

Per E-Mail vorab (andreas.pachinger@oberbank.at)

PER BOTEN

Oberbank AG
Abteilung Sekretariat & Kommunikation
Mag. Andreas Pachinger
Untere Donaulände 28
A-4020 Linz

Verlangen auf Ergänzung der Tagesordnung (§ 109 AktG)

Wien, 29.04.2020
3796077

Ergänzung der Tagesordnung der ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank AG (FN 79063 w), einberufen für den 20.5.2020, 10:00 Uhr, im Oberbank-Donauforum, Untere Donaulände 28, 4020 Linz, abgehalten als virtuelle Versammlung im Sinne der COVID-19-GesV (BGBl. II 140/2020).

Sehr geehrter Herr Magister Pachinger!

Die UniCredit Bank Austria AG (FN 150714 p, im Folgenden „UCBA“) und die CABO Beteiligungsgesellschaft m.b.H. (FN 230033 i, im Folgenden „CABO“) verfügen seit mindestens drei Monaten vor Antragstellung gemeinsam über mindestens 5 % des Grundkapitals der Oberbank AG (FN 79063 w, im Folgenden „Oberbank“) (siehe Depotauszüge Anlage ./1 und ./2). Laut Firmenbuch beträgt das Grundkapital der Oberbank EUR 105.921.900 und ist zerlegt in insgesamt 35.307.300 Stückaktien, davon 32.307.300 Stamm-Stückaktien sowie 3.000.000 Vorzugs-Stückaktien. Der Aktienbesitz der UCBA und CABO umfasst zusammen insgesamt 9.594.407 Stückaktien, somit insgesamt rund 27,17 % des Grundkapitals.

1. Tagesordnungspunkt: Umwandlung von Vorzugsaktien in Stammaktien

Die UCBA und CABO, als qualifiziert beteiligte Aktionäre der Oberbank, beantragen, dass der nachstehende Tagesordnungspunkt auf die Tagesordnung der für den 20.5.2020 einberufenen ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank in Ergänzung zur bestehenden Tagesordnung gesetzt und bekannt gemacht wird:

„Beschlussfassung über die Änderung der Satzung in § 4 Abs 1 dahingehend, dass sämtliche bestehenden Vorzugsaktien durch Aufhebung des Vorzugs gemäß § 129 AktG in Stammaktien umgewandelt werden.“

1.1. Beschlussantrag

Es wird beantragt, dass die Hauptversammlung folgenden Beschluss fasst:

„Der Vorzug der Vorzugsaktien wird aufgehoben, sodass § 4 Abs 1 der Satzung wie folgt zu lauten hat:

§ 4

(1) Das Grundkapital beträgt EUR 105.921.900,-- und ist eingeteilt in 35.307.300 auf Inhaber lautende Stamm-Stückaktien.“

1.2. Begründung

Der Österreichische Corporate Governance Kodex (ÖCGK) in der Fassung Jänner 2020 sieht, wie bereits in früheren Fassungen, folgende Regel vor:

„Für die Ausgestaltung der Aktie gilt das Prinzip "one share – one vote".“ (Regel 2 C)

Derzeit ist das Grundkapital der Oberbank in Höhe von EUR 105.921.900,-- in 32.307.300 auf den Inhaber lautende Stamm-Stückaktien und 3.000.000 auf den Inhaber lautende Vorzugs-Stückaktien ohne Stimmrecht mit einer nachzuzahlenden Mindestdividende von 6 % pro Aktie eingeteilt.

Damit verstößt die Oberbank trotz Bekenntnis zum ÖCGK und Abgabe einer diesbezüglichen Entsprechenserklärung gemäß § 243b UGB gegen die Regel 2 C (Comply or Explain) des ÖCGK. Als Begründung führt die Oberbank Folgendes an:

„Regel 2 C: Die Oberbank hat aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung vom 15.4.1991 neben Stamm- auch Vorzugsaktien ausgegeben und bietet mit der Gewinnbevorzugung der VorzugsaktionärInnen eine attraktive Veranlagungsvariante. Die von der Oberbank emittierten Stammaktien sind jeweils nur mit einem Stimmrecht ausgestattet, sodass kein Aktionär über ein überproportionales Stimmrecht verfügt.“

Für die Herstellung eines dem Corporate Governance Kodex entsprechenden zeitgemäßen Zustandes ist eine Umwandlung der derzeit bei der Oberbank bestehenden Vorzugsaktien in Stammaktien dringend geboten.

Durch diese Umstellung soll die Kapitalstruktur der Gesellschaft durch Konzentration auf die Gattung der Stammaktien im Interesse der Gesellschaft und aller ihrer Aktionäre vereinfacht und damit dem an den internationalen Kapitalmärkten etablierten Strukturprinzip „one share – one vote“ in vollem Umfang Rechnung getragen werden. Alle Aktien der Oberbank werden künftig in Folge der Umwandlung mit den gleichen Rechten, insbesondere Stimmrechten, ausgestattet und daher im gleichen Umfang am Bilanzgewinn der Gesellschaft beteiligt sein. Mit der angestrebten Vereinheitlichung und Vereinfachung kann ein gesteigertes Maß an Transparenz geschaffen werden.

Gemessen an der Marktkapitalisierung gehört die Oberbank zu den bedeutendsten Aktien am Wiener Markt. Das Ziel ist für alle Aktionäre eine Kursbildung zu erreichen, die die fundamentale Stärke der Oberbank aber auch den Markt reflektiert. Durch einen stärkeren Handel ist auch eine Aufnahme in den ATX denkbar. Die Umwandlung der Vorzugsaktien in Stammaktien soll dazu beitragen, die Liquidität und den Handel der Oberbank-Stammaktie zu stimulieren und zu einer Steigerung der Attraktivität der Oberbank-Aktie führen.

Zusätzlich verringert sich durch diesen Schritt hin zu nur einer Aktiegattung der administrative Aufwand der Oberbank. Es entfallen Kostenpositionen, die mit einer Notierung von Stammaktien und Vorzugsaktien an der Wiener Börse verbunden sind.

Die Vorzugsaktionäre erhalten für die Aufgabe des Gewinnvorzuges das Stimmrecht. Die Stimmrechtsquote der Stammaktionäre wird durch die Umwandlung zwar geschmälert, als Ausgleich partizipieren jedoch sämtlich Aktionäre der Oberbank im gleichen Ausmaß am Gewinn. Die Vorteile der Umwandlung überwiegen die Nachteile somit nicht nur für die Oberbank, sondern auch für deren Aktionäre. Die Umwandlung der Vorzugsaktien in Stammaktien liegt daher im Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre.

Die Umwandlung der Vorzugsaktien in Stammaktien bedarf einer gesonderten Beschlussfassung durch die Vorzugsaktionäre. Es wird die Einberufung einer diesbezüglichen gesonderten Versammlung der Vorzugsaktionäre beantragt.

2. Tagesordnungspunkt: Sonderprüfung ALGAR

Die UCBA und CABO, als qualifiziert beteiligte Aktionäre der Oberbank, beantragen, dass der nachstehende Tagesordnungspunkt auf die Tagesordnung der für den 20.5.2020 einberufenen ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank in Ergänzung zur bestehenden Tagesordnung gesetzt und bekannt gemacht wird:

„Beschlussfassung über die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG dahingehend, ob durch das bei den 3 Banken (Oberbank AG, BKS Bank AG und Bank für Tirol und Vorarlberg Aktiengesellschaft) bestehende Konstrukt der ALPENLÄNDISCHE GARANTIE-GESELLSCHAFT m.b.H. (FN 83648 m; im Folgenden „ALGAR“), die Ausgestaltung der Konditionen der Garantievereinbarungen zwischen der ALGAR und den 3 Banken, insbesondere die Gesellschaftervereinbarungen und deren Adaptierungen, ein risikoadäquates, „state-of-the-art“ Kreditrisikosystem für die Oberbank gewährleistet ist. Insbesondere soll im Rahmen der Sonderprüfung geprüft werden, wie ein Kredit-Obligio der Oberbank, wann, zu welchen Konditionen und unter welchen Bedingungen durch die ALGAR garantiert wird, wann welche Prämien gezahlt werden und welche Liquiditätsflüsse dahinterstehen.

Die Durchführung dieser Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch die Beantwortung nachstehender Fragestellungen umfassen:

- (i) Wie wird sichergestellt, dass die 3 Banken Gruppe über die ALGAR nicht bereits zu einem Konzern zusammengewachsen ist?*
- (ii) Wie kann trotz Bestehen der Konstruktion der ALGAR noch von der Unabhängigkeit der 3 Banken gesprochen werden?*
- (iii) Wieviel des Kreditportfolios jeder einzelnen Bank wird durch den Deckungsstock in der ALGAR abgedeckt?*
- (iv) Welche Kredite der Gesellschafterbanken werden von der ALGAR besichert?*
- (v) Was sind die generellen Voraussetzungen (Höhe des Kreditengagements, Art der Kreditfinanzierung, Selbstbehalt, etc.) um vom Deckungsstock der ALGAR zu profitieren? Welches Portfolio wird abgesichert?*
- (vi) Ab welcher Höhe der Kreditsumme gilt ein Kredit als Großkredit?*

- (vii) *Wie setzt sich die besicherte Risikoprämie zusammen?*
- (viii) *Wie wird die Versicherungsprämie berechnet? Welche Bezugsgröße wird je Bank zur Berechnung des Mindestentgelts in Höhe von 0,01 % herangezogen?*
- (ix) *Weshalb wurde der Mindestprovisionssatz mit 1.1.2016 von 0,05 % auf 0,01 % herabgesetzt?*
- (x) *Wie werden die Garantieentgelte der versicherten Kredit- und Leasingobligi berechnet? Werden die Selbstbehalte bereits abgezogen?*
- (xi) *Wie errechnet sich das tatsächliche Garantieentgelt?*
- (xii) *In welcher Höhe fallen Zinsen an? Von welcher Bemessungsgrundlage werden diese berechnet?*
- (xiii) *Entspricht die Risikoprämie dem „at arm´s length“-Prinzip?*
- (xiv) *Wie werden die in den Garantieentgelten enthaltenen Maluszahlungen berechnet? Von welcher Bemessungsgrundlage werden die 30%-igen Maluszahlungen berechnet?*
- (xv) *Warum wurden die Maluszahlungen mit Gesellschafterübereinkommen vom 1.1.2016 „etwas verursacherbezogener“ ausgestaltet? Was bedeutet „etwas“ verursacherbezogen? Waren die Maluszahlungen bis dahin nicht verursachergerecht? Wenn ja, wie wird dies begründet? Erfolgte ein Ausgleich, wenn ja in welcher Höhe?*
- (xvi) *Weshalb ist die BTV ab 2007 nicht maluspflichtig?*
- (xvii) *Wie wird das unterschiedliche Risikoprofil der einzelnen Banken in diesen Zahlungen abgebildet?*
- (xviii) *Mit welcher Regelmäßigkeit erfolgt eine Anpassung der Zahlungsmodalitäten der 3 Banken an das aktuelle Risikoprofil? Mit welchen Daten werden die Zahlungsmodalitäten angepasst?*

- (xix) *Worum handelt es sich bei den Werthaltigkeitserklärungen? Wie sind die Werthaltigkeitserklärungen ausgestaltet? Aufgrund welcher Kriterien werden die Anträge auf Ausstellung einer Werthaltigkeitserklärung überprüft?*
- (xx) *Werden Garantien nur vergeben, wenn Drittsicherheiten bestellt wurden? Bejahendenfalls, müssen diese Drittsicherheiten eine gewisse Höhe der Kreditsumme haben? Wenn ja, welche Höhe?*
- (xxi) *Werden die Rückforderungsansprüche von der ALGAR stets geltend gemacht?*
- (xxii) *Welche Voraussetzungen müssen im Falle eines Forderungsausfalles für die Geltendmachung der Auszahlung durch die ALGAR erfüllt sein?*
- (xxiii) *Wie erfolgt der Regress der ALGAR in Folge der Auszahlung an eine Gesellschafterbank?*
- (xxiv) *In welchem Rangverhältnis stehen Drittsicherheiten und Garantien der ALGAR?*
- (xxv) *Ist es möglich, dass eine Bank durch einige wenige Risikoengagements die gesamten freien Rückstellungen nutzen kann (zu Lasten der beiden anderen Banken)?*
- (xxvi) *Weshalb wurde keine Kreditausfallsversicherung zur Sicherstellung der „Unabhängigkeit“ der einzelnen Banken gewählt? Worin liegt der Vorteil des ALGAR-Modells versus einer Kreditausfallsversicherung? Wäre eine Kreditausfallsversicherung nicht insgesamt günstiger und würde die „Unabhängigkeit“ der einzelnen Banken unterstützen?*
- (xxvii) *Wie und in welchem Ausmaß werden durch die Besicherungen der ALGAR risikogewichtete Vermögenswerte (risk weighted assets, RWA) gespart?*
- (xxviii) *Wie wird das Gesellschaftsvermögen im Falle einer Liquidation der Gesellschaft aufgeteilt?*
- (xxix) *Wie wird die ALGAR in der jeweiligen Bilanz ihrer drei Gesellschafterbanken konsolidiert?*

- (xxx) *Wie entwickeln sich die Kreditportfolios der einzelnen Banken im Vergleich zum eher gleichbleibenden Deckungsstock der ALGAR (seit 2010)?*
- (xxxi) *Wurden im Hinblick auf den durch COVID-19 ausgelösten Mehrbedarf an Großkrediten und dem mit COVID-19 einhergehenden erhöhten Kreditausfallrisiko gesonderte Vorkehrungen bei der ALGAR und/oder der Oberbank getroffen und, wenn ja, welche?*
- (xxxii) *Werden Maßnahmen und Vorsorgen dahingehend getroffen, dass anderen direkten oder indirekten Aktionären der 3 Banken keine Nachteile durch die Konstruktion und den Betrieb der ALGAR und der Konditionen zwischen der ALGAR und den 3 Banken, insbesondere des Bonus-/Malussystems, entstehen und, wenn ja, welche?*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist."

2.1. Beschlussantrag

Es wird beantragt, dass die Hauptversammlung folgenden Beschluss fasst:

„Gemäß § 130 AktG ist eine Sonderprüfung der Geschäftsführung dahingehend durchzuführen, ob durch das bei den 3 Banken (Oberbank AG, BKS Bank AG und Bank für Tirol und Vorarlberg Aktiengesellschaft) bestehende Konstrukt der ALPENLÄNDISCHE GARANTIE-GESELLSCHAFT m.b.H. (FN 83648 m; im Folgenden „ALGAR“), die Ausgestaltung der Konditionen der Garantievereinbarungen zwischen der ALGAR und den 3 Banken, insbesondere die Gesellschaftervereinbarungen und deren Adaptierungen, ein risikoadäquates, „state-of-the-art“ Kreditrisikosystem für die Oberbank gewährleistet ist. Insbesondere soll im Rahmen der Sonderprüfung geprüft werden, wie ein Kredit-Obligio der Oberbank, wann, zu welchen Konditionen und unter welchen Bedingungen durch die ALGAR garantiert wird, wann welche Prämien gezahlt werden und welche Liquiditätsflüsse dahinterstehen.

Die Durchführung dieser Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch die Beantwortung nachstehender Fragestellungen umfassen:

- (i) *Wie wird sichergestellt, dass die 3 Banken Gruppe über die ALGAR nicht bereits zu einem Konzern zusammengewachsen ist?*
- (ii) *Wie kann trotz Bestehen der Konstruktion der ALGAR noch von der Unabhängigkeit der 3 Banken gesprochen werden?*
- (iii) *Wieviel des Kreditportfolios jeder einzelnen Bank wird durch den Deckungsstock in der ALGAR abgedeckt?*
- (iv) *Welche Kredite der Gesellschafterbanken werden von der ALGAR besichert?*
- (v) *Was sind die generellen Voraussetzungen (Höhe des Kreditengagements, Art der Kreditfinanzierung, Selbstbehalt, etc.) um vom Deckungsstock der ALGAR zu profitieren? Welches Portfolio wird abgesichert?*
- (vi) *Ab welcher Höhe der Kreditsumme gilt ein Kredit als Großkredit?*
- (vii) *Wie setzt sich die besicherte Risikoprämie zusammen?*
- (viii) *Wie wird die Versicherungsprämie berechnet? Welche Bezugsgröße wird je Bank zur Berechnung des Mindestentgelts in Höhe von 0,01 % herangezogen?*
- (ix) *Weshalb wurde der Mindestprovisionssatz mit 1.1.2016 von 0,05 % auf 0,01 % herabgesetzt?*
- (x) *Wie werden die Garantieentgelte der versicherten Kredit- und Leasingobligi berechnet? Werden die Selbstbehalte bereits abgezogen?*
- (xi) *Wie errechnet sich das tatsächliche Garantieentgelt?*
- (xii) *In welcher Höhe fallen Zinsen an? Von welcher Bemessungsgrundlage werden diese berechnet?*
- (xiii) *Entspricht die Risikoprämie dem „at arm´s length“-Prinzip?*
- (xiv) *Wie werden die in den Garantieentgelten enthaltenen Maluszahlungen berechnet? Von welcher Bemessungsgrundlage werden die 30%-igen Maluszahlungen berechnet?*

- (xv) *Warum wurden die Maluszahlungen mit Gesellschafterübereinkommen vom 1.1.2016 „etwas verursacherbezogener“ ausgestaltet? Was bedeutet „etwas“ verursacherbezogen? Waren die Maluszahlungen bis dahin nicht verursachergerecht? Wenn ja, wie wird dies begründet? Erfolgte ein Ausgleich, wenn ja in welcher Höhe?*
- (xvi) *Weshalb ist die BTV ab 2007 nicht maluspflichtig?*
- (xvii) *Wie wird das unterschiedliche Risikoprofil der einzelnen Banken in diesen Zahlungen abgebildet?*
- (xviii) *Mit welcher Regelmäßigkeit erfolgt eine Anpassung der Zahlungsmodalitäten der 3 Banken an das aktuelle Risikoprofil? Mit welchen Daten werden die Zahlungsmodalitäten angepasst?*
- (xix) *Worum handelt es sich bei den Werthaltigkeitserklärungen? Wie sind die Werthaltigkeitserklärungen ausgestaltet? Aufgrund welcher Kriterien werden die Anträge auf Ausstellung einer Werthaltigkeitserklärung überprüft?*
- (xx) *Werden Garantien nur vergeben, wenn Drittsicherheiten bestellt wurden? Bejahendenfalls, müssen diese Drittsicherheiten eine gewisse Höhe der Kreditsumme haben? Wenn ja, welche Höhe?*
- (xxi) *Werden die Rückforderungsansprüche von der ALGAR stets geltend gemacht?*
- (xxii) *Welche Voraussetzungen müssen im Falle eines Forderungsausfalles für die Geltendmachung der Auszahlung durch die ALGAR erfüllt sein?*
- (xxiii) *Wie erfolgt der Regress der ALGAR in Folge der Auszahlung an eine Gesellschafterbank?*
- (xxiv) *In welchem Rangverhältnis stehen Drittsicherheiten und Garantien der ALGAR?*
- (xxv) *Ist es möglich, dass eine Bank durch einige wenige Risikoengagements die gesamten freien Rückstellungen nutzen kann (zu Lasten der beiden anderen Banken)?*

- (xxvi) *Weshalb wurde keine Kreditausfallsversicherung zur Sicherstellung der „Unabhängigkeit“ der einzelnen Banken gewählt? Worin liegt der Vorteil des ALGAR-Modells versus einer Kreditausfallsversicherung? Wäre eine Kreditausfallsversicherung nicht insgesamt günstiger und würde die „Unabhängigkeit“ der einzelnen Banken unterstützen?*
- (xxvii) *Wie und in welchem Ausmaß werden durch die Besicherungen der ALGAR risikogewichtete Vermögenswerte (risk weighted assets, RWA) gespart?*
- (xxviii) *Wie wird das Gesellschaftsvermögen im Falle einer Liquidation der Gesellschaft aufgeteilt?*
- (xxix) *Wie wird die ALGAR in der jeweiligen Bilanz ihrer drei Gesellschafterbanken konsolidiert?*
- (xxx) *Wie entwickeln sich die Kreditportfolios der einzelnen Banken im Vergleich zum eher gleichbleibenden Deckungsstock der ALGAR (seit 2010)?*
- (xxxi) *Wurden im Hinblick auf den durch COVID-19 ausgelösten Mehrbedarf an Großkrediten und dem mit COVID-19 einhergehenden erhöhten Kreditausfallsrisiko gesonderte Vorkehrungen bei der ALGAR und/oder der Oberbank getroffen und, wenn ja, welche?*
- (xxxii) *Werden Maßnahmen und Vorsorgen dahingehend getroffen, dass anderen direkten oder indirekten Aktionären der 3 Banken keine Nachteile durch die Konstruktion und den Betrieb der ALGAR und der Konditionen zwischen der ALGAR und den 3 Banken, insbesondere des Bonus-/Malussystems, entstehen und, wenn ja, welche?*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist.“

2.2. Begründung

Die wechselseitigen Beteiligungen der 3 Banken untereinander führen bei gemeinsamen Beteiligungsgesellschaften, die wiederum an den 3 Banken rückbeteiligt sind, zu einer schwer nachvollziehbaren Zuordnung von Geldflüssen und Eigentumsverhältnissen. Dies manifestiert sich deutlich bei der solidarisch konstruierten gemeinsamen Garantiegesellschaft, der ALPENLÄNDISCHE GARANTIEGESELLSCHAFT m.b.H. (FN 83648 m; im Folgenden „ALGAR“). Es ist hierbei insbesondere zu untersuchen, wie und welche tourlichen, aussertourlichen, durch Gesellschafter vereinbarte und anlassbezogene Geldflüsse zwischen der ALGAR und den Gesellschafterbanken gesteuert und durchgeführt wurden.

Die ALGAR wurde von der 3 Banken Gruppe im Jahre 1983 gegründet. An der ALGAR sind ausschließlich die BKS Bank AG (FN 91810 s; im Folgenden „BKS“) und Bank für Tirol und Vorarlberg Aktiengesellschaft (FN 32942 w; im Folgenden „BTV“) zu je 25 % und die Oberbank zu 50 % beteiligt.

Das Geschäftsfeld der ALGAR dient der Absicherung von Großkreditrisiken der 3 Banken durch Übernahme von Garantien, Bürgschaften und sonstigen Haftungen für Kredite, Darlehen und Leasingforderungen. Die Absicherung der Großkreditrisiken durch die ALGAR stellt somit eine Deckungsvorsorge dar. Die Gründung der ALGAR erfolgte vor allem auch deshalb, um bei Großinsolvenzen zu verhindern, dass zur Hebung stiller Reserven Beteiligungen an den 3 Banken veräußert werden müssen. Dies war bereits einmal im Jahr 1967 bei der BKS der Fall.

Es besteht der dringende Verdacht, dass (i) die Besicherung von Großkrediten durch die ALGAR die Unabhängigkeit der 3 Banken aufgrund der bestehenden personellen Verflechtung beeinträchtigt und (ii), dass gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und gegen die Kapitalaufbringungsregeln verstoßen wurde, weil die unterschiedlichen Risikoprofile der einzelnen Banken nicht abgebildet werden.

Der Verdacht der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der 3 Banken entsteht insbesondere dadurch, dass die ALGAR von der Oberbank, BTV und BKS gemeinschaftlich geführt wird. Die dreiköpfige Geschäftsführung der ALGAR setzt sich aus je einem Vertreter pro Gesellschafterbank zusammen, wobei jeweils zwei Geschäftsführer gemeinsam vertretungsbefugt sind. Derzeit besteht die Geschäftsführung der ALGAR aus den Mitgliedern Dr. Stefan Heidinger (BTV), Mag. Andreas Pachinger (Oberbank) und Mag. Herbert Titze (BKS).

Diese personelle Verflechtung der 3 Banken in der ALGAR widerspricht dem stets postulierten Grundsatz der 3 Banken Gruppe, voneinander unabhängig zu sein. Eine offensichtliche Abhängigkeit zeigt sich etwa darin, dass die Gewährung einer Besicherung der ALGAR die Zustimmung von zumindest einem weiteren Geschäftsführer einer anderen Gesellschafterbank voraussetzt.

Auch zeigt sich die Abhängigkeit der 3 Banken in Rahmen der Generalversammlung der ALGAR. So ist die Gesellschafterversammlung beschlussfähig, wenn mehr als 50 % des Stammkapitals vertreten sind. Die Generalversammlung ist daher dann beschlussfähig, wenn entweder die Oberbank und ein weiterer Aktionär anwesend oder sämtliche Aktionäre anwesend sind. Beschlüsse bedürfen jedenfalls der Einstimmigkeit.

Verstärkt wird die Vermutung der Abhängigkeit der 3 Banken dadurch, dass die ALGAR quotal in den Konsolidierungskreis der 3 Banken Gruppe einbezogen wird. Es scheinen daher freie Rückstellungen der ALGAR quotal jeweils in den „sonstigen“ Rückstellungen der BTV, BKS und Oberbank auf. Dadurch werden in den jeweiligen Bilanzen der BTV, BKS und Oberbank indirekt Rückstellungen für die jeweils anderen Banken ausgewiesen. Die in der ALGAR angesammelten Mittel stellen quasi Sammelwertberichtigungen der Kreditportefeuilles dar.

Darüber hinaus erfolgt eine Auszahlung an die Gesellschafterbanken durch die ALGAR erst nach Beschluss der Geschäftsführung. Diese Einflussnahme zumindest einer Bank auf das Kreditmanagement einer anderen Bank der 3 Banken Gruppe kann nicht dadurch abgeschwächt werden, dass neue Kreditengagements von den Gesellschafterbanken ordnungsgemäß mit einem vom Wirtschaftsprüfer bestätigten Gutachten angemeldet werden müssen.

Es steht auch der Verdacht im Raum, dass durch die Auszahlungen der ALGAR an die 3 Banken gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und gegen die Kapitalaufbringungsregeln verstoßen wird. Es besteht der Verdacht, dass die intransparenten Leistungen der 3 Banken an die ALGAR nicht an das jeweilige Risikoprofil der Banken angepasst wird und daher Auszahlungen zu Lasten jener Gesellschafterbank mit geringerem Ausfallrisiko erfolgen. Um eine solch benachteiligende Risikoverteilung zu verhindern, wäre von einer „state-of-the-art“ „Versicherung“ die Berücksichtigung des jeweiligen Risikoprofils bei der Beitragsberechnung zu erwarten.

Die konkrete Zusammensetzung und Berechnung der Beiträge der 3 Banken und die Auszahlungen der ALGAR sind jedoch sehr intransparent. Auf Grundlage der

verfügbaren Informationen ist davon auszugehen, dass die Garantie- und Provisionsentgelte der 3 Banken neben einem volumensabhängigen Mindestbeitragsatz auch „Maluszahlungen“ für in Anspruch genommene Garantien und Auszahlungen enthalten. Bekannt ist, dass mit Gesellschafterbeschluss vom 1.1.2016 die Mindestbeiträge auf 0,01 % der versicherten Kredit- und Leasingobligi reduziert wurde und die Selbstbehalte der 3 Banken auf EUR 5 Mio für die Oberbank sowie je EUR 3,5 Mio für die BKS und BTV angehoben wurden. Auch wurden 2015 die Malusberechnungen von den Provisionszahlungen entkoppelt und „zum Schutz des solidarischen Gesamthaftungsvermögens auch etwas verursacherbezogener gestaltet“. Fraglich ist, weshalb die Maluszahlungen nur „etwas“ verursacherbezogener ausgestaltet wurden und nicht zur Gänze und weshalb die BTV überhaupt nicht maluspflichtig ist.

Ferner werden ab 2013 in den Lageberichten der ALGAR sogenannte „Werthaltigkeitserklärungen“ ausgewiesen. Es kann jedoch lediglich gemutmaßt werden, worum es sich bei diesen Erklärungen im Konkreten handelt. Abgesehen von deren Umfang ist nur bekannt, dass diese im Zuge von monatlichen Anträgen der einzelnen Gesellschafterbanken von den Geschäftsführern der ALGAR abgegeben werden.

Es besteht der Verdacht, dass dieses System der ALGAR keinem „state-of-the-art“ Kreditrisikosystem entspricht und daher kein faires System darstellt, welches das Risiko der 3 Banken gemessen an Kundenratings, Sicherheiten, Kreditkonzentrationen, adäquatem Pricing, statistischen Ausfallswahrscheinlichkeiten etc. ausbalanciert. Dies ist im Rahmen der beantragten Sonderprüfung zu prüfen.

3. Tagesordnungspunkt: Sonderprüfung BVG

Die UCBA und CABO, als qualifiziert beteiligte Aktionäre der Oberbank, beantragen, dass der nachstehende Tagesordnungspunkt auf die Tagesordnung der für den 20.5.2020 einberufenen ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank in Ergänzung zur bestehenden Tagesordnung gesetzt und bekannt gemacht wird:

„Beschlussfassung über die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG dahingehend, ob seit Bestehen der Beteiligung der Oberbank an der Beteiligungsverwaltung GmbH (FN 81137 w; im Folgenden „BVG“) Dividenden an die BVG ausgezahlt wurden und, wenn ja, wann, auf welcher Grundlage und in welcher Höhe.

Die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch folgende Fragestellungen umfassen:

- (i) *Wurden bei Kapitalerhöhungen Bezugsrechte der BVG ausgeübt und, wenn ja, bei welchen Kapitalerhöhungen und in welchem Ausmaß?*
- (ii) *Wurden die Stimmrechte der BVG in den Hauptversammlungen seit Bestehen der Beteiligung an der BVG ausgeübt und, wenn ja, bei welchen Hauptversammlungen?*
- (iii) *Hat die BVG seit Bestehen der Beteiligung an der BVG an einer Hauptversammlung der Oberbank teilgenommen und, wenn ja, bei welchen Hauptversammlungen?*
- (iv) *Gab es einen Gesellschafterbeschluss der Gesellschafter der BVG im Sinne des § 237 AktG im Zusammenhang mit der Veräußerung von Aktien der BKS und BTV im Zuge der Kapitalerhöhungen bei BKS und BTV 2018 und wie war der genaue Inhalt dieses Beschlusses?*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist.“

3.1. Beschlussantrag

Es wird beantragt, dass die Hauptversammlung folgenden Beschluss fasst:

„Gemäß § 130 AktG ist eine Sonderprüfung der Geschäftsführung dahingehend durchzuführen, ob seit Bestehen der Beteiligung der Oberbank an der Beteiligungsverwaltung GmbH (FN 81137 w; im Folgenden „BVG“) Dividenden an die BVG ausgezahlt wurden und, wenn ja, wann, auf welcher Grundlage und in welcher Höhe.

Die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch folgende Fragestellungen umfassen:

- (i) *Wurden bei Kapitalerhöhungen Bezugsrechte der BVG ausgeübt und, wenn ja, bei welchen Kapitalerhöhungen und in welchem Ausmaß?*

- (ii) *Wurden die Stimmrechte der BVG in den Hauptversammlungen seit Bestehen der Beteiligung an der BVG ausgeübt und, wenn ja, bei welchen Hauptversammlungen?*
- (iii) *Hat die BVG seit Bestehen der Beteiligung an der BVG an einer Hauptversammlung der Oberbank teilgenommen und, wenn ja, bei welchen Hauptversammlungen?*
- (iv) *Gab es einen Gesellschafterbeschluss der Gesellschafter der BVG im Sinne des § 237 AktG im Zusammenhang mit der Veräußerung von Aktien der BKS und BTV im Zuge der Kapitalerhöhungen bei BKS und BTV 2018 und wie war der genaue Inhalt dieses Beschlusses?*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist."

3.1.1. Begründung

Es besteht der Verdacht, dass die Oberbank Leistungen an Gesellschaften getätigt hat, mit denen ein wechselseitiges und ringförmiges direktes oder indirektes Beteiligungsverhältnis besteht und damit gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wurde. Dies ist beispielsweise bei der BVG der Fall.

Die BVG ist eine Gesellschaft, an der die BTV und BKS zu jeweils 30 % und die Oberbank zu 40 % beteiligt sind. Die BVG ist wiederum an diesen Gesellschaften rückbeteiligt, wobei das genaue Ausmaß der Rückbeteiligung nicht bekannt ist, da diese im Streubesitz der jeweiligen Gesellschaft „versteckt“ wird.

Darüber hinaus bestehen, wie es für das System 3 Banken typisch ist, auch im Bereich der Organe Verflechtungen. Geschäftsführer der BVG sind Herr Mag. Herbert Titze (BKS), Herr Dr. Stefan Heidinger (BTV) und Herr Mag. Andreas Pachinger (Oberbank). Die Geschäftsführung besteht somit aus denselben Personen, wie die Geschäftsführung der ALGAR. Diese personelle Verflechtung der 3 Banken in der

BVG widerspricht daher ebenso dem stets postulierten Grundsatz der 3 Banken Gruppe, voneinander unabhängig zu sein.

Darüber hinaus besteht der Verdacht, dass es sich bei den von der BVG gehaltenen Aktien der 3 Banken um eigene Aktien der 3 Banken handelt. Aufgrund der wechselseitigen und ringförmigen Beteiligungen der 3 Banken untereinander besteht eine Rückbeteiligung der jeweiligen Bank an sich selbst. Dies führt dazu, dass nicht nur die von der BVG an einer der 3 Banken gehaltenen Aktien für diese Bank eigene Aktien darstellen, sondern bedingt durch die Rückbeteiligungen auch die von der BVG gehaltenen Aktien der beiden anderen Banken eigene Aktien der jeweils dritten Bank im Ausmaß der Rückbeteiligung sind.

Aus eigenen Aktien, die von einer Tochtergesellschaft oder von einem Treuhänder gehalten werden, stehen dieser weder Stimmrechte noch Bezugsrechte zu. Ebenso ist der Dividendenanspruch ausgeschlossen. Der Erwerb von eigenen Aktien ist ausschließlich bei Erfüllung eines Erwerbtatbestandes des § 65 Abs 1 AktG zulässig. Soweit ein solcher nicht erfüllt ist, ist das dem Erwerb zugrundeliegende Geschäft nichtig. Das betrifft nicht nur jenen Anteil, der tatsächlich eigene Aktien darstellt, sondern das gesamte Geschäft. Es sind somit auch jene Aktien von der Nichtigkeit des Geschäfts betroffen, die nicht eigene Aktien darstellen.

Die Oberbank hat insbesondere im Zuge der Kapitalerhöhung der BKS und BTV im Jahr 2018 nach Ende des Bezugsrechtsangebotes BKS- und BTV-Aktien von der BVG erworben. Das tatsächliche Verhältnis zwischen den 3 Banken und der BVG wurde bislang nicht offengelegt. Es bedarf daher der Prüfung durch einen Sonderprüfer, ob entgegen bestehender Verbote das Stimmrecht und Bezugsrecht durch die BVG ausgeübt wurde und darüber hinaus unzulässigerweise Dividenden an die BVG ausgeschüttet wurden.

4. Tagesordnungspunkt: Sonderprüfung Xanthos

Die UCBA und CABO, als qualifiziert beteiligte Aktionäre der Oberbank, beantragen, dass der nachstehende Tagesordnungspunkt auf die Tagesordnung der für den 20.5.2020 einberufenen ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank in Ergänzung zur bestehenden Tagesordnung gesetzt und bekannt gemacht wird:

„Beschlussfassung über die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG dahingehend, ob es Absprachen zwischen der Oberbank und/oder deren Rechtsvertreterin mit den vertretungsbefugten Organen der Xanthos Privatstiftung (FN 160287 t; im Folgenden „Xanthos“) im Zusammenhang mit

dem Antrag der Xanthos in der ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank vom 14.5.2019 auf Reduzierung der Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrates von 12 auf 11 Mitglieder gab.

Die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch folgende Fragestellungen umfassen:

- (i) Wie kam die Xanthos dazu, einen derartigen Antrag zu stellen, der die Corporate Governance einer Bank verändert?*
- (ii) In welchem Verhältnis steht die Xanthos zur Oberbank und deren Rechtsvertreterin, Haslinger / Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH? Wurde ein Conflict Check hinsichtlich dieser Gesellschaft von Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH verlangt und was war das Ergebnis dieses Conflict Checks? Welche Vorkehrungen wurden im Hinblick darauf getroffen, dass bei der Xanthos die Organe mehrheitlich aus Rechtsvertretern der Oberbank bestehen?*
- (iii) Bestehen Vertretungs- und/oder Beratungsverhältnisse der Rechtsvertreter der BKS und/oder der BTV mit der Oberbank? Wenn ja, mit wem und wie erfolgt die Entlohnung? Wie wird die Geheimhaltung durch die jeweiligen Rechtsvertreter in den jeweiligen Verfahren der 3 Banken-Gruppe untereinander sichergestellt? Nehmen die Rechtsvertreter der BTV und/oder BKS an Organsitzungen der Oberbank teil und wenn ja, in welcher Funktion?*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist."

4.1. Beschlussantrag

Es wird beantragt, dass die Hauptversammlung folgenden Beschluss fasst:

„Gemäß § 130 AktG ist eine Sonderprüfung der Geschäftsführung dahingehend durchzuführen, ob es Absprachen zwischen der Oberbank und/oder deren Rechtsvertreterin mit den vertretungsbefugten Organen der Xanthos Privatstiftung (FN 160287 t; im Folgenden „Xanthos“) im Zusammenhang mit dem Antrag der Xanthos in der ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank vom 14.5.2019 auf Reduzierung der Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrates von 12 auf 11 Mitglieder gab.

Die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch folgende Fragestellungen umfassen:

- (i) Wie kam die Xanthos dazu, einen derartigen Antrag zu stellen, der die Corporate Governance einer Bank verändert?*
- (ii) In welchem Verhältnis steht die Xanthos zur Oberbank und deren Rechtsvertreterin, Haslinger / Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH? Wurde ein Conflict Check hinsichtlich dieser Gesellschaft von Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH verlangt und was war das Ergebnis dieses Conflict Checks? Welche Vorkehrungen wurden im Hinblick darauf getroffen, dass bei der Xanthos die Organe mehrheitlich aus Rechtsvertretern der Oberbank bestehen?*
- (iii) Bestehen Vertretungs- und/oder Beratungsverhältnisse der Rechtsvertreter der BKS und/oder der BTV mit der Oberbank? Wenn ja, mit wem und wie erfolgt die Entlohnung? Wie wird die Geheimhaltung durch die jeweiligen Rechtsvertreter in den jeweiligen Verfahren der 3 Banken-Gruppe untereinander sichergestellt? Nehmen die Rechtsvertreter der BTV und/oder BKS an Organsitzungen der Oberbank teil und wenn ja, in welcher Funktion?*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist.“

4.2. Begründung

Gegenstand der beantragten Sonderprüfung ist die Prüfung des Zusammenwirkens der Geschäftsführung der Oberbank mit der Xanthos, die offensichtlich im Naheverhältnis zur Rechtsvertreterin der Oberbank steht, im Zusammenhang mit der Antragstellung bei der ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank 2019 auf Reduzierung der Mitgliederanzahl im Aufsichtsrat der Oberbank.

Das Landesgericht Linz hat in seinem Urteil vom 12.3.2020, GZ 29 Cg 27/19w festgestellt, dass keine sachliche Rechtfertigung für die Weiterleitung des Wahlvorschlages betreffend Dr. Jürgen Kullnigg für die Wahl in den Aufsichtsrat im Zuge der Hauptversammlung der Oberbank vom 14.5.2019 an die BTV zu erkennen ist. Die Weiterleitung war somit rechtswidrig. Das Landesgericht Linz hat festgehalten, dass die Weiterleitung des Antrages an die BTV nicht kausal für die Beschlussfassung über die Reduzierung der Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder gewesen sei, weil auch ein zweiter Aktionär (Stimmkarte 870) in der Hauptversammlung einen solchen Antrag gestellt habe.

Bei diesem Aktionär, die Xanthos, mit der Stimmkarte 870, handelte es sich in Wahrheit jedoch auch um eine Gesellschaft, die der 3 Banken Gruppe zuzurechnen ist. Zwei von drei der Stiftungsvorstände sind gleichzeitig geschäftsführende Gesellschafter der Rechtsvertreterin der Oberbank (Haslinger / Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH). Zudem stimmt der Sitz der Privatstiftung mit dem Kanzleisitz überein. Es kann daher kein Zufall sein, dass gerade dieser Aktionär den Antrag der BTV in der Hauptversammlung der Oberbank wiederholt hat. Es besteht somit der Verdacht, dass im Zusammenwirken des Vorstandes der Oberbank, deren Rechtsvertreterin und der Xanthos sowie der BTV das Minderheitenrecht der UCBA / CABO auf Wahl von Dr. Jürgen Kullnigg zum Mitglied des Aufsichtsrates der Oberbank rechtswidrigerweise verunmöglicht wurde.

5. Tagesordnungspunkt: Sonderprüfung Zahlungen und sonstige Leistungen an BKS, BTV, G3B und Wüstenrot

Die UCBA und CABO, als qualifiziert beteiligte Aktionäre der Oberbank, beantragen, dass der nachstehende Tagesordnungspunkt auf die Tagesordnung der für den 20.5.2020 einberufenen ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank in Ergänzung zur bestehenden Tagesordnung gesetzt und bekannt gemacht wird:

„Beschlussfassung über die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG dahingehend, ob

- (i) *es Zahlungen oder sonstige Leistungen zwischen der Oberbank und (i) BKS, (ii) BTV, (iii) Generali 3Banken Holding AG (FN 234231 h; im Folgenden „G3B“) und / oder (iv) Wüstenrot Wohnungswirtschafts reg.Gen.m.b.H. (FN 69160 g; im Folgenden „Wüstenrot) gab und, wenn ja, welche, aufgegliedert nach Gesellschaften, Datum, Rechtsgrund, Betrag und einer allfälligen Widmung; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung und, ob sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip immer und ausnahmslos entsprochen wurde;*
- (ii) *es Finanzierungen zwischen zwischen der Oberbank und (i) BKS, (ii) BTV, (iii) G3B und / oder (iv) Wüstenrot gab und, wenn ja, welche aufgegliedert nach Gesellschaften, Datum, Rechtsgrund und Betrag; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung; sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip immer und ausnahmslos entsprochen wurde; für vergleichbare Fälle vergleichbare Konditionen und keine abweichenden Konditionen bei Laufzeit, Zinsen und Sicherheiten gewährt wurden.*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist.“

5.1. Beschlussantrag

Es wird beantragt, dass die Hauptversammlung folgenden Beschluss fasst:

„Gemäß § 130 AktG ist eine Sonderprüfung der Geschäftsführung dahingehend durchzuführen, ob

- (i) *es Zahlungen oder sonstige Leistungen zwischen der Oberbank und (i) BKS, (ii) BTV, (iii) Generali 3Banken Holding AG (FN 234231 h; im Folgenden „G3B“) und / oder (iv) Wüstenrot Wohnungswirtschafts reg.Gen.m.b.H. (FN 69160 g; im Folgenden „Wüstenrot) gab und, wenn ja, welche, aufgegliedert nach Gesellschaften, Datum, Rechtsgrund, Betrag und einer allfälligen Widmung; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet*

wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung und, ob sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip immer und ausnahmslos entsprochen wurde;

- (ii) es Finanzierungen zwischen zwischen der Oberbank und (i) BKS, (ii) BTV, (iii) G3B und / oder (iv) Wüstenrot gab und, wenn ja, welche aufgliedert nach Gesellschaften, Datum, Rechtsgrund und Betrag; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung; sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip immer und ausnahmslos entsprochen wurde; für vergleichbare Fälle vergleichbare Konditionen und keine abweichenden Konditionen bei Laufzeit, Zinsen und Sicherheiten gewährt wurden.

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist.“

5.2. Begründung

Die Oberbank ist (mittelbarer) Aktionär der BKS, BTV und G3B. Die BKS, BTV, G3B sowie Wüstenrot sind Aktionäre der Oberbank. Zwischen der BKS, BTV und Wüstenrot besteht ein Syndikatsvertrag.

Es besteht der Verdacht, dass die Oberbank Leistungen an BKS, BTV, G3B und / oder Wüstenrot getätigt hat, die nicht fremdvergleichsüblich gestaltet sind und gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen.

Gemäß § 52 AktG dürfen Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden. Sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist. Jede vermögenswerte Leistung aus Gesellschaftsvermögen an einen Aktionär, die nicht Bilanzgewinn ist oder eine sonst gesetzlich geregelte Auszahlung darstellt (zum Beispiel Ausschüttung aus Kapitalherabsetzung), ist verboten (*Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 1).

Ein Indiz dafür ist, dass die Oberbank an die G3B finanzielle Mittel zugewendet hat, um dieser die Teilnahme an Kapitalerhöhungen der Oberbank zu ermöglichen und eine Verwässerung der G3B zu vermeiden. In diesem Fall finanzierte die Oberbank (teilweise) ihre eigene Kapitalaufbringung, wodurch es zu keiner schuldbefreienden Leistung auf die Einlageforderung kam. Mangels Drittvergleichsfähigkeit und / oder betrieblicher Rechtfertigung liegt diesfalls ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG) vor.

Die 3 Banken verfolgen eine gemeinsame strategische Zielsetzung, sind wechselseitig und ringförmig in erheblichem Ausmaß aneinander beteiligt und syndiziert, kooperieren eng in vielen Bereichen und haben darüber hinaus auch eine strikte Gebietsaufteilung vereinbart. Die enge Kooperation zwischen den 3 Banken zeigt sich beispielsweise am gemeinsamen Marktauftritt als 3 Banken Gruppe.

Die 3 Banken sind an mehreren Gesellschaften gemeinsam beteiligt und haben diese gemeinsam gegründet; dazu zählen: 3 Banken-Versicherungsdienst GmbH, BVG, Drei-Banken Versicherungs-AG, DREI-BANKEN-EDV GesmbH, 3-Banken Beteiligung Gesellschaft m.b.H., 3 Banken-Generali Investment GesmbH, Danube Equity Invest AG und G3B. Für die Umsetzung von IT-Projekten und den IT-Betrieb der 3 Banken besteht eine gemeinsame Gesellschaft, die 3 Banken IT GmbH („3 Banken IT“). In diese Gesellschaft wurden insbesondere die Rechenzentren der 3 Banken, ihre Administration sowie die IT-Entwicklung und Wartung (Programmierung) der 3 Banken ausgegliedert und zusammengelegt. Zur Absicherung von Großkreditrisiken der 3 Banken besteht die solidarisch konstruierte gemeinsame Grantiengesellschaft ALGAR (siehe dazu die detaillierten Ausführungen in Punkt 2.2.). Überdies besteht eine Vertriebspartnerschaft mit Wüstenrot. Die 3 Banken agieren auch als Konsortialpartner im Zusammenhang mit Kreditfinanzierungen.

Zwischen den Vorständen und Aufsichtsräten der 3 Banken herrscht teilweise Personenidentität. Die starken gemeinsamen Interessen der 3 Banken zeigen sich insbesondere auch darin, dass diese gemeinsam agieren, wenn es um ihre Beteiligung an der G3B geht. So wurden auch bei den Kapitalerhöhungen der Oberbank Zuschüsse durch die beiden Schwesterbanken an die G3B geleistet.

Im Rahmen von Kapitalerhöhungen bei den 3 Banken agiert ausschließlich eine der beiden anderen Banken als Emissionsbank. Insbesondere bei den Kapitalerhöhungen 2018 bei BKS und BTV hat sich das enge Zusammenwirken der 3 Banken gezeigt, wonach im Einvernehmen auf die Ausübung der Bezugsrechte durch die je-

weilige Bank verzichtet wurde – dies zum Teil entgegen den Ankündigungen im Kapitalmarktprospekt – und in weiterer Folge Aktien von der im gemeinsamen Eigentum stehenden BVG erworben wurden.

Es besteht der Verdacht, dass aufgrund dieser spezifischen Gegebenheiten Leistungsbeziehungen zwischen den 3 Banken sowie der Oberbank mit der Wüstenrot bestehen, die in dieser Form nicht mit außenstehenden Dritten abgeschlossen worden wären und für die auch keine betriebliche Rechtfertigung vorliegt und daher diese einer Sonderprüfung zu unterziehen sind.

6. Tagesordnungspunkt: Sonderprüfung Zahlungen oder sonstige Leistungen an Aktionäre / „befreundete Investoren“

Die UCBA und CABO, als qualifiziert beteiligte Aktionäre der Oberbank, beantragen, dass der nachstehende Tagesordnungspunkt auf die Tagesordnung der für den 20.5.2020 einberufenen ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank in Ergänzung zur bestehenden Tagesordnung gesetzt und bekannt gemacht wird:

„Beschlussfassung über die Durchführung einer Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG dahingehend, ob

- (i) es Zahlungen oder sonstige Leistungen zwischen (i) der Oberbank und Gesellschaften/Personen, die direkt oder indirekt an der Oberbank beteiligt sind, oder (ii) zwischen der Oberbank und Gesellschaften/Personen, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, oder (iii) der Oberbank und direkten oder indirekten Aktionären, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, gab und, wenn ja, welche, aufgegliedert nach Gesellschaften/Personen, Datum, Rechtsgrund, Betrag und einer allfälligen Widmung; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung und, ob sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip entsprochen wurde;*

- (ii) es Finanzierungen zwischen (i) der Oberbank und Gesellschaften/Personen, die direkt oder indirekt an der Oberbank beteiligt sind, oder (ii) zwischen der Oberbank und Gesellschaften/Personen, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, oder (iii) der Oberbank und direkten oder indirekten Aktionären, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, gab und, wenn ja, welche, anonymisiert aufgegliedert nach Gesell-*

schaften/Personen, Datum, Rechtsgrund und Betrag; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung; sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip entsprochen wurde; für vergleichbare Fälle vergleichbare Konditionen und keine abweichenden Konditionen bei Laufzeit, Zinsen und Sicherheiten gewährt wurden.

Die Durchführung dieser Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch die Beantwortung nachstehender Fragestellungen umfassen:

- (i) Wer sind die „befreundeten Investoren“ der Oberbank im Sinne der Festschrift 150 Jahre Oberbank (Seite 93)?*
- (ii) Gab es abgesehen von Dividendenzahlungen Zahlungen oder sonstige Leistungen von der Oberbank an „befreundete Investoren“ (siehe Festschrift 150 Jahre Oberbank, Seite 93) und, wenn ja, welche, aufgegliedert nach „befreundeten Investoren“, Datum, Rechtsgrund, Betrag und einer allfälligen Widmung? Sind diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet? Wurden Sonderkonditionen gewährt und, wenn ja, mit welcher Begründung? Wie wurde sichergestellt, dass dem „at arm's length“-Prinzip immer und ausnahmslos entsprochen wurde?*

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist.“

6.1. Beschlussantrag

Es wird beantragt, dass die Hauptversammlung folgenden Beschluss fasst:

„Gemäß § 130 AktG ist eine Sonderprüfung der Geschäftsführung dahingehend durchzuführen, ob

- (i) es Zahlungen oder sonstige Leistungen zwischen (i) der Oberbank und Gesellschaften/Personen, die direkt oder indirekt an der Oberbank beteiligt*

sind, oder (ii) zwischen der Oberbank und Gesellschaften/Personen, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, oder (iii) der Oberbank und direkten oder indirekten Aktionären, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, gab und, wenn ja, welche, aufgegliedert nach Gesellschaften/Personen, Datum, Rechtsgrund, Betrag und einer allfälligen Widmung; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung und, ob sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip entsprochen wurde;

- (ii) es Finanzierungen zwischen (i) der Oberbank und Gesellschaften/Personen, die direkt oder indirekt an der Oberbank beteiligt sind, oder (ii) zwischen der Oberbank und Gesellschaften/Personen, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, oder (iii) der Oberbank und direkten oder indirekten Aktionären, an denen die Oberbank direkt oder indirekt beteiligt ist, gab und, wenn ja, welche, anonymisiert aufgegliedert nach Gesellschaften/Personen, Datum, Rechtsgrund und Betrag; diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet wurden; Sonderkonditionen gewährt wurden und, wenn ja, mit welcher Begründung; sichergestellt wurde, dass dem „at arm's length“-Prinzip entsprochen wurde; für vergleichbare Fälle vergleichbare Konditionen und keine abweichenden Konditionen bei Laufzeit, Zinsen und Sicherheiten gewährt wurden.

Die Durchführung dieser Sonderprüfung der Geschäftsführung gemäß § 130 AktG soll auch die Beantwortung nachstehender Fragestellungen umfassen:

- (i) Wer sind die „befreudeten Investoren“ der Oberbank im Sinne der Festschrift 150 Jahre Oberbank (Seite 93)?
- (ii) Gab es abgesehen von Dividendenzahlungen Zahlungen oder sonstige Leistungen von der Oberbank an „befreudete Investoren“ (siehe Festschrift 150 Jahre Oberbank, Seite 93) und, wenn ja, welche, aufgegliedert nach „befreudeten Investoren“, Datum, Rechtsgrund, Betrag und einer allfälligen Widmung? Sind diese fremdvergleichsüblich ausgestaltet? Wurden Sonderkonditionen gewährt und, wenn ja, mit welcher Begründung? Wie wurde sichergestellt, dass dem „at arm's length“-Prinzip immer und ausnahmslos entsprochen wurde?

Zum Sonderprüfer wird die EKWP Wirtschaftsprüfungs GmbH (FN 411099 h) bestellt. Herr Magister Martin Breuner und Herr Magister Arnold Krassnitzer werden

beauftragt und bevollmächtigt, für die Oberbank mit dem Sonderprüfer auf Grundlage des vom Prüfer vorgelegten indikativen Angebots einen Prüfungsauftrag nach österreichischem Recht abzuschließen, wobei das Honorar mit einem Höchstbetrag zu begrenzen und ein Zeitraum bis längstens drei Monate nach Auftragserteilung zu bestimmen ist, bis zu dem spätestens ein schriftlicher Bericht vorzulegen ist.“

6.2. Begründung

Es besteht auch der Verdacht, dass die Oberbank Leistungen an Gesellschaften / Personen getätigt hat, mit denen ein direktes oder indirektes Beteiligungsverhältnis bzw zwischen denen eine wechselseitige bzw ringförmige Beteiligung besteht, und diese Leistungen nicht fremdvergleichsüblich gestaltet sind.

Ein Indiz dafür ergibt sich insbesondere aus den Ausführungen in der Festschrift 150 Jahre Oberbank. Darin wird festgehalten, dass sich die 3 Banken darum bemüht haben, einen Teil des Streubesitzes bei befreundeten Investoren unterzubringen und diese Aktienpakete durch Vorkaufsrechte abzusichern. Durch Zusammenspiel mit diesen und dem Mitarbeitersyndikat sollte sichergestellt werden, dass die 50 %-Marke bei Hauptversammlungen überschritten wird. Es besteht die Vermutung, dass in diesem Zusammenhang Sonderkonditionen gewährt wurden, die anderen Aktionären nicht zukommen und somit eine unzulässige Bevorzugung dieser Investoren gegeben ist.

7. Tagesordnungspunkt: Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Aktionäre sowie gegen Mitglieder des Vorstandes der Gesellschaft gemäß § 134 AktG

Die UCBA und CABO, als qualifiziert beteiligte Aktionäre, beantragen, dass der nachstehende Tagesordnungspunkt auf die Tagesordnung der für den 20.5.2020 einberufenen ordentlichen Hauptversammlung der Oberbank in Ergänzung zur bestehenden Tagesordnung gesetzt und bekannt gemacht wird:

„Minderheitsverlangen gemäß § 134 Abs 1 Satz 2 AktG auf Geltendmachung von

- (i) Rückforderungsansprüchen der Gesellschaft gegen die Generali 3Banken Holding AG (G3B) in der Höhe von bis zu EUR 19.307.133,45 zuzüglich unternehmerischer Zinsen wegen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG sowie wegen Verstoß gegen das Verbot der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien gemäß § 66a AktG in der Zeit von 2003 bis 2018;*

- (ii) *Rückforderungsansprüche der Gesellschaft gegen Beteiligungsgesellschaften, die wiederum an der Oberbank rückbeteiligt sind, in Höhe der von der Oberbank an diese seit 1990 geleisteten Dividenden zuzüglich unternehmerischer Zinsen wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG sowie Verstoßes gegen das Verbot der Dividendenzahlung auf eigene Aktien gemäß § 65 AktG;*
- (iii) *Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Dr. Ludwig Andorfer, Dr. Franz Gasselsberger, Mag. Dr. Josef Weißl und Mag. Florian Hagenauer in der Höhe von bis zu EUR 19.307.133,45 zuzüglich unternehmerischer Zinsen wegen pflichtwidriger Ausübung ihrer Funktionen als Mitglieder des Vorstandes in der Zeit von 2003 bis 2018, soweit diese in diesem Zeitraum Mitglieder des Vorstandes waren; sowie*
- (iv) *Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Dr. Ludwig Andorfer, Dr. Franz Gasselsberger, Mag. Dr. Josef Weißl und Mag. Florian Hagenauer in der Höhe der von der Oberbank an Beteiligungsgesellschaften, die wiederum an der Oberbank rückbeteiligt sind, seit 1990 geleisteten Dividenden zuzüglich unternehmerischer Zinsen wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG sowie Verstoßes gegen das Verbot der Dividendenzahlung auf eigene Aktien gemäß § 65 AktG und wegen pflichtwidriger Ausübung ihrer Funktionen als Mitglieder des Vorstandes, soweit diese in diesem Zeitraum Mitglieder des Vorstandes waren;*

vor den staatlichen Gerichten. Die Bestellung des Vertreters zur Führung des Rechtsstreites erfolgt durch das zuständige Gericht auf Antrag der UCBA / CABO."

7.1. Beschlussantrag

Da das Minderheitsbegehren gemäß § 134 Abs 1 Satz 2 AktG keinen Beschluss der Hauptversammlung erfordert, erübrigt sich ein Beschlussantrag.

7.2. Begründung

Die Oberbank AG (im Folgenden „Oberbank“) hat im Zeitraum 2003 bis 2018 Zuschüsse an die Generali 3Banken Holding AG (im Folgenden „G3B“) in Höhe von insgesamt EUR 19.976.683,33 geleistet. Hiervon wurde ein Betrag in der Höhe von insgesamt EUR 699.549,88 zum Zweck der Teilnahme der G3B an den Kapitalerhöhungen der Oberbank, ein Betrag in der Höhe von insgesamt EUR 8.484.195,07

zum Zweck der Teilnahme der G3B an den Kapitalerhöhungen der zwei Schwesterbanken der Oberbank, BKS Bank AG (im Folgenden „BKS“) und Bank für Tirol und Vorarlberg Aktiengesellschaft (im Folgenden „BTV“), ein Betrag in der Höhe von EUR 9.992.517,83 zum Zweck des Erwerbs von Aktienpaketen an den Banken der 3 Banken Gruppe im Zusammenhang mit der Gründung der G3B sowie ein Betrag in der Höhe von insgesamt EUR 830.420,55 zu sonstigen Zwecken zugeschossen.

Am 25.4.2019 und somit im Vorfeld der Hauptversammlung der Oberbank vom 14.5.2019 hat die G3B jene Zuschüsse, die von der Oberbank an die G3B zum Zweck der Teilnahme der G3B an den Kapitalerhöhungen der Oberbank 2009 und 2016 geleistet wurden, inklusive unternehmerischer Zinsen, an die Oberbank zurückgezahlt. Insgesamt wurde ein Betrag in Höhe von EUR 816.517,04 (inklusive Zinsen in Höhe von insgesamt EUR 146.976,16) von der G3B an die Oberbank geleistet.

Es steht daher ein Betrag in der Höhe von EUR 19.307.133,45 zuzüglich unternehmerischer Zinsen, der bislang nicht von der G3B an die Oberbank rückgeleistet wurde, aus.

Die Zuschüsse der Oberbank waren nicht rechtmäßig, sondern (i) stellt die Zuwendung der Zuschüsse an G3B einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dar (§ 52 AktG) und des Weiteren (ii) verstoßen die im Zusammenhang mit den Kapitalerhöhungen der Oberbank gewährten Zuschüsse an die G3B gegen das Verbot der Finanzierung des Aktienerwerbs durch die Gesellschaft (§ 66a Satz 1 AktG).

Dies hat zur Folge, dass der Oberbank gegen G3B Rückerstattungsansprüche wegen Einlagenrückgewähr zustehen. Darüber hinaus hat die Oberbank aufgrund der unerlaubten Finanzierungshilfe und aufgrund der Einlagenrückgewähr Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen amtierenden und ehemaligen Vorstandsmitglieder der Oberbank in den Jahren 2003 bis 2018.

Da es sich bei den Aktien der Beteiligungsgesellschaften, die wiederum an der Oberbank rückbeteiligt sind, im Ausmaß der Rückbeteiligung um eigene Aktien der Oberbank im Sinne des § 65 AktG handelt. Hinsichtlich eigener Aktien bestehen keine Vermögensrechte (Dividende, Anspruch auf den Liquidationserlös, Bezugsrecht) und auch keine Mitverwaltungsrechte (Recht zur Teilnahme an der HV, Stimmrecht, Anfechtungsrecht, Minderheitenrechte) (*Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 65 Rz 99/1*). Darüber hinaus verstoßen die Dividendenzahlungen aufgrund der bestehenden Rückbeteiligung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.

7.2.1. Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften – Einlagenrückgewähr

Aufgrund der wechselseitigen Beteiligungen ist die Oberbank (mittelbarer) Aktionär der G3B und sonstiger Beteiligungsunternehmen, als auch die G3B und sonstigen Beteiligungsunternehmen Aktionäre der Oberbank.

Gemäß § 52 AktG dürfen Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist. Jede vermögenswerte Leistung aus Gesellschaftsvermögen an einen Aktionär, die nicht Bilanzgewinn ist oder eine sonst gesetzlich geregelte Auszahlung darstellt (zum Beispiel Ausschüttung aus Kapitalherabsetzung), ist verboten (*Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 1).

Die Zahlung der Zuschüsse der Oberbank an G3B sowie die Zahlung der Dividenden an die Beteiligungsgesellschaften, bei denen eine Rückbeteiligung besteht, verstoßen offensichtlich gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG.

Eine auf die Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung gestützte Vermutung des Gesellschaftergeschäfts kann nur im Wege des sogenannten Dritt- oder Fremdvergleichs widerlegt werden. Hierbei ist zu prüfen, ob das Geschäft von der Gesellschaft auch dann geschlossen worden wäre, wenn der Gesellschaft nicht der Gesellschafter (der einem Gesellschafter nahestehende Dritte), sondern ein außenstehender Dritter gegenübergestanden wäre, wenn also bei diesem Geschäft kein Gesellschafter daraus einen Vorteil zöge (RIS-Justiz RS0105540). Eine verdeckte Einlagenrückgewähr kann in diesem Sinn auch damit gerechtfertigt werden, dass besondere betriebliche Gründe im Interesse der Gesellschaft vorliegen, wenn dies nach der Formel des Fremdvergleichs dahin gedeckt ist, dass das Geschäft, das mangels objektiver Wertäquivalenz ein Vermögensopfer der Gesellschaft bedeutet, auch mit einem Außenstehenden geschlossen worden wäre (RIS-Justiz RS0120438 = 6 Ob 271/05d = SZ 2005/178 = ÖBA 2006, 293 [zust *Karollus*] = JBI 2006, 388 [zust *Artmann*]).

Bei der Prüfung der Frage, ob ein objektiv sorgfältig handelnder Geschäftsleiter ein konkretes Rechtsgeschäft unter den gleichen Bedingungen auch mit einem außenstehenden Dritten abgeschlossen hätte, ist umfassend auf alle Vorteile abzustellen, die der Gesellschaft zukommen; diese können in einer monetären Gegenleistung, aber auch in sonstigen Vorteilen liegen, die sich aus der wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Gesellschafter ergeben (*Artmann in JBI 2006, 388* [Entscheidungsbesprechung]; OGH 29.9.2010, 7 Ob35/10p).

Es bedürfte daher einer betrieblichen Rechtfertigung für die Zuwendungen der Oberbank an die G3B, die aus der Sicht der Oberbank zum Zeitpunkt der Zuschussgewährung zu beurteilen wäre, um einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 52 AktG verneinen zu können.

Wesentlich ist hierbei, ob ein sorgfältig handelnder Vorstand die Zuschussleistung auch für einen Dritten erbracht hätte, was nur der Fall ist, wenn der Zuschussgewährung ein gleichwertiger betrieblicher Vorteil der Oberbank gegenübersteht. Ohne einen solchen, das heißt ohne jede betriebliche Rechtfertigung für die Oberbank, ist auszuschließen, dass ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer für einen außenstehenden Dritten, der mit der Gesellschaft keine Geschäftsbeziehungen aufrechterhält, in gleicher Weise einen Zuschuss gewährt hätte.

Die Zuschüsse wurden der G3B in ihrer Eigenschaft als Aktionär der Oberbank gewährt. Dies ist als offene Ausschüttung an einen Aktionär zu werten, die unzulässig ist, sofern ihr keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Da die so erworbenen Aktien für die Oberbank keinen Vermögenswert darstellen, liegt keine Gegenleistung vor.

Auch wenn vom Vorliegen einer Gegenleistung ausgegangen würde, hält die Zuschussleistung jedoch einem Drittvergleich nicht stand. Die vorgenommene Zuschussleistung der Gesellschaft an die G3B als Aktionär, wäre zu denselben Bedingungen mit einem gesellschaftsfremden Dritten nicht abgeschlossen worden. Ein zinsloser, nicht rückzahlbarer Zuschuss wäre einem Dritten nicht gewährt worden. Zumindest in dem Ausmaß, in dem der Zuschuss die eigene prozentuelle Beteiligung übersteigt, wird ein Verlust verursacht.

Eine betriebliche Rechtfertigung, die diesen Verlust legitimiert, ist nicht ersichtlich (OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d, JBI 2006 mit Anm *Artmann* = ÖBA 2006, 293 mit Anm *Karollus*), da keine konkreten Vorteile durch den Zuschuss für die Gesellschaft (die Oberbank) vorliegen, wie beispielsweise die Finanzierung eines gemeinsamen Projektes von dem die Oberbank auch profitieren würde und welches den Vermögensverlust zumindest aufwiegen würde. Vielmehr wird durch die Zuschüsse nur ein Interesse des Aktionärs G3B gefördert, was gerade durch das Verbot der Einlagenrückgewähr untersagt ist.

7.2.2. Verstoß gegen das Verbot der Finanzierung des Aktienerwerbs durch die Gesellschaft

Die Oberbank finanziert mit den Zuschüssen an die G3B für die Leistung der Einlage zum Erwerb junger Aktien im Zuge der Kapitalerhöhungen der Oberbank, den Erwerb ihrer eigenen Aktien. Diese Vorgehensweise hat den Effekt, dass die Oberbank zumindest teilweise ihr Grundkapital selbst finanziert (*Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 66a Rz 1; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 66a Rz 3*), was gemäß § 66a AktG unzulässig ist.

§ 66a AktG regelt, dass ein Rechtsgeschäft, das die Gewährung eines Vorschusses oder eines Darlehens oder die Leistung einer Sicherheit durch die Gesellschaft an einen anderen zum Zweck des Erwerbs von Aktien dieser Gesellschaft oder eines Mutterunternehmens zum Gegenstand hat, unzulässig ist.

Durch diese Regelung soll eine Umgehung des Erwerbsverbots eigener Aktien verhindert werden. Gesellschaftsvermögen soll nicht zur Erwerbsfinanzierung außerhalb des Rahmens der Gewinnausschüttung herangezogen werden (*Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 66a Rz 1*). Die Zuschüsse wurden offen zum Zweck des Erwerbs der Aktien der Oberbank gewährt (*Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 66a Rz 13*). Diese Verwendungsabsicht war sowohl der Oberbank als auch der G3B bekannt; dies geht klar aus den Lageberichten der G3B hervor und wurde in der Hauptversammlung der Oberbank vom Vorstand bestätigt.

Die Aufzählung der erfassten Geschäfte zur Finanzierung ist nicht taxativ zu verstehen; das Verbot gilt auch für sonstige, vergleichbare Finanzierungsleistungen, so etwa für die endgültige Zurverfügungstellung von Mitteln an den Erwerber (*Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 66a Rz 11; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 66a Rz 4; Rauter in FS Aicher 589 f*). Nachdem Erwerbsfinanzierungen durch Darlehen explizit untersagt sind, obwohl hier sogar ein Rückgewähranspruch gegen den Erwerber zustünde, sind die gegenständlich gewährten Zuschüsse umso mehr untersagt (*Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 66a AktG Rz 11*).

Auch wenn die gewährte Erwerbsfinanzierung wegen einer möglicherweise damit verbundenen Verdienstmöglichkeit für die Oberbank vorteilhaft wäre, unterliegt das Geschäft dem Verbot (*Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 66a Rz 14*); ebenso wenig wäre es vom Verbot freigestellt, wenn voraussichtlich kein Ausfallrisiko besteht. § 66a AktG ist unabhängig davon anwendbar, ob die konkrete Finanzierung

auch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt (*Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 210; *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 66a Rz 14).

Die Zuschüßsgewährung der Oberbank an die G3B zum Zweck des Erwerbs von Oberbank-Aktien verstößt somit klar gegen das Verbot der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien gemäß § 66a AktG. Dies wurde gegenüber der Oberbank bereits mit Urteil des Landesgerichts vom 12.3.2020, GZ 29 Cg 27/19w, festgestellt.

Die UCBA und CABO sehen vorläufig von Beschlussanträgen betreffend den Entzug des Vertrauens gegenüber dem Vorstand im Hinblick auf die COVID-19 Krise ab, verzichten jedoch explizit nicht darauf.

Mit freundlichen Grüßen



UniCredit Bank Austria AG




CABO Beteiligungsgesellschaft m.b.H.

Anlagen:

- ./1 Depotauszug UCBA
- ./2 Depotauszug CABO