

**§ 3 Nr. 71**

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346),  
 eingefügt durch ZollkodexAnpG v. 22.12.2014  
 (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58)

Steuerfrei sind

...

71. die aus einer öffentlichen Kasse gezahlten Zuschüsse für den Erwerb eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft in Höhe von 20 Prozent der Anschaffungskosten, höchstens jedoch 50 000 Euro. <sup>2</sup>Voraussetzung ist, dass
- a) der Anteil an der Kapitalgesellschaft länger als drei Jahre gehalten wird,
  - b) die Kapitalgesellschaft, deren Anteile erworben werden,
    - aa) nicht älter ist als zehn Jahre, wobei das Datum der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister maßgeblich ist,
    - bb) weniger als 50 Mitarbeiter (Vollzeitäquivalente) hat,
    - cc) einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Millionen Euro hat und
    - dd) nicht börsennotiert ist und keinen Börsengang vorbereitet,
  - c) der Zuschussempfänger das 18. Lebensjahr vollendet hat oder eine GmbH ist, deren Anteilseigner das 18. Lebensjahr vollendet haben und
  - d) für den Erwerb des Anteils kein Fremdkapital eingesetzt wird.

Autor: Ronald **Buge**, Rechtsanwalt, P+P Pöllath + Partners, Berlin  
 Mitherausgeberin: Prof. Dr. Johanna **Hey**, Köln

**Inhaltsübersicht**

**A. Allgemeine Erläuterungen  
 zu § 3 Nr. 71**

	Anm.		Anm.
<b>I. Grundinformation</b> . . . . .	1	<b>V. Verhältnis zu anderen Vorschriften</b> . . . . .	8
<b>II. Rechtsentwicklung</b> . . . . .	2	1. Verhältnis zur Förderrichtlinie	
<b>III. Bedeutung</b> . . . . .	3	2. Verhältnis zu R 6.5 und R 21.5 EStR . . . . .	9
<b>IV. Geltungsbereich</b> . . . . .	4	<b>VI. Verfahrensfragen</b> . . . . .	12

**B. Erläuterungen zu Satz 1**  
**(Steuerfreiheit der aus einer öffentlichen Kasse**  
**gezahlten Zuschüsse für den Erwerb eines**  
**Anteils an einer Kapitalgesellschaft). . . . 16**

**C. Erläuterungen zu Satz 2**  
**(Voraussetzungen für die Steuerfreiheit)**

	Anm.		Anm.
<b>I. Systematik . . . . .</b>	21	<b>IV. Maßgeblicher Zeitpunkt . . .</b>	32
<b>II. Unternehmensbezogene Voraussetzungen . . . . .</b>	22	<b>V. Weitere Voraussetzungen der Förderrichtlinie . . . . .</b>	35
<b>III. Investorenbezogene Voraussetzungen . . . . .</b>	28	<b>VI. Nichtvorliegen bzw. Wegfall der Voraussetzungen und Rückzahlung . . . . .</b>	38

**Schrifttum:** HECHTNER, Ertragsteuerliche Aspekte des „Jahressteuergesetzes 2015“, NWB 2014, 2834; BOXBERGER, INVEST Zuschuss für Wagniskapital – Anspruchsvoraussetzungen und steuerrechtliche Aspekte, GWB 2015, 23; PAINTNER, Das Gesetz zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften im Überblick, DStR 2015, 1.

**Verwaltungsanweisungen:** Richtlinie zur Bezuschussung von Wagniskapital privater Investoren für junge innovative Unternehmen, INVEST – Zuschuss für Wagniskapital, v. 2.4.2014, BAnz. AT 17.4.2014 B1.

**A. Allgemeine Erläuterungen zu § 3 Nr. 71**

1 **I. Grundinformation**

Mit dem Gesetz zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (ZollkodexAnpG) wurde § 3 um eine Nr. 71 ergänzt, mit der die in der Vorschrift näher dargestellten Zuschüsse der öffentlichen Hand von der Steuer befreit werden sollen. Damit soll insbes. der im Mai 2013 vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eingeführte INVEST-Zuschuss für Wagniskapital stfrei gestellt werden (vgl. amtl. Begründung in BTDrucks. 18/3017, 37 f.).

2 **II. Rechtsentwicklung**

§ 3 Nr. 71 ist ohne Vorgänger und wurde mit dem ZollkodexAnpG erstmals in das EStG eingefügt.

3 **III. Bedeutung**

**Förderung von Wagniskapital:** Der Koalitionsvertrag der in der 18. Legislaturperiode amtierenden sog. Großen Koalition sah ua. vor, die Attraktivität von

Beteiligungsinvestitionen, insbes. bei neu gegründeten Unternehmen, zu steigern. Zu diesem Zweck wurde zunächst der „Investitionszuschuss Wagniskapital“ geschaffen (vgl. Förderrichtlinie v. 24.4.2013, BAnz. AT 10.5.2013 B1). Dieser wurde mit Wirkung vom 22.4.2014 durch den „INVEST – Zuschuss für Wagniskapital“ ersetzt (vgl. Förderrichtlinie v. 2.4.2014, BAnz. AT 17.4.2014 B1). Der INVEST-Zuschuss ist bis zum 31.12.2016 begrenzt (Nr. 9 der Förderrichtlinie). Zuständig für die Gewährung des INVEST-Zuschusses ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA; Nr. 7 der Förderrichtlinie). Siehe zum INVEST-Zuschuss allg. BOXBERGER, *GWB* 2015, 23 f.

**Steuerbefreiung eines echten Zuschusses:** Der INVEST-Zuschuss für Wagniskapitalbeteiligungen führt als echter Zuschuss der öffentlichen Hand – zumindest im BV – zu stpfl. Betriebseinnahmen (BOXBERGER, *GWB* 2015, 23, 24; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Wagniskapital-Investzuschuss“; zum PV s. Anm. 9). Es bestand daher die Gefahr, dass der Zuschuss teilweise wirkungslos bleibt. Durch die Steuerbefreiungsvorschrift erhofft sich die BReg., dass mehr privates Beteiligungskapital als bislang mobilisiert wird (vgl. aml. Begründung in BTDrucks. 18/3017, 37 f.).

#### IV. Geltungsbereich

4

**Sachlicher Geltungsbereich:** § 3 Nr. 71 befreit nicht unmittelbar den INVEST-Zuschuss, sondern sämtliche Zuschüsse öffentlicher Kassen, die die in § 3 Nr. 71 genannten Voraussetzungen erfüllen. Praktisch dürfte aber nur der INVEST-Zuschuss erfasst werden, weil derzeit keine weiteren Förderprogramme existieren, die die Voraussetzungen von § 3 Nr. 71 EStG erfüllen (s. dazu auch Anm. 8).

**Persönlicher Geltungsbereich:** § 3 Nr. 71 erfasst zunächst natürliche Personen als Zuschussempfänger, und zwar sowohl wenn der Anteil, dessen Erwerb bezuschusst wurde, im BV als auch im PV gehalten wird. Er gilt aber auch für die KSt. (§ 8 Abs. 1 KStG; glA HECHTNER, *NWB* 2014, 2834 [2835]). Den INVEST-Zuschuss kann auch eine GmbH in Anspruch nehmen (Nr. 4.2 der Förderrichtlinie), was in Satz 2 Buchst. c berücksichtigt ist.

**Zeitlicher Anwendungsbereich:** Die Vorschrift ist bereits rückwirkend für den VZ 2013 anzuwenden (§ 52 Abs. 4 Satz 13).

Einstweilen frei

5–7

#### V. Verhältnis zu anderen Vorschriften

8

##### 1. Verhältnis zur Förderrichtlinie

**Kein Verweis auf die Förderrichtlinie:** Der – letztendlich auch Gesetz gewordene – Entwurf der BReg. sieht keinen Verweis auf die Förderrichtlinie vor. Stattdessen werden einzelne, aber nicht alle Voraussetzungen der Förderrichtlinie in § 3 Nr. 71 übernommen (s. Anm. 35). Der BRat kritisierte dies, insbes. sah er die Gefahr, dass ungewollt andere Förderprogramme stfrei gestellt werden könnten. Er schlug stattdessen eine Formulierung vor, wonach „Zuschüsse des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nach der Förderrichtlinie zur Bezuschussung von Wagniskapital privater Investoren für junge innovative Unternehmen“ stfrei sein sollten. Daneben sollten noch vergleichbare Zuschüs-

seines Landes, eines EU-Mitgliedstaats oder eines EWR-Vertragsstaats erfasst werden, sofern das BMWi die Vergleichbarkeit bescheinigt (vgl. Stellungnahme des BRat, BTDrucks. 18/3158, 6). Die BReg. wies den Vorschlag des BRat zurück. Es sei nach der gewählten Formulierung nahezu ausgeschlossen, dass unbeabsichtigt andere Programme gefördert werden könnten. Umgekehrt berge der Vorschlag des BRat die Gefahr, dass derzeit noch vollkommen unbekannte Förderprogramme ggf. auch anderer Staaten von § 3 Nr. 71 erfasst würden (vgl. Gegenäußerung der BReg., BTDrucks. 18/3158, 79).

**Stellungnahme:** Der Auffassung der BReg. ist insoweit zuzustimmen, dass es in der Tat äußerst unwahrscheinlich ist, dass mit der gewählten Formulierung unbeabsichtigt andere Programme als der INVEST-Zuschuss gefördert werden. Andererseits ergeben sich aus der eigenständigen Vertatbestandlichung der Voraussetzungen der Förderrichtlinie für stl. Zwecke verfahrensrechtl. Probleme, insbes. im Fall der Rückabwicklung (s. Anm. 38). Vor diesem Hintergrund erscheint es schwer nachvollziehbar, warum der Gesetzeswortlaut nicht unmittelbar auf die Förderrichtlinie verweist.

## 9 2. Verhältnis zu R 6.5 und R 21.5 EStR

**Echter Zuschuss:** Der INVEST-Zuschuss ist Zuschuss iSv. R 6.5 EStR (glA PAINTNER, DStR 2015, 1 [5]; BOXBERGER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2014, Anh. 2, AIFM-StAnpG, Rn. 406).

**Beteiligung im Betriebsvermögen:** Wird der Anteil, dessen Erwerb bezuschusst wurde, in einem BV gehalten, hat der Stpfl. (ggf. auch KapGes.) ein Wahlrecht, den Zuschuss als sofort erfolgswirksam zu behandeln oder die AK des bezuschussten WG um den Zuschuss zu kürzen (R 6.5 Abs. 2 EStR; s. dazu ausführl. § 5 Anm. 1620 ff.). Dieses Wahlrecht wird uE durch § 3 Nr. 71 nicht eingeschränkt (glA wohl BOXBERGER, GWB 2015, 23 [25]). Die StBefreiung ist daher auch dann zu gewähren, wenn der Stpfl. sein Wahlrecht dahingehend ausübt, dass die AK der Anteile gekürzt werden. Anderenfalls würde der Stpfl. den INVEST-Zuschuss bei Veräußerung nachversteuern. Eine StBefreiung des Veräußerungsgewinns, soweit er auf den Zuschuss entfällt, ist vom Wortlaut der Vorschrift nicht gedeckt. Der Zuschuss ist daher in jedem Fall in voller Höhe außerbilanziell vom Gewinn abzuziehen, und zwar im Jahr der Vereinnahmung (s. Anm. 16; vgl. auch BOXBERGER, GWB 2015, 23 [25]). Dies gilt ungeachtet § 3 Nr. 40 und § 8b KStG. Bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns sind dann für die Anwendung von § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a und des § 8b KStG die um den Zuschuss geminderten AK zugrunde zu legen. Bei KapGes. wirkt sich der INVEST-Zuschuss in diesem Fall nur bei der Ermittlung der pauschal nicht abziehbaren BA (§ 8b Abs. 3 Satz 1 KStG) aus.

**Beteiligung im Privatvermögen:** Wird der Anteil, dessen Erwerb bezuschusst wurde, in einem PV gehalten, ist R 21.5 EStR uE nicht anwendbar (aA BOXBERGER, GWB 2015, 23, 25; BOXBERGER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2014, Anh. 2, AIFM-StAnpG, Rn. 408; s. zu R 21.5 EStR § 21 Anm. 83). Die zwingende Kürzung von AK gem. R 21.5 EStR soll dadurch gerechtfertigt sein, dass bei VuV Einnahmen nur dann erfasst werden, wenn sie Gegenleistung für eine Nutzungsüberlassung sind (so OFD Düss. v. 13.1.1993, DB 1993, 303). Diese Überlegung gilt für Anteile an KapGes. nicht. Sowohl im Fall des – bei sog. Business Angels idR einschlägigen – § 17 als auch – seit 2009 – im Anwendungsbereich von § 20 werden neben laufenden Einkünften Wertsteigerungen

erfasst. Eine zwingende Kürzung der AK um den INVEST-Zuschuss würde die StBefreiung bei Beteiligung im PV weitgehend leerlaufen lassen. Im PV sind daher stets die ungekürzten AK anzusetzen, weil der Wortlaut von § 3 Nr. 71 auch im PV keine (partielle) StBefreiung des Veräußerungsgewinns zulässt. Ebenso wenig ist § 6b Abs. 10 anwendbar, weil dieser nur für Anteile an KapGes. im BV gilt (§ 6b Abs. 10 Satz 4 iVm. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, § 6c Abs. 1 Satz 1; aA BOXBERGER, *GWB* 2015, 23 [25]). Im Übrigen ist § 3 Nr. 71 im PV ohne Anwendungsbereich, weil der INVEST-Zuschuss im PV nicht unter eine Einkunftsart fällt, insbes. liegen mangels Leistungsbeziehung keine sonstigen Einkünfte (§ 22 Nr. 3) vor (insoweit glA BOXBERGER, *GWB* 2015, 23 [25]; BOXBERGER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, *KAGB*, 2014, Anh. 2, AIFM-StAnpG, Rn. 408).

Einstweilen frei.

10–11

## VI. Verfahrensfragen

12

Die FinBeh. haben das Vorliegen der Voraussetzungen von § 3 Nr. 71 in eigener Zuständigkeit zu prüfen. Bewilligungsbescheide des BAFA haben zwar keine Bindungswirkung. Es dürfte aber nichts dagegen sprechen, dass die FinBeh. einen Bewilligungs- oder Auszahlungsnachweis des BAFA als ausreichenden Beleg ansehen kann (so BReg. in BTDrucks. 18/3158, 79). Zu beachten ist jedoch, dass die StBefreiung nur an das Vorliegen der in § 3 Nr. 71 genannten Voraussetzungen anknüpft. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um sämtliche Voraussetzungen, die auch in der Förderrichtlinie enthalten sind. Fallen zB später Voraussetzungen weg, die in der Förderrichtlinie genannt sind, nicht jedoch in § 3 Nr. 71, kann die StBefreiung aus diesem Grund nicht versagt werden (s. Anm. 38). Kontrollmitteilungen der FinBeh. an das BAFA sind zwar im Grundsatz zulässig (vgl. § 31a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb, Nr. 2 AO), die FinBeh. sind jedoch nicht verpflichtet, ohne konkreten Anhaltspunkt im Hinblick auf die Voraussetzungen zu ermitteln, die nicht in § 3 Nr. 71 genannt sind (vgl. AEAO zu § 31a, Nr. 4.3).

Einstweilen frei.

13–15

**B. Erläuterungen zu Satz 1:  
Steuerfreiheit der aus einer öffentlichen Kasse  
gezählten Zuschüsse für den Erwerb eines Anteils  
an einer Kapitalgesellschaft**

16

**Öffentliche Kasse:** Es muss sich um Zuschüsse einer öffentlichen Kasse handeln. Zuwendungen Privater sind nicht erfasst.

**Gezahlter Zuschuss:** Es muss sich um einen Zuschuss handeln, dh. eine zweckgebundene Zuwendung, die nicht im Rahmen eines Leistungsaustauschverhältnisses gewährt wird. Ferner muss der Zuschuss gezahlt worden sein. Allein das Vorliegen der Bewilligungsvoraussetzungen (Satz 2) genügt nicht. Damit wird im Ergebnis sichergestellt, dass nur der INVEST-Zuschuss von der StBefreiung erfasst wird, selbst wenn § 3 Nr. 71 die Voraussetzungen der Förderrichtlinie nur partiell wiedergibt. Eine Auszahlung kann nur bewilligt werden,

wenn sämtliche der in der Förderrichtlinie genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Die StBefreiung greift zudem in dem VZ ein, in dem der Zuschuss ertragswirksam zu erfassen war bzw. im Fall der Kürzung von AK ertragswirksam zu erfassen gewesen wäre.

**Verwendungszweck:** Der Zuschuss muss für den Erwerb des Anteils an einer KapGes. gewährt werden. Während die Förderrichtlinie für den INVEST-Zuschuss vorsieht, dass die Anteile innerhalb einer Drei-Jahres-Frist voll am unternehmerischen Risiko des Unternehmens der KapGes. beteiligt sein müssen und zB Vorzugsaktien nicht gefördert werden können (vgl. Nr. 2 iVm. Anlage A Abschnitt I der Förderrichtlinie), spielt dies für die StBefreiung keine Rolle.

**Obergrenze:** Zuschüsse sind iHv. 20 % der AK, höchstens jedoch iHv. 50 000 € befreit. Dies orientiert sich an der investorenbezogenen Obergrenze der Förderrichtlinie (Nr. 4.3 und 5). Nach der Förderrichtlinie sind unmittelbare und mittelbare Beteiligungen zusammenzurechnen (Nr. 4.3). Für Zwecke von § 3 Nr. 71 ist es hingegen unerheblich, ob der Stpfl. Anteile unmittelbar und mittelbar über KapGes. hält. Vielmehr können sowohl der Stpfl. selbst als auch die KapGes. die StBefreiung in Anspruch nehmen. Ein mögliches Missbrauchspotential wird dadurch begrenzt, dass der Zuschuss tatsächlich gezahlt worden sein muss, was nur unter den Voraussetzungen der Förderrichtlinie erfolgen wird. Die Befreiung kann in jedem Kj. erneut in Anspruch genommen werden. Nicht in § 3 Nr. 71 übernommen wurde die unternehmensbezogene Obergrenze von 200 000 €, dh., dass pro Unternehmen und Kj. lediglich Beteiligungen von insgesamt bis zu 1 Mio. € bezuschusst werden können (Nr. 4.3 und 5 der Förderrichtlinie).

17–20 Einstweilen frei.

### C. Erläuterungen zu Satz 2: Voraussetzungen für die Steuerfreiheit

21

#### I. Systematik

Ebenso wie die Förderrichtlinie differenziert Satz 2 zwischen unternehmensbezogenen Voraussetzungen (Buchst. b; vgl. Nr. 4.1 der Förderrichtlinie) und investorenbezogenen Voraussetzungen (Buchst. a, c und d; vgl. Nr. 4.2 der Förderrichtlinie). Die beteiligungsbezogenen Voraussetzungen (Obergrenzen; vgl. Nr. 4.3 der Förderrichtlinie) sind bereits in Satz 1 geregelt (s. Anm. 16). Auch insoweit hat der Gesetzgeber nicht sämtliche Voraussetzungen der Förderrichtlinie übernommen bzw. diese nicht hinreichend präzisiert. Ein etwaiger Missbrauch der StBefreiung dürfte allerdings praktisch wiederum dadurch ausgeschlossen sein, dass der Zuschuss tatsächlich gezahlt worden sein muss, wofür die (weitergehenden) Voraussetzungen der Förderrichtlinie erfüllt sein müssen.

22

#### II. Unternehmensbezogene Voraussetzungen

**Höchstalter (Buchst. b Doppelbuchst. aa):** Die (mittelbar geförderte) KapGes. darf nicht älter als zehn Jahre sein, wobei das Datum der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister maßgeblich ist. Nach Nr. 4.1 iVm. Anlage A

Abschnitt II der Förderrichtlinie soll in Fällen der Fortführung eines bisherigen Unternehmens in einer neu gegründeten Gesellschaft das Gründungsdatum der Vorgängergesellschaft maßgeblich sein. Diese Anforderung ist uE im Wortlaut von § 3 Nr. 71 nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen. Ferner soll nach der Förderrichtlinie im Fall der Umwandlung einer PersGes. in eine KapGes. im Zuge der Anteilsausgabe die Ersteintragung der PersGes. maßgeblich sein. Dies dürfte aufgrund des Wortlauts von § 3 Nr. 71 nur im Fall des (handelsrechtl. identitätswahrenden) Formwechsels gelten.

**Unternehmensgröße (Buchst. b Doppelbuchst. bb und cc):** Die (mittelbar geförderte) KapGes. muss weniger als 50 Mitarbeiter (Vollzeitäquivalente) und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. € haben. Die Förderrichtlinie (Nr. 4.1 iVm. Anlage A Abschnitt III) verweist insoweit auf die Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betr. die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. EU 2003 Nr. L 124, 36). Obwohl namentlich die Begrifflichkeiten „Jahresumsatz“ und „Jahresbilanzsumme“ auch strechtl. definiert sind, sollte uE für Zwecke von § 3 Nr. 71 ebenfalls auf die Empfehlungen der Kommission zurückgegriffen werden. Anderenfalls wäre die Möglichkeit nicht auszuschließen, dass gewährte INVEST-Zuschüsse nicht stfrei gestellt werden können, weil aufgrund der stl. Vorgaben abweichende Zahlen ermittelt werden.

**Keine Börsennotierung (Buchst. b Doppelbuchst. dd):** Die KapGes. darf nicht börsennotiert sein und auch keinen Börsengang vorbereiten. Die Vorgabe, dass das Unternehmen auch nicht Tochterunternehmen eines börsennotierten Unternehmens werden soll (Nr. 4.1 der Förderrichtlinie), wurde nicht in § 3 Nr. 71 übernommen.

Einstweilen frei.

23–27

### III. Investorenbezogene Voraussetzungen

28

**Mindesthaltedauer (Buchst. a):** Die Anteile müssen mindestens drei Jahre gehalten werden. Nicht übernommen wurde die Anforderung von Nr. 4.2 der Förderrichtlinie, dass die (bezuschusste) Zuzahlung (Agio/Aufgeld) in die Kapitalrücklage während der Mindesthaltedauer nicht an den Investor ausbezahlt werden darf.

**Mindestalter (Buchst. c):** Im Einklang mit Nr. 4.2 der Förderrichtlinie müssen als Zuschussempfänger neben der GmbH auch mindestens die in Anhang I zu Art. 1 RL 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 (ABl. EU 2009 Nr. L 258, 20, sog. Einmann-GmbH-Richtlinie) genannten Gesellschaften erfasst sein, dh. nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EU gegründete Gesellschaften, die einer deutschen GmbH vergleichbar sind. Satz 2 Buchst. c ist insoweit europarechtskonform auszulegen.

**Kein Einsatz von Fremdkapital (Buchst. d):** Diese Vorgabe entspricht der Nr. 4.2 der Förderrichtlinie (aA HECHTNER, NWB 2014, 2834 [2835]). Die Förderrichtlinie spricht hier zum einen etwas unscharf von „eigenem Geld“, das der Zuwendungsempfänger für den Anteilserwerb einsetzen soll, erwähnt zum anderen aber auch ausdrücklich, dass er für den Anteilserwerb keine Kredite einsetzen darf. Der BRat hat in seiner Stellungnahme Bedenken geäußert, ob insoweit aufgrund der BFH-Rspr. zum sog. Zwei-Konten-Modell Gestaltungsspielräume bestehen (vgl. BTDrucks. 18/3158, 6). Zwar dürfte sich das nicht ausschließen lassen. Bei der Beurteilung, ob Fremdfinanzierung vorliegt, ist aber uE eine

subventionsrechtl. Betrachtungsweise zugrunde zu legen. Bedeutsamer scheinen indes Fälle der mittelbaren Fremdfinanzierung. Errichtet der Stpl. fremdfinanziert eine Beteiligungs-GmbH, die dann als Zuwendungsempfänger fungieren und den bezuschussten Anteil erwerben soll, ist § 3 Nr. 71 uE gleichwohl anzuwenden. Nach Satz 2 Buchst. d ist lediglich eine Fremdfinanzierung der bezuschussten Anteile untersagt, nicht hingegen der (nicht bezuschussten) Anteile an einer etwaigen Beteiligungs-GmbH. Auch die Förderrichtlinie deutet darauf hin, dass nur eine Fremdfinanzierung durch den Zuwendungsempfänger selbst, dh. die Beteiligungs-GmbH, schädlich ist, nicht jedoch durch deren Gesellschafter. Fraglich ist allerdings, wie sich das BAFA zu derartigen Fallgestaltungen positioniert. Sofern bei mittelbarer Fremdfinanzierung keine Förderung erfolgt, kommt eine mögliche StBefreiung nach § 3 Nr. 71 ohnehin nicht in Betracht.

29–31 Einstweilen frei.

32

#### IV. Maßgeblicher Zeitpunkt

**Rückgriff auf Förderrichtlinie:** Die Förderrichtlinie differenziert zwischen Voraussetzungen, die im Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen müssen, und Voraussetzungen, die bis zum Ende der Mindesthaltedauer (drei Jahre) eingehalten werden müssen. Mit Ausnahme der Mindesthaltedauer selbst, die notwendigerweise zeitraumbezogen ist, handelt es sich bei den in § 3 Nr. 71 Satz 2 genannten Voraussetzungen nach Nr. 4.1 und 4.2 der Förderrichtlinie um solche, die im Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen müssen. Dies muss uE auch für die betreffenden Voraussetzungen in § 3 Nr. 71 Satz 2 gelten. Namentlich sollte es für die Besteuerung nicht abweichend auf den Zeitpunkt der stl. Vereinnahmung ankommen.

**Börsennotierung:** Fraglich ist, ob ein späterer Börsengang schädlich sein kann. Dies ist uE nicht der Fall. Nach Nr. 4.1 der Förderrichtlinie dürfen die bezuschussten Anteile nur im Zeitpunkt der Antragstellung nicht börsennotiert sein und es darf kein Börsengang vorbereitet werden. Geschieht dies zu einem späteren Zeitpunkt, was bei einer Wachstumsfinanzierung nicht ungewöhnlich ist, ist dies unschädlich.

33–34 Einstweilen frei.

35

#### V. Weitere Voraussetzungen der Förderrichtlinie

Die Förderrichtlinie sieht weitere Voraussetzungen vor, die nicht in § 3 Nr. 71 übernommen wurden.

**Unternehmensbezogene Voraussetzungen (Nr. 4.1 der Förderrichtlinie):**

- kein Unternehmen in Schwierigkeiten gem. Mitteilung der EU-Kommission (2004/C244/02) bzw. VO Nr. 800/2008 (ABl. EU 2008 Nr. L 214, 3, sog. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung; vgl. Anlage A Abschnitt IV der Förderrichtlinie);
- bis zum Ende der Mindesthaltedauer (drei Jahre) Hauptsitz in der EU und mindestens eine Zweigniederlassung oder BS in Deutschland;
- Aufnahme der Geschäftstätigkeit spätestens ein Jahr nach Anteilsausgabe, danach bis zum Ende der Mindesthaltedauer (drei Jahre) fortlaufend wirtschaftlich – mit Gewinnerzielungsabsicht – aktiv, hauptsächlich in einer innovativen Branche (vgl. Anlage A Abschnitt VI und VII der Förderrichtlinie);

- Einsatz finanzieller Mittel für eine Geschäftstätigkeit in einer innovativen Branche spätestens zwei Jahre nach Anteilsausgabe;
- keine Verwendung der Mittel zum Ausgleich von Verlusten vorangegangener Jahre, zur Ablösung von Krediten des Investors an das Unternehmen oder zur Umwandlung von Nachrangdarlehen in Eigenkapital.

**Investorenbezogene Voraussetzungen (Nr. 4.2 der Förderrichtlinie):**

- Hauptwohnsitz in der EU bzw. Hauptsitz einer Beteiligungs-GmbH oder vergleichbaren Rechtsform in der EU und auch Hauptwohnsitz ihrer Gesellschafter in der EU;
- Anteilserwerb im eigenen Namen und für eigene Rechnung;
- Vorlage eines Business-Plans;
- Verfolgung einer realistischen Ausstiegsstrategie aus der Beteiligung am Unternehmen;
- kein Halten von Anteilen am Unternehmen vor Erwerb (bei Beteiligungs-GmbH oder vergleichbarer Rechtsform auch kein mittelbares Halten);
- kein verbundenes Unternehmen (bei Beteiligungs-GmbH oder vergleichbarer Rechtsform auch nicht mittelbar);
- keine Vereinbarung mit Dritten, die erworbenen Anteile zu einem späteren Zeitpunkt abzukaufen.

Einstweilen frei.

36–37

## VI. Nichtvorliegen bzw. Wegfall der Voraussetzungen und Rückzahlung 38

**Anteil im Betriebsvermögen:** Im BV ist grds. von BA und damit von sofort abziehbarem Aufwand auszugehen. Wurde der Zuschuss allerdings von den AK abgezogen (s. Anm. 9), sollte uE im Fall der Rückzahlung des Zuschusses auch eine entsprechende gegenläufige Korrektur der AK erfolgen.

**Anteil im Privatvermögen:** Geht man davon aus, dass § 3 Nr. 71 im PV keinen Anwendungsbereich hat (s. Anm. 9), kann der Wegfall von Voraussetzungen dafür – sei es nach § 3 Nr. 71 oder nach der Förderrichtlinie – keine stl. Auswirkungen haben. Insbesondere stellt die Rückzahlung keine WK oder Veräußerungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen oder gem. § 17 dar.

**Nichtvorliegen bzw. Wegfall von Voraussetzungen von § 3 Nr. 71:** Lagen die in § 3 Nr. 71 genannten Voraussetzungen im maßgeblichen Zeitpunkt nicht vor, ist die StBefreiung zu Unrecht gewährt worden. Bereits erlassene StBescheide sind im Rahmen der Korrekturvorschriften der AO zu korrigieren. Bei bestandskräftigen, aber noch nicht verjährten Bescheiden ist namentlich an § 172 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c sowie § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO zu denken. Fällt eine zeitraumbezogene Voraussetzung wie die Mindesthaltedauer (Satz 2 Buchst. a) weg, dh. veräußert der Stpfl. die Anteile vor Ablauf der Dreijahresfrist, liegt ein rückwirkendes Ereignis gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO vor (glA BOXBERGER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2014, Anh. 2, AIFM-StAnpG, Rn. 410). Die Rückzahlung des Zuschusses ist dann im VZ der Verausgabung voll abziehbare BA. § 3c Abs. 1 ist nicht anwendbar, weil die Ausgabe nicht in Zusammenhang mit einer stfreien Einnahme steht. Dies gilt uE auch dann, wenn der ursprüngliche Bescheid aus Verfahrensgründen (zB Festsetzungsverjährung) nicht mehr geändert werden kann.

**Nichtvorliegen bzw. Wegfall von Voraussetzungen der Förderrichtlinie, die nicht in § 3 Nr. 71 übernommen wurden:** Lagen Voraussetzungen der Förderrichtlinie, die nicht in § 3 Nr. 71 übernommen wurden (s. Anm. 35), zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht vor oder sind diese später weggefallen, bleibt die gewährte StBefreiung rechtmäßig. Entsprechende Bescheide dürfen unabhängig von Bestandskraft oder Verjährung insoweit nicht geändert werden. Allerdings ist die Rückzahlung des Zuschusses dann im Jahr der Verausgabung gem. § 3c Abs. 1 nicht abzichbare BA. Es liegt ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit einer stfreien Einnahme vor.