
  - a) dienstunfähig ist oder
  - b) das 65. Lebensjahr vollendet hat oder
  - c) Rente wegen Alters aus der gesetzlichen Rentenversicherung vor Vollendung des 65. Lebensjahres in voller Höhe in Anspruch nimmt.

...

#### **§ 3**

##### **Berechnung des Ruhegeldes**

- (1) Das Ruhegeld richtet sich unter Anwendung der Bestimmungen der §§ 7 und 8 nach
  - a) den einzelnen Gruppen, zu denen der Angestellte angemeldet worden ist,
  - b) den bei Eintritt des Leistungsfalles geltenden Gruppenbeträgen, die bei einer wesentlichen Verminderung der Dienstbezüge in der dem Verband angeschlossenen Industrie entsprechend herabgesetzt werden können,
  - c) den Dienstjahren, die gemäß der Anmeldung in den einzelnen Gruppen zu berücksichtigen sind (Dienstjahre).

Veränderungen der Gruppenbeträge und Dienstjahre nach Vollendung des 65. Lebensjahres bleiben unberücksichtigt.

...

- (3) Das Ruhegeld beträgt für jedes zu berücksichtigende Dienstjahr 4 vH des Betrages der Gruppe, zu der der Angestellte jeweils angemeldet worden ist; tritt der Leistungsfall wegen Dienstunfähigkeit oder Tod ein, beträgt das Ruhegeld jedoch mindestens 30 vH der höchsten individuellen Gruppe.

...

## **§ 9**

### **Neuberechnung und Anpassung der Zahlbeträge**

...

- (2) Die Zahlbeträge werden vom Verband regelmäßig überprüft und gegebenenfalls den veränderten Verhältnissen angepasst.

## **TEIL II**

### **Leistungen an vorzeitig ausgeschiedene Angestellte und an deren Hinterbliebene**

## **§ 10**

### **Unverfallbarkeit**

- (1) Endet das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit dem Mitglied vor Eintritt des Leistungsfalles, bleibt die Versorgungsanwartschaft zu einem Teil erhalten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Unverfallbarkeit nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung erfüllt sind.

...

## **§ 11**

### **Höhe der unverfallbaren Anwartschaft**

- (1) Die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft errechnet sich nach den Bestimmungen des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung.
- (2) Bei der Berechnung der Teil-Anwartschaft ist sowohl für das Ruhegeld als auch für die zu berücksichtigenden anderen Leistungen von den Werten auszugehen, die sich auf der Grundlage der im Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden tatsächlichen Bemessungsgrundlagen ergeben. ...
- (3) Ab Eintritt des Leistungsfalles werden die Leistungen

durch das Mitglied nach § 16 BetrAVG überprüft.

...“

Seit dem 1. Januar 2002 bezieht der Kläger eine Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeit aus der gesetzlichen Rentenversicherung sowie eine Betriebsrente iHv. 484,40 Euro. Während die Ruhegeldbezüge derjenigen Mitarbeiter, die erst mit Eintritt des Versorgungsfalls ausgeschieden waren, in der Folgezeit aufgrund entsprechender Anpassungsbeschlüsse des Essener Verbandes mehrfach erhöht wurden, und zwar ab dem 1. Januar 2005 um 0,75 %, ab dem 1. Januar 2006 um 1,5 % und ab dem 1. Januar 2007 um 2 %, passte die Beklagte die Betriebsrente des Klägers nicht nach § 16 BetrAVG an.

5

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2006 forderte der Kläger den Essener Verband und mit Schreiben vom 23. November 2006, 21. Januar 2007, 4. März 2007, 3. April 2007 sowie vom 1. Juni 2007 die Beklagte ergebnislos zur Anpassung der Betriebsrente nach § 16 BetrAVG auf. In seinem Schreiben vom 4. März 2007 wies er zudem auf die Anpassungen hin, die bei denjenigen Mitarbeitern vorgenommen worden waren, die erst mit Eintritt des Versorgungsfalls ausgeschieden waren. Mit seinem Schreiben vom 1. Juni 2007 verlangte er, so wie diese Betriebsrentner gestellt zu werden. Die Beklagte lehnte eine Betriebsrentenanpassung unter Hinweis auf ihre wirtschaftliche Lage ab.

6

Der Verbraucherpreisindex für Deutschland belief sich im Januar 2002 auf 102,9 und im Januar 2005 auf 106,9 Prozentpunkte. Ausweislich der vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Jahrbücher für die Jahre 1998 bis 2008 erzielten die öffentlichen Anleihen in den Jahren 1997 bis 2007 folgende Umlaufrenditen:

7

1997	5,1 %
1998	4,4 %
1999	4,3 %
2000	5,3 %
2001	4,7 %

2002	4,6 %
2003	3,8 %
2004	3,7 %
2005	3,2 %
2006	3,7 %
2007	4,3 %.

Mit seinen Hauptanträgen zu 1. und 2. hat der Kläger von der Beklagten eine Gleichstellung mit den Mitarbeitern verlangt, die erst mit Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Unternehmen ausgeschieden sind. Mit seinem Hilfsantrag hat er eine Anpassung seiner Betriebsrente an den Kaufkraftverlust gem. § 16 BetrAVG begehrt. Er hat die Auffassung vertreten, für die in der LO enthaltene Differenzierung zwischen den Betriebsrentnern, die bis zum Eintritt des Versorgungsfalls im Unternehmen verblieben sind und die deshalb unter Teil I § 9 Abs. 2 LO fallen, und denjenigen, die vor Eintritt des Versorgungsfalls mit einer unverfallbaren Anwartschaft ausgeschieden sind und deshalb nach Teil II § 11 Abs. 3 LO nur Anspruch auf Anpassung der Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG haben, bestehe kein sachlicher Grund. Der mit der Leistung verfolgte Zweck, die Betriebstreue zu fördern, rechtfertige die Gruppenbildung nicht. Die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung seien Gegenleistung für die im Arbeitsverhältnis erbrachte Arbeitsleistung. Die unterschiedlichen Anpassungsregularien stellten zudem eine nach dem AGG unzulässige Diskriminierung wegen des Alters dar. Für das Jahr 2005 habe er demnach Anspruch auf eine Betriebsrente iHv. 488,03 Euro, für das Jahr 2006 iHv. 495,35 Euro und für das Jahr 2007 iHv. 505,26 Euro monatlich. Jedenfalls sei seine Betriebsrente zum 1. Januar 2005 nach § 16 BetrAVG entsprechend der Geldentwertungsrate anzupassen. Die Beklagte könne eine Anpassung nicht unter Hinweis auf ihre wirtschaftliche Lage ablehnen. Sie sei ihrer Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen. Sie habe weder den Kapitalbedarf für die Anpassungen nach § 16 BetrAVG dargelegt noch vorgetragen, in welchem Volumen die Betriebsrenten der Arbeitnehmer, die mit Eintritt des Versorgungsfalls ausgeschieden waren, angepasst wurden. Im Übrigen rechtfertigten die Geschäftsberichte die

8

Annahme, dass die Beklagte durch eine Anpassung der Betriebsrente nicht überfordert werde.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

9

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 362,70 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2007 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ab dem 1. Oktober 2007 über die monatlich gezahlten 484,40 Euro hinaus monatlich weitere 20,86 Euro, also insgesamt 505,26 Euro/Monat zu zahlen,

hilfsweise

3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 677,88 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 18,83 Euro netto seit dem 1. Januar 2005 und aus jeweils weiteren 18,83 Euro netto seit dem 1. des jeweiligen Folgemonats, beginnend mit dem 1. Februar 2005 und endend mit dem 1. Dezember 2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

10

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne keine Gleichbehandlung mit denjenigen Mitarbeitern verlangen, die erst mit Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Unternehmen ausgeschieden seien. Ein Anspruch folge weder aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz noch aus dem AGG, das im Übrigen wegen § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG keine Anwendung finde. Die unterschiedlichen Betriebsrentenanpassungsregularien seien sachlich gerechtfertigt. Mit der Versorgungszusage sei es ihr nicht nur darum gegangen, langjährige Betriebstreue zu honorieren, sondern auch einen Anreiz für künftige Betriebstreue zu schaffen. Sie habe verhindern wollen, dass Arbeitnehmer ihr Arbeitsverhältnis von sich aus vorzeitig beenden und die gewonnenen Erkenntnisse und Erfahrungen anderweitig verwenden. Die unterschiedlichen Betriebsrentenanpassungsmechanismen der LO führten auch nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung wegen des Alters. Eine Anpassung der Betriebsrente nach § 16 BetrAVG habe ihre wirtschaftliche Lage nicht zugelassen.

11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die zuletzt gestellten Klageanträge weiter. Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision. 12

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klage hat weder mit den Hauptanträgen noch mit dem Hilfsantrag Erfolg. 13

A. Die Klage ist mit den Hauptanträgen zu 1. und 2. unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Anpassung seiner Betriebsrente für die Zeit ab dem 1. Januar 2005 um 0,75 %, für die Zeit ab dem 1. Januar 2006 um 1,5 % und für die Zeit ab dem 1. Januar 2007 um 2 % entsprechend den Anpassungsbeschlüssen des Essener Verbandes. 14

I. Der Kläger kann seinen Anspruch nicht unmittelbar auf § 9 Abs. 2 LO iVm. den Anpassungsbeschlüssen des Essener Verbandes stützen. 15

1. Auf den Kläger findet die LO in der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung Anwendung. 16

Zwar hat die Beklagte dem Kläger Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nur nach der LO des Essener Verbandes und nicht nach Maßgabe der LO in ihrer jeweiligen Fassung zugesagt. Mit dieser Formulierung wurde aber die jeweils geltende Fassung der LO in Bezug genommen. Dynamische Verweisungen sind die Regel. Sie stellen eine einheitliche Behandlung aller Versorgungsberechtigten sicher und dienen den Interessen sowohl des Arbeitgebers als auch der Versorgungsberechtigten. Statische Verweisungen und die damit verbundene Zementierung bestimmter Versorgungsregelungen sind demgegenüber die Ausnahme. Deshalb müssen sie deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Diese Auslegungsregel gilt vor allem dann, wenn die Be- 17



stimmungen eines Verbandes angewandt werden sollen, der für einen ganzen Wirtschaftszweig einheitliche Versorgungsbedingungen schaffen will. Ebenso wie der Bochumer Verband verfolgt auch der Essener Verband das Ziel, die Versorgungsleistungen der angeschlossenen Unternehmen zu vereinheitlichen (*vgl. BAG 8. Juni 1999 - 3 AZR 113/98 - zu B II 1 a der Gründe mwN*). Die LO soll aktive Arbeitnehmer und Ruheständler erfassen. Daraus folgt, dass der betriebliche Versorgungsanspruch einheitlich nach der letzten Fassung der LO bestimmt werden soll (*vgl. BAG 20. April 2010 - 3 AZR 553/08 - Rn. 25 mwN*).

2. Da der Kläger vor Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ausgeschieden ist, wird er nicht von Teil I der LO erfasst und kann damit nicht nach § 9 Abs. 2 LO eine Anpassung seiner Betriebsrente entsprechend den Beschlüssen des Essener Verbandes verlangen. Auf ihn findet vielmehr der in Teil II der LO enthaltene § 11 Abs. 3 LO Anwendung, wonach die Leistungen ab Eintritt des Leistungsfalls durch das Mitglied nach § 16 BetrAVG überprüft werden. 18

II. Der Kläger kann sein Begehren auch nicht mit Erfolg auf § 9 Abs. 2 LO iVm. den Anpassungsbeschlüssen des Essener Verbandes, § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 8 Abs. 2 AGG stützen (*zu § 2 Abs. 1 Nr. 2 iVm. § 8 Abs. 2 AGG als Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeiten vgl. BAG 11. Dezember 2007 - 3 AZR 249/06 - Rn. 45, BAGE 125, 133*). Die in der LO im Hinblick auf die Anpassung der Betriebsrenten enthaltene Differenzierung zwischen den Mitarbeitern, deren Anspruch auf Anpassung sich nach § 9 Abs. 2 LO iVm. den Anpassungsbeschlüssen des Essener Verbandes richtet, und denjenigen, die einen Anspruch auf Anpassung des Ruhegelds gemäß § 11 Abs. 3 LO nach den unternehmensbezogenen gesetzlichen Vorgaben des § 16 BetrAVG haben, und der damit einhergehende Ausschluss der vorzeitig Ausgeschiedenen von einer Anpassung der Betriebsrente nach den Regularien des Essener Verbandes hält einer Überprüfung anhand des AGG stand. Die Differenzierung bewirkt keine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters. 19

1. Das AGG gilt trotz der in § 2 Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Verweisung auf das Betriebsrentengesetz auch für die betriebliche Altersversorgung, soweit das Betriebsrentenrecht nicht vorrangige Sonderregelungen enthält (*BAG 11. Dezember 2007 - 3 AZR 249/06 - Rn. 22 ff., BAGE 125, 133; 20. April 2010 - 3 AZR 509/08 - Rn. 62, EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 14*). Die Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes über die Unverfallbarkeit betreffen entgegen der Auffassung der Beklagten nicht die in der LO enthaltenen Regelungen über die Dynamisierung laufender Ruhegelder. Insbesondere erstreckt sich die Veränderungssperre des § 2 Abs. 5 BetrAVG nicht auf die Entwicklung der Betriebsrente nach Eintritt des Versorgungsfalls, sondern bezieht sich nur auf den Zeitraum zwischen dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und dem Eintritt des Versorgungsfalls (*vgl. BAG 21. August 2007 - 3 AZR 330/06 - Rn. 29, EzA BetrAVG § 16 Nr. 51*). 20
2. Das AGG ist - jedenfalls für die Zeit ab dem 18. August 2006 - auch in zeitlicher Hinsicht anwendbar. 21
- Seine Anwendung setzt voraus, dass unter seinem zeitlichen Geltungsbereich ein Rechtsverhältnis zwischen dem Versorgungsberechtigten und dem Versorgungsschuldner existierte. Dabei ist nicht erforderlich, dass zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber bei Inkrafttreten des AGG noch ein Arbeitsverhältnis bestand. Es genügt vielmehr, wenn der Arbeitnehmer mit einer unverfallbaren Anwartschaft aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden oder Betriebsrentner ist und das damit begründete Rechtsverhältnis bei oder nach Inkrafttreten des AGG noch besteht bzw. bestand (*vgl. BAG 20. April 2010 - 3 AZR 509/08 - Rn. 63 mwN, EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 14*). Diese Voraussetzungen sind beim Kläger, der seit dem 1. Januar 2002 von der Beklagten eine Betriebsrente bezieht, jedenfalls für Ansprüche für die Zeit nach Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 (*Art. 4 Satz 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 - BGBl. I S. 1897*) erfüllt. 22

3. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten sind etwaige Ansprüche des Klägers nicht nach § 15 Abs. 1 und 4 AGG verfallen. Der Kläger verlangt eine Gleichbehandlung mit denjenigen Betriebsrentnern, die erst mit Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind, nicht im Wege des Schadensersatzes nach § 15 Abs. 1 AGG. Er macht vielmehr einen auf § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 8 Abs. 2 AGG iVm. § 9 Abs. 2 LO gestützten Erfüllungsanspruch geltend. 23
4. Die in der LO enthaltene Differenzierung zwischen den Mitarbeitern, deren Anpassungsanspruch sich nach § 9 Abs. 2 LO nach den Regularien des Essener Verbandes richtet, und denjenigen Mitarbeitern, die einen Anspruch auf Anpassung des Ruhegelds gemäß § 11 Abs. 3 LO nach den unternehmensbezogenen gesetzlichen Vorgaben des § 16 BetrAVG haben, hält einer Überprüfung anhand des AGG stand. Sie bewirkt keine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters. 24
- a) Die Differenzierung führt nicht zu einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Weder § 9 Abs. 2 noch § 11 Abs. 3 LO knüpfen an ein bestimmtes Lebensalter an; sie stützen sich auch nicht unmittelbar auf ein Kriterium, das untrennbar mit dem Alter verbunden ist (*vgl. EuGH 12. Oktober 2010 - C-499/08 - [Andersen] Rn. 23, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 17*). Anknüpfungstatbestand ist vielmehr der Zeitpunkt des Ausscheidens. In der LO wird insoweit unterschieden zwischen den Mitarbeitern, die bis zum Eintritt des Versorgungsfalls im Unternehmen verblieben sind, und denjenigen, die vorzeitig mit unverfallbarer Anwartschaft ausgeschieden sind. Dabei kennt die LO nicht nur den Versorgungsfall des Erreichens der festen Altersgrenze von 65 Jahren (§ 2 Abs. 1 Buchst. b LO), sondern auch andere Versorgungsfälle, so den Versorgungsfall der vorgezogenen Inanspruchnahme der Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 2 Abs. 1 Buchst. c LO), bei dem nur mittel-

bar auf die ua. an das Alter anknüpfenden einschlägigen Bestimmungen des Rentenversicherungsrechts (*aktuell: §§ 33 ff. SGB VI*) verwiesen wird, und den Versorgungsfall der Dienstunfähigkeit (§ 2 Abs. 1 Buchst. a LO), der altersunabhängig ausgestaltet ist.

b) Die Differenzierung bewirkt auch keine unzulässige mittelbare Diskriminierung wegen des Alters. 26

aa) Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich. Dabei muss das rechtmäßige Ziel, das über das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung entscheidet, nicht ein legitimes Ziel iSd. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung verfolgen, sondern schließt andere von der Rechtsordnung anerkannte Ziele ein. Die differenzierende Maßnahme muss allerdings zur Erreichung des rechtmäßigen Ziels geeignet und erforderlich sein und darf die Betroffenen nicht übermäßig in ihren legitimen Interessen beeinträchtigen (*vgl. auch EuGH 12. Oktober 2010 - C-499/08 - [Andersen] Rn. 32, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 17*). In einem solchen Fall fehlt es bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen einer mittelbaren Benachteiligung (*BAG 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 30 f., AP AGG § 3 Nr. 1 = EzA AGG § 17 Nr. 1*). Dieses Normverständnis des § 3 Abs. 2 AGG entspricht der gemeinschaftsrechtlichen Regelungssystematik (*vgl. hierzu ausführlich BAG 20. April 2010 - 3 AZR 509/08 - Rn. 70, EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 14*).

bb) In Anwendung dieser Grundsätze bewirkt die Differenzierung zwischen den Arbeitnehmern, die bis zum Eintritt des Leistungsfalls in einem Dienstverhältnis zu dem Mitglied gestanden haben, und denjenigen, die vorzeitig ausgeschieden sind, und der damit verbundene Ausschluss der vorzeitig 28

Ausgeschiedenen von der Betriebsrentenanpassung nach § 9 Abs. 2 LO keine unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters.

(1) Die Differenzierung ist durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt. 29

(a) Die LO will mit der Differenzierung nicht nur abgeleistete Betriebszugehörigkeit honorieren, sondern erkennbar einen Anreiz für künftige Betriebszugehörigkeit schaffen. Dadurch sollen Fluktuationen und Wechsel zu anderen Arbeitgebern insbes. im Konditionenkartell verhindert werden. Die Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung im betrieblichen Interesse liegt, sollen davon abgehalten werden, ihr Arbeitsverhältnis von sich aus vorzeitig zu beenden und die gewonnenen Erkenntnisse und Erfahrungen anderweitig zu verwenden. 30

(b) Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers muss der Differenzierungszweck nicht ausdrücklich in der LO festgelegt werden. Es reicht vielmehr aus, dass - wie hier - andere, aus dem allgemeinen Kontext der Versorgungsregelung abgeleitete Anhaltspunkte die Feststellung des mit der Differenzierung verfolgten Zwecks ermöglichen, damit dieser auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft sowie die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel festgestellt werden können (*zur Frage, ob Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG erfordert, dass die nationale Regelung das Ziel genau angibt vgl. EuGH 16. Oktober 2007 - C-411/05 - [Palacios de la Villa] Rn. 56 f., Slg. 2007, I-8531; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 45, Slg. 2009, I-1569; 12. Oktober 2010 - C-45/09 - [Rosenblatt] Rn. 58, EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 9*). Die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung hängt nicht davon ab, ob das Differenzierungsziel in der Leistungsordnung genannt ist, sondern davon, ob die Ungleichbehandlung in der Sache gerechtfertigt ist (*so für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz BAG 21. August 2007 - 3 AZR 269/06 - Rn. 30, BAGE 124, 22*). 31

(c) Das mit der Differenzierung verfolgte Ziel, die Arbeitnehmer bis zum Eintritt des Versorgungsfalls an das Unternehmen zu binden, ist rechtmäßig iSd. § 3 Abs. 2 AGG. 32

(aa) Entschließt der Arbeitgeber sich dazu, Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu erbringen, ist er nicht nur frei in der Entscheidung, für welche der in § 1 Abs. 1 BetrAVG genannten Versorgungsfälle er die Leistungen zusagt und wie hoch er die entsprechende Leistung dotiert. Er ist auch berechtigt, den Zweck seiner Leistung festzulegen und damit darüber zu entscheiden, welcher Personenkreis durch die Leistung begünstigt werden soll (*dazu, dass die Freiheit der Bestimmung des begünstigten Personenkreises Ausfluss der Zwecksetzungsfreiheit ist, vgl. BAG 26. April 1988 - 3 AZR 168/86 - BAGE 58, 156*). Der Arbeitgeber kann mit Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unterschiedliche Zwecke verfolgen. Die betriebliche Altersversorgung soll die wirtschaftliche Lage der Arbeitnehmer im Alter verbessern. Neben diesen Versorgungszweck tritt in der Regel die Aufgabe betrieblicher Versorgungssysteme, die von den Arbeitnehmern gezeigte Betriebszugehörigkeit zu belohnen und weitere Betriebszugehörigkeit zu fördern (*vgl. BAG 9. Dezember 1997 - 3 AZR 661/96 - zu B II 2 a der Gründe, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 40 = EzA BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 16; 8. Juni 1999 - 3 AZR 113/98 - zu B II 1 d der Gründe*). Hierbei handelt es sich um ein rechtmäßiges Ziel. Dem steht nicht entgegen, dass die betriebliche Altersversorgung über den Versorgungscharakter hinaus Entgeltcharakter hat. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sind auch Entgelt des berechtigten Arbeitnehmers, das er als Gegenleistung für die im Arbeitsverhältnis erbrachte Betriebszugehörigkeit erhält (*BAG 18. Mai 2010 - 3 AZR 97/08 - Rn. 30, BetrAV 2010, 696*). Insoweit besteht ein gegenseitiges Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Dieses wird allein durch den mit der Ausgestaltung einer Leistungsordnung verfolgten Zweck, weitere Betriebszugehörigkeit zu fördern, nicht in Frage gestellt. 33

(bb) Die in § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG zum Ausdruck kommenden Wertungen bestätigen, dass es sich bei dem Ziel, nicht nur die geleistete Betriebszugehörigkeit zu fördern, nicht in Frage gestellt. 34

hörigkeit zu belohnen, sondern weitere Betriebszugehörigkeit bis zum Eintritt des Versorgungsfalls zu fördern, um ein rechtmäßiges Ziel iSd. § 3 Abs. 2 AGG handelt. Nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG können unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters insbesondere „die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen“ einschließen. Dieser Vorschrift, die nahezu wortgleich ist mit Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (*im Folgenden: RL 2000/78/EG*), lässt sich das gesetzgeberische Anliegen entnehmen, Hindernisse, die einer Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung entgegenstehen, abzubauen und die betriebliche Altersversorgung zu fördern (*vgl. BAG 11. August 2009 - 3 AZR 23/08 - Rn. 43, AP GG Art. 9 Nr. 139 = EzA AGG § 10 Nr. 1*). Dieses Ziel wird bei freiwilligen Leistungen der betrieblichen Altersversorgung bestmöglich erreicht, wenn dem Arbeitgeber bei der Umsetzung eine gewisse Flexibilität verbleibt, er also privatautonom die Zwecke seiner Leistung festlegen kann, soweit diese Zwecke nicht ihrerseits aus anderen Gründen zu einer Diskriminierung führen oder aus sonstigen Gründen unzulässig sind.

(2) Die in der LO im Hinblick auf die Betriebsrentenanpassung enthaltene Differenzierung zwischen den bis zum Eintritt des Versorgungsfalls im Unternehmen verbliebenen und den vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmern ist zur Erreichung des Ziels geeignet. 35

Der Essener Verband ist ebenso wie der Bochumer Verband ein sog. Konditionenkartell, das der Vereinheitlichung der Versorgungsleistungen für die angeschlossenen Unternehmen dient (*vgl. BAG 25. Juli 2000 - 3 AZR 674/99 - zu II 1 b bb der Gründe*). Dies schließt eine unternehmensbezogene Betrachtung aus. Deshalb legt der Essener Verband im Rahmen der Anpassungs- 36

prüfung nach § 9 Abs. 2 LO nicht nur den Versorgungsbedarf und damit auch die reallohnbezogene Obergrenze unternehmensübergreifend fest (*vgl. zum Bochumer Verband BAG 20. Mai 2003 - 3 AZR 179/02 - zu II 3 b cc (1) der Gründe, AP BetrAVG § 1 Auslegung Nr. 1*); ebenso wird nicht nach der wirtschaftlichen Lage des einzelnen Mitgliedsunternehmens differenziert (*vgl. BAG 25. Juli 2000 - 3 AZR 674/99 - zu II 1 b bb der Gründe*). Insbesondere die von der wirtschaftlichen Situation des Einzelunternehmens losgelöste Anpassung nach den Regularien des Essener Verbandes bietet einen erhöhten Anreiz, bis zum Erreichen des Versorgungsfalls im Unternehmen zu verbleiben, da sie eine größere Kontinuität der Anpassung gewährleistet.

(3) Der Ausschluss der vorzeitig ausgeschiedenen Mitarbeiter von der Anpassung ihrer Betriebsrenten nach den Regularien des Essener Verbandes ist zur Erreichung des Ziels, die Arbeitnehmer bis zum Eintritt des Versorgungsfalls an das Unternehmen zu binden, erforderlich. 37

Wie das Landesarbeitsgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, bieten alle Mitgliedsunternehmen des Essener Verbandes ihren Angestellten grundsätzlich die gleiche Versorgung. Damit sind gerade die unmittelbaren Konkurrenten der Beklagten besonders attraktive zukünftige Arbeitgeber, da sich bei einem Wechsel für den Arbeitnehmer nach Ablauf der Unverfallbarkeitsfristen ein Anspruch auf eine gleich strukturierte Betriebsrente auch beim Konkurrenzarbeitgeber ergibt. Vor diesem Hintergrund besteht die einzige Möglichkeit, einen Anreiz für einen Verbleib im Unternehmen bis zum Versorgungsfall zu schaffen, darin, bei der Betriebsrentenanpassung nach dem Ausscheidenszeitpunkt (*vor oder mit Eintritt des Versorgungsfalls*) zu differenzieren. 38

(4) Der Ausschluss der vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmer von einer Anpassung nach § 9 Abs. 2 LO entsprechend den Regularien des Essener Verbandes ist zur Erreichung des Ziels auch angemessen. Die Betroffenen werden hierdurch nicht übermäßig in ihren legitimen Interessen beeinträchtigt. 39



- (a) Die in § 9 Abs. 2 LO vorgesehene Anpassung der Betriebsrenten nach den Regularien des Essener Verbandes gewährleistet zwar eine größere Anpassungskontinuität. Wird im Rahmen der Anpassungsprüfung und -entscheidung die reallohnbezogene Obergrenze unternehmensübergreifend festgelegt und nicht auf die wirtschaftliche Lage des einzelnen Mitgliedsunternehmens abgestellt, bleiben den einzelnen Versorgungsberechtigten die mit einer unternehmensbezogenen Betrachtung verbundenen Risiken erspart. Die Anpassung nach den Regularien des Konditionenkartells birgt aber auch das Risiko, dass den Versorgungsempfängern günstige Abweichungen von branchentypischen Entwicklungen bei ihrem früheren Arbeitgeber nicht zugutekommen. Das bedeutet im Ergebnis, dass nicht nur Risiken sondern auch Chancen sinken (*vgl. BAG 9. November 1999 - 3 AZR 432/98 - zu B II 2 b bb der Gründe, BAGE 92, 358*). Die Anpassung der Betriebsrenten nach den Regularien des Essener Verbandes ist daher nur tendenziell, aber nicht in jedem Fall günstiger als diejenige nach § 16 BetrAVG. 40
- (b) Die in der LO im Hinblick auf die Anpassung der Betriebsrenten vorgenommene Differenzierung zwischen den bis zum Eintritt des Versorgungsfalls im Unternehmen verbliebenen und den vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmern behindert die Arbeitnehmer auch nicht in unzulässiger Weise in ihrer durch Art. 12 GG garantierten Berufsfreiheit. Die gesetzlich erworbenen Anwartschaften werden nicht nachträglich entwertet. Sie bleiben vielmehr bestehen und werden - einschließlich der späteren Anpassung der Versorgungsleistungen - nach den Vorschriften des Betriebsrentengesetzes behandelt. Damit ist nicht erkennbar, dass die Arbeitnehmer infolge der Differenzierung ernsthaft an der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses gehindert werden. 41
- (c) Damit ist es auch nicht zu beanstanden, dass die LO den Umstand nicht berücksichtigt, dass das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bis zum Eintritt des Versorgungsfalls nicht die Regel ist, und dass sie auch solche Arbeitnehmer von einer Anpassung der Betriebsrente nach § 9 Abs. 2 LO ausschließt, die allein im Interesse des Arbeitgebers, zB durch eine betriebsbedingte Kündigung, an der Erbringung weiterer Betriebszugehörigkeit ge- 42

hindert werden. Auch diese Arbeitnehmer scheiden vor dem Versorgungsfall aus dem Unternehmen aus.

III. Der Kläger kann die mit den Hauptanträgen geltend gemachten Ansprüche auch nicht mit Erfolg auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen, da für die Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen Arbeitnehmern, die erst mit Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ausscheiden, ein sachlicher Grund besteht. 43

IV. Andere unionsrechtliche Vorschriften führen zu keinem anderen Ergebnis. Zwar ist nach Auffassung des EuGH das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der nunmehr in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt ist und unabhängig von einer nationalen Umsetzung auch im Verhältnis zwischen Privaten von den Gerichten unmittelbar anzuwenden ist. Allerdings wird das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters durch die RL 2000/78/EG konkretisiert (*EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 21 f., AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 14 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 14; vgl. BAG 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 17, EzA AGG § 10 Nr. 3*). Auch nach einem als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehenden Verbot der Diskriminierung wegen des Alters liegt eine unzulässige Benachteiligung nicht vor, wenn Art. 6 RL 2000/78/EG Rechnung getragen wurde (*vgl. EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Slg. 2005, I-9981; BAG 21. November 2006 - 3 AZR 309/05 - Rn. 44, AP BetrAVG § 1b Nr. 7*). Dies ist hier der Fall. 44

B. Die Klage ist auch mit dem Hilfsantrag zu 3. unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die Betriebsrente des Klägers für die Zeit ab dem 1. Januar 2005 an den seit dem Rentenbeginn eingetretenen Kaufkraftverlust anzupassen. Die Beklagte durfte zum Prüfungstermin 31. Dezember 2004 vielmehr davon ausgehen, dass ihre wirtschaftliche Lage eine Anpassung der Betriebsrente nicht zuließ. 45

I. Die Prüfung, ob die Betriebsrente des Klägers an den Kaufkraftverlust anzupassen ist, hatte nicht - wie die Beklagte meint - zum 31. Dezember 2005, sondern zum 31. Dezember 2004 zu erfolgen. 46

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. Da der Kläger seit dem 1. Januar 2002 eine Betriebsrente bezieht, ist sein individueller Anpassungsstichtag der 1. Januar 2005. 47

2. Allerdings hatte die Beklagte alle in ihrem Unternehmen anfallenden Prüfungstermine zum 31. Dezember eines jeden Jahres gebündelt. Damit ergab sich für den Kläger der 31. Dezember 2004 als Prüfungstermin. 48

Der von § 16 BetrAVG vorgeschriebene Dreijahresturnus bei der Überprüfung von Betriebsrentenanpassungen 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 den Betriebsrentner verzögert sich allenfalls die erste Anpassungsprüfung. Die ihm daraus entstehenden Nachteile werden regelmäßig dadurch abgemildert, dass ein entsprechend angewachsener höherer Teuerungsausgleich zu berücksichtigen ist. In der Folgezeit muss der Dreijahreszeitraum eingehalten sein (*BAG 28. April 1992 - 3 AZR 142/91 - zu I 1 der Gründe, BAGE 70, 137; 30. August 2005 - 3 AZR 395/04 - Rn. 19 mwN, BAGE 115, 353*). Allerdings darf sich durch den gemeinsamen Anpassungsstichtag die erste Anpassung nicht um mehr als sechs Monate verzögern (*vgl. BAG 30. August 2005 - 3 AZR 395/04 - Rn. 20, BAGE 115, 353; 25. April 2006 - 3 AZR 50/05 - Rn. 50, EzA BetrAVG § 16 Nr. 49*). Da der Kläger seine Betriebsrente seit dem 1. Januar 2002 bezieht, ist entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht auf den 31. Dezember 2005, sondern auf den 31. Dezember 2004 als Prüfungstermin abzustellen. 49

- II. Die Entscheidung der Beklagten, die Betriebsrente des Klägers nicht anzupassen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. 50
1. Nach § 16 Abs. 1 BetrAVG hat der Arbeitgeber als Versorgungsschuldner bei seiner Anpassungsentscheidung insbesondere die Belange des Versorgungsempfängers und seine eigene wirtschaftliche Lage zu berücksichtigen. Die Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG verpflichtet den Versorgungsschuldner grundsätzlich, den realen Wert der Betriebsrente zu erhalten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es ihm aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage nicht zuzumuten ist, die sich aus der Anpassung ergebenden Mehrbelastungen zu tragen (*vgl. BAG 23. Oktober 1996 - 3 AZR 514/95 - zu I der Gründe, BAGE 84, 246; 25. Juni 2002 - 3 AZR 226/01 - zu I 2 der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 51 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 40*). Dann besteht keine Anpassungspflicht. 51
- a) Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers ist eine zukunftsbezogene Größe. Sie umschreibt die künftige Belastbarkeit des Arbeitgebers und setzt eine Prognose voraus (*vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 83/99 - zu II 2 a der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 43 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 35*). Beurteilungsgrundlage für die insoweit langfristig zum Anpassungstichtag zu erstellende Prognose ist grundsätzlich die bisherige wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens vor dem Anpassungstichtag, 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 (*vgl. BAG 31. Juli 2007 - 3 AZR 810/05 - Rn. 20 mwN, BAGE 123, 319*). Zwar kann sich auch die wirtschaftliche Entwicklung nach dem Anpassungstichtag auf die Überprüfung der Anpassungsentscheidung des Arbeitgebers auswirken. Sie kann seine frühere Prognose bestätigen oder entkräften (*vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 83/99 - zu II 2 a der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 43 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 35; 25. April 2006 - 3 AZR 50/05 - Rn. 55, EzA BetrAVG § 16 Nr. 49*). Voraussetzung für die Berücksichtigung der späteren Entwicklung bei der zum Anpassungstichtag zu erstellenden Prognose ist jedoch, dass die Ver- 52

änderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens zum Anpassungsstichtag bereits vorhersehbar waren (vgl. BAG 17. Oktober 1995 - 3 AZR 881/94 - zu II 2 b aa der Gründe, BAGE 81, 167; 17. April 1996 - 3 AZR 56/95 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 83, 1; 23. Mai 2000 - 3 AZR 83/99 - zu II 2 a der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 43 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 35; 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 b der Gründe, BAGE 105, 72; 31. Juli 2007 - 3 AZR 810/05 - Rn. 20, BAGE 123, 319). Spätere, unerwartete Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens können erst bei der nächsten Anpassungsprüfung berücksichtigt werden (vgl. BAG 17. April 1996 - 3 AZR 56/95 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 83, 1).

b) Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers rechtfertigt die Ablehnung einer Betriebsrentenanpassung insoweit, als das Unternehmen dadurch übermäßig belastet und seine Wettbewerbsfähigkeit gefährdet würde. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Arbeitgeber 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 (vgl. BAG 17. April 1996 - 3 AZR 56/95 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 83, 1; 31. Juli 2007 - 3 AZR 810/05 - Rn. 20, BAGE 123, 319; 10. Februar 2009 - 3 AZR 727/07 - Rn. 13, BAGE 129, 292). Die Anpassung muss nicht aus der Unternehmenssubstanz finanziert werden (vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37; 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38; 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 a der Gründe, BAGE 105, 72). Demzufolge kommt es auf die voraussichtliche Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung und der Eigenkapitalausstattung des Unternehmens an (vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37; 10. Februar 2009 - 3 AZR 727/07 - Rn. 13, BAGE 129, 292).

53

c) Bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung ist einerseits auf die Höhe des Eigenkapitals, andererseits auf das erzielte Betriebsergebnis abzu-

54

stellen. Beide Bemessungsgrundlagen sind - jedenfalls für die hier interessierende Zeit vor Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (*BGBI. I 2009 S. 1102 ff.*) - ausgehend von den handelsrechtlichen Jahresabschlüssen zu bestimmen (*vgl. BAG 17. April 1996 - 3 AZR 56/95 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 83, 1; 23. Mai 2000 - 3 AZR 83/99 - zu II 2 b bb der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 43 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 35; 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 b der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37; 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 c aa der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38; 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 c der Gründe, BAGE 105, 72*).

Für eine angemessene Eigenkapitalverzinsung kommt es demnach auf das tatsächlich vorhandene Eigenkapital iSd. § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB in der bis zum 28. Mai 2009 geltenden Fassung an. Dazu zählen nicht nur das gezeichnete Kapital (*Stammkapital*) und die Kapitalrücklage, sondern auch Gewinnrücklagen, Gewinn-/Verlustvorträge und Jahresüberschüsse/Jahresfehlbeträge (*vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 83/99 - zu II 2 b aa der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 43 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 35; 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 b bb der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37; 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 c aa (1) der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38*).

55

Allerdings sind die betriebswirtschaftlich gebotenen Korrekturen vorzunehmen. Dies gilt nicht nur für die in den Bilanzen enthaltenen Scheingewinne, sondern beispielsweise auch für betriebswirtschaftlich überhöhte Abschreibungen (*vgl. BAG 17. April 1996 - 3 AZR 56/95 - zu II 2 d der Gründe, BAGE 83, 1; 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 b bb der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37; 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 c aa (4) der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38; 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 c der Gründe, BAGE 105, 72*). 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 oder Verluste aus den der Prognose zugrunde gelegten früheren

56

Jahresabschlüssen herauszurechnen. Etwas anderes gilt nur, wenn außerordentliche Erträge oder Verluste auch der Höhe nach eine ausreichende Kontinuität aufweisen (vgl. BAG 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 c aa (4) der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38; 25. April 2006 - 3 AZR 50/05 - Rn. 58, EzA BetrAVG § 16 Nr. 49).

Da sich das Eigenkapital während des 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 ist zu addieren und anschließend zu halbieren (vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 b dd der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37; 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 c aa (3) der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38).

57

Die angemessene Eigenkapitalverzinsung besteht aus dem Basiszins und einem Zuschlag für das Risiko, dem das im Unternehmen investierte Kapital ausgesetzt ist. Als Basiszins kann nach ständiger Rechtsprechung des Senats die Umlaufrendite öffentlicher Anleihen herangezogen werden. Der Risikozuschlag beträgt einheitlich 2 % (vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 c bb der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37; 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 c aa (5) der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38; 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 a der Gründe, BAGE 105, 72; 25. April 2006 - 3 AZR 50/05 - Rn. 59, EzA BetrAVG § 16 Nr. 49).

58

d) Die wirtschaftliche Belastbarkeit des Unternehmens ist auch dann beeinträchtigt, wenn die Eigenkapitalausstattung ungenügend ist (BAG 10. Februar 2009 - 3 AZR 727/07 - Rn. 13, BAGE 129, 292). Eingetretene Eigenkapitalverluste sind zu berücksichtigen, wenn sie fortwirken und die künftige Eigenkapitalausstattung beeinträchtigen (vgl. BAG 23. Januar 2001 - 3 AZR 287/00 - zu 2 d der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 46 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 38).

59

Da der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens entscheidende Bedeutung zukommt, dürfen Wertzuwächse bei der Anpassungsentscheidung nach § 16 BetrAVG nur insoweit berücksichtigt werden, als sie vom Unternehmen erwirtschaftet wurden und ohne Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit und der Arbeitsplätze verwertet werden können. Die Zuführung weiteren Kapitals durch die Gesellschafter steht im Interesse der Substanzerhaltung des Unternehmens nicht für Betriebsrentenerhöhungen zur Verfügung. Vom Versorgungsschuldner kann nicht verlangt werden, dass er zur Finanzierung einer Betriebsrentenanpassung in die Vermögenssubstanz des Unternehmens eingreift (vgl. BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 d bb (1) der Gründe, BAGE 105, 72). Deshalb ist dem Arbeitgeber zuzubilligen, dass er nach Eigenkapitalverlusten bzw. einer Eigenkapitalauszehrung möglichst rasch für eine ausreichende Kapitalausstattung sorgt und bis dahin von Betriebsrentenerhöhungen absieht. Die Kapitalrücklagen müssen nicht für Betriebsrentenanpassungen verwandt werden. Von einer Gesundung des Unternehmens kann auch nicht ausgegangen werden, wenn das vorhandene Eigenkapital des Unternehmens die Summe aus gezeichnetem Kapital (§ 272 Abs. 1 Satz 1 HGB) und zusätzlich gebildeten Kapitalrücklagen (vgl. § 272 Abs. 2 HGB) noch nicht erreicht hat (vgl. BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 d bb (1) der Gründe, BAGE 105, 72).

60

2. In Anwendung dieser Grundsätze musste die Beklagte am Prüfungstermin 31. Dezember 2004 mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen, dass ihrem Unternehmen die für die Anpassung der Betriebsrenten erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehlen werde. Dies folgt aus den Jahresabschlüssen der Beklagten für die Jahre 1994 bis 2007, deren ordnungsgemäße Erstellung vom Kläger nicht bestritten wurde (zur Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit testierter Jahresabschlüsse vgl. BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 172/02 - zu A II 2 c der Gründe, BAGE 105, 72).

61

a) Ausweislich der Jahresabschlüsse hatte die Beklagte in der Zeit von 1994 bis zum Prüfungstermin entweder keine bzw. keine angemessene Eigen-

62



kapitalverzinsung erwirtschaftet oder ihre Eigenkapitalausstattung reichte für eine Betriebsrentenanpassung nicht aus.

In den Jahren 1994 und 1995 hatten Verluste zu einem vollständigen Eigenkapitalverzehr geführt. Die Beklagte war im Jahr 1996 bilanziell überschuldet und befand sich in einer existenzbedrohenden Krise. Nur infolge von Sanierungsbeiträgen konnte das Eigenkapital zum 31. Dezember 1996 auf 112,69 Mio. Euro wiederhergestellt werden. 63

Im Jahr 1997 wies die Gewinn- und Verlustrechnung der Beklagten ein ausgeglichenes Ergebnis auf, eine Eigenkapitalverzinsung konnte hier demnach nicht erreicht werden. 64

Für das Jahr 1998 ergab die Gewinn- und Verlustrechnung zwar einen Jahresüberschuss iHv. 12,83 Mio. Euro. Zudem stieg das Eigenkapital von 112,69 Mio. Euro auf 133,09 Mio. Euro (= 260,3 Mio. DM). Allerdings beliefen sich das gezeichnete Kapital zum 31. Dezember 1998 auf 308 Mio. DM und die Kapitalrücklage auf 4,9 Mio. DM. Damit hatte das vorhandene Eigenkapital der Beklagten die Summe aus gezeichnetem Kapital und zusätzlich gebildeten Kapitalrücklagen nicht erreicht. 65

Für die Jahre 1999 bis 2001 weist die Gewinn- und Verlustrechnung der Beklagten jeweils Fehlbeträge aus (*im Jahr 1999 iHv. 8,44 Mio. Euro, im Jahr 2000 iHv. 8,4 Mio. Euro und im Jahr 2001 iHv. 27,9 Mio. Euro*), so dass eine Eigenkapitalverzinsung nicht erreicht werden konnte. 66

Für das Jahr 2002 lässt sich der Gewinn- und Verlustrechnung zwar ein Jahresüberschuss iHv. 2 Mio. Euro entnehmen. Das Eigenkapital stieg von 98,7 Mio. Euro auf 100,7 Mio. Euro. Bei einem durchschnittlichen Eigenkapital iHv. 99,7 Mio. Euro erreichte die Beklagte allerdings lediglich eine Eigenkapitalverzinsung iHv. 2 %. Dieser Betrag liegt unterhalb einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung iHv. 6,6 %. 67

Im Jahr 2003 wies die Gewinn- und Verlustrechnung einen Jahresüberschuss iHv. 1,5 Mio. Euro aus. Das Eigenkapital stieg von 100,7 Mio. Euro auf 171 Mio. Euro. Dieser Anstieg hatte seinen Grund jedoch im Wesentlichen in einer Kapitalerhöhung. So waren das gezeichnete Kapital von 68

164,3 Mio. Euro auf 233,0 Mio. Euro und die Kapitalrücklage von 6,0 Mio. Euro auf 6,1 Mio. Euro erhöht worden. Damit hatte das vorhandene Eigenkapital der Beklagten die Summe aus gezeichnetem Kapital und zusätzlich gebildeten Kapitalrücklagen wiederum nicht erreicht.

Für das Jahr 2004 weist die Gewinn- und Verlustrechnung der Beklagten einen Jahresfehlbetrag iHv. 8,8 Mio. Euro aus. Demnach konnte auch im Jahr 2004 keine Eigenkapitalverzinsung erwirtschaftet werden. 69

b) Aus der Entwicklung der wirtschaftlichen Lage der Beklagten in den Jahren 2005 bis 2007 ergibt sich keine andere Beurteilung. Es kann offenbleiben, ob diese Entwicklung am Anpassungsstichtag 31. Dezember 2004 überhaupt vorhersehbar war. Die wirtschaftliche Entwicklung der Beklagten nach dem Anpassungsstichtag ist nicht geeignet, die aus den wirtschaftlichen Daten der vorangegangenen Jahre gewonnene negative Prognose zu entkräften. Sie bestätigt diese vielmehr. 70

aa) Zwar weist die Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 2005 einen Jahresüberschuss iHv. 55,3 Mio. Euro aus; allerdings war in diesem Jahresüberschuss ein außerordentliches Ergebnis iHv. 46,1 Mio. Euro enthalten, das aus der Veräußerung des Marine-Servicegeschäfts resultierte und vom Jahresüberschuss in Abzug zu bringen ist. Da das Eigenkapital der Beklagten zu Beginn des Jahres 2005 169,3 Mio. Euro und zum Ende des Jahres 2005 236,6 Mio. Euro betrug, war von einem durchschnittlichen Eigenkapital iHv. 202,95 Mio. Euro auszugehen mit der Folge, dass die Beklagte im Jahre 2005 lediglich eine Eigenkapitalverzinsung von 4,5 % erreichte. Diese Eigenkapitalverzinsung liegt unter der angemessenen Eigenkapitalverzinsung iHv. 5,2 %. Es kommt hinzu, dass das gezeichnete Kapital im Jahre 2005 auf 242,9 Mio. Euro und die Kapitalrücklage auf 15,3 Mio. Euro erhöht wurden. Damit lag das Eigenkapital der Beklagten iHv. 236,6 Mio. Euro unter der Summe aus gezeichnetem Kapital und zusätzlich gebildeten Kapitalrücklagen. 71

bb) Auch im Jahre 2006 konnte die Beklagte eine angemessene Eigenkapitalverzinsung nicht erreichen. Zwar weist die Gewinn- und Verlustrechnung 72

für dieses Jahr einen Jahresüberschuss von 29,7 Mio. Euro aus; in diesem Überschuss enthalten waren jedoch ein außerordentliches Ergebnis iHv. 12 Mio. Euro, das durch Auflösung der Rückstellungen im Zusammenhang mit der Veräußerung des Marine-Servicegeschäfts resultierte, sowie weitere, für eine Prognose nicht geeignete außerordentliche Geschäftsvorfälle iHv. insgesamt 17,069 Mio. Euro. Damit belief sich der in Ansatz zu bringende Jahresüberschuss auf lediglich 0,631 Mio. Euro. Auf der Grundlage eines durchschnittlichen Eigenkapitals iHv. 279,45 Mio. Euro (= (236,6 Mio. Euro + 322,3 Mio. Euro) : 2) erreichte die Beklagte lediglich eine Eigenkapitalverzinsung iHv. 0,2 %. Die angemessene Eigenkapitalverzinsung beläuft sich für das Jahr 2006 demgegenüber auf 5,7 %.

cc) Das Ergebnis für das Jahr 2007 führt ebenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung. 73

(1) Zwar weist die Gewinn- und Verlustrechnung der Beklagten für dieses Jahr einen Jahresüberschuss iHv. 153,2 Mio. Euro aus. Darin enthalten war jedoch ein außerordentliches Ergebnis iHv. 119,5 Mio. Euro, so dass sich ein verwertbarer Jahresüberschuss iHv. 33,7 Mio. Euro ergibt. Unter Berücksichtigung eines durchschnittlichen Eigenkapitals iHv. 408,4 Mio. Euro errechnet sich eine Eigenkapitalverzinsung iHv. 8,25 %. Diese liegt 1,95 % über der angemessenen Eigenkapitalverzinsung von 6,3 %. Auch überstieg das Eigenkapital der Beklagten iHv. 494,5 Mio. Euro die Summe aus gezeichnetem Kapital und zusätzlich gebildeten Kapitalrücklagen. Allerdings erzielte die Beklagte im Jahre 2007 erstmals seit 20 Jahren einen Bilanzgewinn. Zudem überstieg die erzielte Eigenkapitalverzinsung die angemessene Eigenkapitalverzinsung nur relativ geringfügig. Von einer Konsolidierung der wirtschaftlichen Lage der Beklagten konnte demnach auch im Jahr 2007 noch nicht die Rede sein. 74

(2) Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass sich die Beklagte im Jahr 2007 entschloss, 48 Mio. Euro als Dividende an die Anteilseigner auszuzahlen. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass am Anpassungsstichtag 31. Dezember 2004 von einer wirtschaftlichen Belastbarkeit der Beklagten 75

auszugehen war, die eine Anpassung der Betriebsrente ab dem 1. Januar 2005 ermöglicht hätte.

Die von subjektiven Zweckmäßigkeitserwägungen beeinflusste Ausschüttungspolitik erlaubt in der Regel keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Belastbarkeit des Unternehmens. Die Dividendenhöhe beruht regelmäßig nicht allein auf dem erzielten Gewinn, sondern auf einer Vielzahl weiterer Überlegungen. Selbst bei schlechten Betriebsergebnissen kann die Ausschüttung von Dividenden sinnvoll sein, zB um Irritationen bei Investoren zu vermeiden und Optimismus zu signalisieren (*vgl. BAG 23. Mai 2000 - 3 AZR 146/99 - zu II 2 b aa der Gründe, AP BetrAVG § 16 Nr. 45 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 37*). Im Fall der Beklagten kommt hinzu, dass die Anteilseigner das gezeichnete Kapital sowie die Kapitalrücklage in der Vergangenheit mehrfach aufgestockt hatten und seit etwa 20 Jahren keine Gewinne ausgeschüttet worden waren.

76

3. Da die Beklagte zum Prüfungstermin 31. Dezember 2004 mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen musste, dass ihrem Unternehmen die für die Anpassung der Betriebsrenten erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehlen werde, war eine Darlegung des Kapitalbedarfs für die Anpassungen nach § 16 BetrAVG nicht erforderlich. Ebenso wenig kam es für die Entscheidung darauf an, in welchem Volumen die Betriebsrenten der Arbeitnehmer, die mit Eintritt des Versorgungsfalls ausgeschieden waren, angepasst wurden. Die Verpflichtung zur Anpassung der Betriebsrenten entsprechend den Anpassungsbeschlüssen des Essener Verbandes ist dem Konditionenkartell immanent. Die hieraus resultierende Anpassungslast hat das einzelne Mitgliedsunternehmen regelmäßig zu tragen. Betriebsrentner, die - wie der Kläger - von der Anpassung der Betriebsrenten nach den Regularien des Essener Verbandes ausgeschlossen sind, können aus dieser Leistung nichts zu ihren Gunsten ableiten.

77

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

78

Gräfl

Zwanziger

Schlewing

Fasbender

Lohre