OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-750540/5/Sr/BR

Datum:
Linz, 30. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde der X W, geb. x, StA C, vertreten durch Rechtsanwalt Ing. Mag. K H, L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 20. März 2018, GZ: Pol18-749, betreffend Abweisung eines Antrages auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte“ (selbständige Schlüsselkraft)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid behoben und der Beschwerdeführerin der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ (selbständige Schlüsselkraft) befristet für die Dauer von zwei Jahren erteilt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang

1. Mit Bescheid vom 20. März 2018, GZ: Pol18-749, wies die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung (im Folgenden: belangte Behörde) den Erstantrag der Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte“ (selbständige Schlüsselkraft) ab.

Begründend führt die belangte Behörde Folgendes aus:

„Sachverhalt / Verfahrensgang:

Sie haben 23.01.2018 bei der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ‚Rot-Weiß-Rot – Karte‘ (selbständige Schlüsselkraft) gemäß § 41 Abs 2 Z 4 NAG eingebracht.

Von Seiten der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung wurde das Arbeitsmarktservice Oberösterreich (AMS) um Erstattung eines Gutachtens gemäß § 24 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) ersucht.

Das AMS führte in seinem Gutachten vom 16.02.2018, eingelangt bei der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung am 20.02.2018, aus, dass im Hinblick auf § 24 AuslBG der Transfer von Investitionskapital in der Höhe von Euro 100.000,- nicht ersichtlich ist und die Einzahlung des Stammkapitals von Euro 70.000 nicht als Investitionskapital zählt. Bei der Zahl der Schaffung von neuen Arbeitsplätzen ist daher in Analogie ebenfalls davon auszugehen, dass für die Schaffung der Arbeitsplätze Euro 100.000 investiert werden müssen. Euro 100.000 sind ca. die Kosten, die für die Schaffung von 4 Vollzeitarbeitsplätzen anfallen. Laut den Ausführungen im Geschäftsplan ist 2018 bis 2019 lediglich die Schaffung von 1 Arbeitsplatz (1 Generalmanager) und 2020 ein weiterer Arbeitsplatz (1 Absatzmanager) geplant. Im Geschäftsplan fehlen auch Angaben, woher Frau Wang die Arbeitskräfte rekrutieren will, da Arbeitskräfte mit dieser Qualifikation am inländischen Arbeitsmarkt kaum vorhanden sein werden. Die Anwerbung dieser Arbeitskräfte aus C und Schaffung von 2 Arbeitsplätzen für Arbeitskräfte, die sich derzeit in C aufhalten, begründet jedenfalls keinen gesamtwirtschaftlichen Nutzen. Des Weiteren führt das AMS in seinem Gutachten aus, dass nicht ersichtlich ist, dass die Tätigkeit als selbständige Schlüsselkraft für die Region von Bedeutung ist. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn die Erwerbstätigkeit über das eigenbetriebliche, auf Gewinn ausgerichtete Interesse, kommunalen Nutzen für eine Wirtschaftsregion hat. Dies sei bei der geplanten Tätigkeit nicht der Fall. Zusammenfassend kommt das AMS zu dem Schluss, dass auf Grund der vorliegenden Unterlagen in der beabsichtigten Tätigkeit von Frau Wang kein gesamtwirtschaftlicher Nutzen iSd § 24 AuslBG erkannt werden kann.

Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 20.02.2018 wurde Ihnen dieses Gutachten des AMS zur Kenntnis gebracht und Ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt.

Mit Schreiben vom 19.03.2018, eingebracht durch Ihre rechtsfreundliche Vertretung haben Sie dazu wie folgt Stellung genommen:
‚Gemäß § 24 Abs. 1 AuslBG werden Ausländerinnen als selbständige Schlüsselkräfte zugelassen, wenn ihre beabsichtigte Erwerbstätigkeit insbesondere hinsichtlich des damit verbundenen Transfers von Investitionskapital in der Höhe von mindestens € 100.000 oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen von gesamtwirtschaftlichem Nutzen ist oder zumindest eine Bedeutung für eine Region hat. Voraussetzung für die Gewährung des Aufenthaltstitels „selbständige Schlüsselkraft“ ist also, dass die beabsichtigte Erwerbstätigkeit von gesamtwirtschaftlichen Nutzen oder zumindest von Bedeutung für eine Region ist, wobei das Gesetz in Transfer von Investitionskapital in der Höhe von mindestens € 1.000,00 oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen ein Indiz für einen gesamtwirtschaftlichen Nutzen oder zumindest eine Bedeutung für eine Region sieht. Der Gesetzgeber stellt gemäß § 24 AuslBG darauf ab, dass ein zusätzlicher Impuls für die Wirtschaft zu erwarten ist. Dieser Impuls muss durch die selbständige Tätigkeit des Fremden bewirkt werden (VwGH, 2008/22/0382). Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist die Behörde an das Gutachten der zuständigen Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice nicht gebunden. Die abschließende Beurteilung kommt der Niederlassungsbehörde zu (VwGH, 2008/22/0030 und Ra 2017/22/0035)). Diese hat nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens auf der Grundlage der vorliegenden Beweisergebnisse selbständig zu beurteilen, ob die beabsichtigte Erwerbstätigkeit von gesamtwirtschaftlichen Nutzen ist oder zumindest Bedeutung für eine Region hat. Im Fall einer erst jüngst aufgenommenen oder erst beabsichtigten Tätigkeit ist eine Prognoseentscheidung zu treffen, wobei des dem Antragsteller obliegt, entsprechende Unterlagen vorzulegen, die eine realistische Abschätzung der zukünftigen Unternehmensentwicklung zulassen (VwGH, 2008/22/0809). Mit der Einzahlung von Stammkapital allein kann noch kein Transfer von Investitionskapital iSd § 24 AuslBG nachgewiesen werden (VwGH, RA 2016/22/0027). Wie ich bereits in dem als Beilage zu meinem Antrag vorgelegten Geschäftsplan ausgeführt habe, habe ich für die beabsichtigte selbständige Erwerbstätigkeit extra die H G GmbH mit eigenen, aus C stammenden finanziellen Mitteln gegründet und diese mit einem Stammkapital von € 70.000 ausgestattet, obwohl das Mindeststammkapital nur € 35.000 betragen hätte. Die H G GmbH wurde mit Beschluss des LG Linz vom 17.10.2017 unter der FN x mit dem Sitz in der politischen Gemeinde W eingetragen. Neben dem Stammkapital habe Ich auf das Gesellschaftskonto aus eigenen, aus C stammenden Mitteln € 30.000 eingezahlt, sodass der H GmbH bereits nach Abschluss der Gründungsphase über € 100.000 zur Durchführung der beabsichtigten Geschäftstätigkeit zur Verfügung stehen. Ich bin Alleingesellschafterin und alleinige Geschäftsführerin der H G GmbH, die mir zur Ausübung meiner selbständigen Erwerbstätigkeit dient. Die beabsichtigte Geschäftstätigkeit besteht insbesondere darin, Wein aus der Region Burgenland direkt von den Winzern anzukaufen, diesen in Österreich zwischenzulagern, um den Transport von C zu organisieren, anschließend den Wein nach C zu exportieren und dort über mein Unternehmen Henan H Y J GmbH zu vertreiben, das gegenwärtig über einen Flagshipstore und 10 Direktverkauf-Läden verfügt. Wein aus der Region Burgenland, Insbesondere Rotwein der Sorte Blaufränkisch, wird in C wegen seiner Qualität und Geschmacksrichtung geschätzt. Laut meinem Businessplan sollen im ersten Jahr Weine aus der Region Burgenland im Umfang von € 85.000,00, im 2. Jahr (2019) im Umfang von € 185.000,00 im 3. Jahr (2020) im Umfang von € 218.000,00 und in den Folgejahren jeweils um 5 % mehr als im Vorjahr gekauft und exportiert werden. Neben dem Verkauf der Weine im Flagshipstore und in den Direktverkauf-Läden werden die Weine aus der Region auf Messen und Veranstaltungen beworben und präsentiert, was einen

zusätzlichen touristischen und damit wirtschaftlichen Impuls für diese Region bedeutet. Durch die beabsichtigten Umsätze, die meiner Erfahrung nach realistisch sind, und die Bewerbung der Region profitieren nicht nur einzelne Weinbauern in der Region, sondern auch die Region Burgenland als Ganzes, da die Betriebe Investitionen tätigen und Arbeitsplätze schaffen werden, die ohne die beabsichtigten Umsätze unterbleiben würden. Sowohl der Generalmanager als auch der Absatzmanager sollen aufgrund der sprachlichen Barriere aus Österreich kommen und die reibungslose Zusammenarbeit mit Lieferanten, die Zwischenlagerung der Weine und den Export nach C garantieren. Es werden daher laut Geschäftsplan neben meiner Tätigkeit als Geschäftsführer 2 Arbeitsplätze unmittelbar und durch die Umsätze mit Waren aus der Region Burgenland weitere Arbeitsplätze mittelbar geschaffen. Wenn sich die Umsätze wie beabsichtigt entwickeln, ist die Errichtung bzw. der Erwerb oder die Anmietung eines Zwischenlagers in der nahen Zukunft erforderlich, um den eingekauften Waren zwischenzulagern und je nach Bedarf nach C zu exportieren. Auch wenn nach der Rechtsprechung des VwGH mit der Einzahlung von Stammkapital allein noch kein Investitionskapital nachgewiesen werden kann, so stellen jedenfalls die beabsichtigten Umsätze, die mit eigenen finanziellen und aus C stammenden Mitteln bewerkstelligt werden, einen zusätzlichen wirtschaftlichen Impuls für die Wirtschaft in der Region Burgenland dar, der wiederum zu Investitionen und zur Schaffung neuer Arbeitsplätze führt. Über einen Zeitraum von z.B. 10 Jahren würden über 2 Millionen Euro in die Region fließen. Würde man der Ansicht des AMS folgen, dass nur Investitionen z.B. in Anlagevermögen, Betriebseinrichtung, usw. und die Beschäftigung von Mitarbeitern durch die Antragstellerin dem Erfordernis des § 24 AuslBG entsprechen, so würde jedem Handelsunternehmen der Zugang zum beantragten Aufenthaltstitel unmöglich gemacht werden, selbst wenn er durch den Handel mit Waren unmittelbar wesentlich mehr Investitionskapital und Arbeitsplätze schafft, als z.B. derjenige, der eine Lagerhalle, ein Büro, oder dergleichen um mehrere hunderttausend Euro errichtet
Beweis:
meine Verantwortung
E-Mail der WKO Burgenland, G W, vom 16.03.2018, die eine Stärkung der Region Burgenland am asiatischen Markt durch die beabsichtigte selbständige Erwerbstätigkeit positiv sieht bereits vorgelegte Urkunden
Es wird daher gestellt der Antrag, die BH Urfahr-Umgebung möge meinem Antrag auf Gewährung der Aufenthaltsbewilligung als selbständige Schlüsselkraft Folge zu geben. '

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus dem durchgeführten Ermittlungsverfahren, insbesondere aus den, Ihrem Antrag beigefügten Unterlagen.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:
Gemäß § 41 Abs 2 Z 4 NAG kann Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltstitel "Rot-Weiß-Rot - Karte" erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und ein Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 24 AuslBG vorliegt. Ist das Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice in einem Verfahren über den Antrag zur Zulassung im Fall des § 24 AuslBG negativ, ist nach § 41 Abs 4 zweiter Satz NAG der Antrag ohne weiteres abzuweisen.

Gemäß § 24 AuslBG hat die nach der beabsichtigten Niederlassung der selbständigen Schlüsselkraft zuständige Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice binnen drei Wochen das im Rahmen des fremdenrechtlichen Zulassungsverfahrens gemäß § 41 NAG erforderliche Gutachten über den gesamtwirtschaftlichen Nutzen der Erwerbstätigkeit,

insbesondere hinsichtlich des damit verbundenen Transfers von Investitionskapital in der Höhe von mindestens Euro 100.000 und/oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen zu erstellen. Vor der Erstellung dieses Gutachtens ist das Landesdirektorium anzuhören.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zur gesetzlichen Anordnung gemäß § 41 Abs 4 NAG, wonach bei Vorliegen eines negativen Gutachtens im Sinne des § 24 AuslBG der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als selbstständige Schlüsselkraft abzuweisen ist, ausgeführt, dass dies - bei verfassungskonformer Interpretation der maßgeblichen Bestimmungen - nicht bedeutet, dass das Gutachten durch den Antragsteller nicht entkräftet oder widerlegt werden könnte oder die Behörde an ein unschlüssiges Gutachten gebunden wäre. Vielmehr gilt auch in Bezug auf die Würdigung dieses Beweismittels, dass die in § 45 AVG verankerten allgemeinen Verfahrensgrundsätze der materiellen Wahrheit, der freien Beweiswürdigung und des Parteiengehörs uneingeschränkt Anwendung finden (VwGH 19.12.2012, 2012/22/0176, VwGH 10.12.2013, 2013/22/0200).

Nach ständiger Rechtsprechung ergibt sich aus der Bestimmung des § 24 AuslBG, dass für die Beurteilung, ob eine beabsichtigte selbständige Tätigkeit zur Stellung als Schlüssel kraft führt, der gesamtwirtschaftliche Nutzen der Erwerbstätigkeit maßgeblich ist. Bei der Beurteilung, ob ein derartiger gesamtwirtschaftlicher Nutzen vorliegt, ist insbesondere zu berücksichtigen, ob mit der selbständigen Erwerbstätigkeit ein Transfer von Investitionskapital verbunden ist und/oder ob die Erwerbstätigkeit der Schaffung von neuen oder der Sicherung von gefährdeten Arbeitsplätzen dient. Der Gesetzgeber stellt also darauf ab, ob ein zusätzlicher Impuls für die Wirtschaft zu erwarten ist (ua VwGH 19.11.2014, 2012/22/0102; VwGH 3.10.2013, 2012/22/0057).

Im gegenständlichen Fall liegt ein negatives Gutachten des AMS Oberösterreich vor. Wie oben bereits angeführt, ist die NAG-Behörde an das Gutachten der zuständigen Landesgeschäftsstelle des AMS nicht gebunden. Vielmehr hat die NAG Behörde die Schlüssigkeit des Gutachtens zu prüfen und dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, ein negatives Gutachten zu entkräften oder zu widerlegen.

Das AMS kommt in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass ein Transfer von Investitionskapital in der Höhe von Euro 100.000 nicht ersichtlich ist. In Ihrer Stellungnahme führen Sie dazu aus, dass Sie ein Stammkapital in der Höhe von Euro 70.000 und darüber hinaus Euro 30.000 auf das Gesellschaftskonto einbezahlt haben.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann allein durch die Einzahlung von Stammkapital noch kein Transfer von Investitionskapital iSd § 24 AuslBG nachgewiesen werden (vgl. ua. VwGH 17.04.2013, 2010/22/0204) selbst die einmalige Überweisung von Euro 30.000 führt nicht zu einem maßgeblichen Transfer von Investitionskapital nach Österreich (siehe auch VwGH 13.3.2007, 2004/18/0393 [bzgl € 20.000]; VwGH 18.3.2014, 2013/22/0172 [bzgl € 30.000]; VwGH 19.11.2014, 2012/22/0102 [bzgl € 40.000]), da diese Summe nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ausreicht um von Impulsen für die österreichische Wirtschaft zu sprechen.

Wie schon im negativen Gutachten des AMS angeführt ist geplant, neben Ihrer Tätigkeit zwei weitere Arbeitsplätze zu schaffen. In Ihrer Stellungnahme haben Sie diese Angaben dahingehend konkretisiert, dass diese beiden Arbeitskräfte in Österreich rekrutiert werden sollen.

Hierbei kann jedoch keinerlei gesamtwirtschaftliches Interesse erblickt werden, zumal nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (ua. VwGH 03.10.2013, 2012/22/0057) nicht einmal die Beschäftigung von fünf Arbeitnehmern zur Qualifizierung der Tätigkeit als Schlüsselkraft führen kann; ein derartiges Beschäftigungsangebot trägt nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung nur unwesentlich zur Schaffung neuer und Sicherung bestehender Arbeitsplätze bei.

Hinsichtlich der Frage, ob die geplante Tätigkeit als selbständige Schlüsselkraft für die Region von Bedeutung ist, haben Sich Ihre Angaben nicht wesentlich von denen, die dem AMS bei Erstellung des Gutachtens Vorlagen geändert. Neu ist die Tatsache, dass von Seiten der Wirtschaftskammer Burgenland, Gremium des Weinhandels, eine Stellungnahme dahingehend abgegeben wurde, dass das Landesgremium des Weinhandels der WK Burgenland zusätzliche Abnahmepotenziale für Wein burgenländischer Herkunft positiv sieht und eine Stärkung der Region Burgenland am asiatischen Markt ebenfalls als vorteilhaft einzustufen ist.

Dass die geplante Erwerbstätigkeit einen über das eigenbetriebliche auf Gewinn ausgerichtete Interesse Nutzen hat, kann nicht gesehen werden.

Es ist Ihnen somit nicht gelungen, das für die Behörde schlüssig und nachvollziehbare Gutachten des Arbeitsmarktservice Oberösterreich zu entkräften und zu widerlegen.

Aus diesem Grund war Ihr Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ‚Rot-Weiß-Rot – Karte' auch abzuweisen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde der rechtsfreundlich vertretenen Bf vom 16. April 2018, worin Folgendes ausgeführt wird:

„1. Verletzung von Verfahrensvorschriften
Obwohl das ‚Gutachten' des AMS vom 16.02.2018 gem. § 24 AuslBG ausschließlich aufgrund des Antrages auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ‚Rot-Weiß-Rot-Karte' und der damit vorgelegten Urkunden erstellt wurde und dieses rechtsirrig davon ausgeht, dass die Tätigkeit als selbstständige Schlüsselkraft für die Region nur dann von Bedeutung ist, wenn die Erwerbstätigkeit über das eigenbetriebliche, auf Gewinn ausgerichtete Interesse kommunalen Nutzen für eine Wirtschaftsregion hat, hat die BH Urfahr-Umgebung dieses dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegt, ohne dem AMS T die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19.03.2018 zur Ergänzung des Gutachtens vorzulegen oder mangels eigener Fachkenntnis die Einholung eines Gutachtens zur Klärung der Frage

einzuholen, ob die beabsichtigte Erwerbstätigkeit von gesamtwirtschaftlichem Nutzen ist oder zumindest eine Bedeutung für eine Region hat.

Ein Gutachten ist ein begründetes Urteil eines Sachverständigen über eine Zweifelsfrage. Es enthält Darstellungen von Erfahrungssätzen und die Ableitung von Schlussfolgerungen für die tatsächliche Beurteilung eines Geschehens oder Zustands. Der Sachverständige muss bei Sachfragen zunächst Tatsachen feststellen und danach ggf. Schlussfolgerungen ziehen. Ein Gutachten muss vollständig und nachvollziehbar sein.

Das Schreiben des AMS T vom 16.02.2018 erfüllt nicht die Anforderungen an ein Gutachten, da sich dieses weder umfassend noch im Detail mit dem vorgelegten Geschäftsplan auseinandersetzt, weshalb Tatsachen unzureichend festgestellt und darauf basierend unrichtige Schlüsse gezogen wurden.

Dadurch ist das Ermittlungsverfahren mangelhaft geblieben und hat die Behörde Beweise vorgreifend gewürdigt, indem sie von vornherein davon ausgegangen ist, dass die Stellungnahme des AMS T die Kriterien eines Gutachtens erfüllt und sich das Gutachten des AMS T auch nach Kenntnis der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19.03.2018 nicht geändert hätte.

Hätte die BH Urfahr-Umgebung die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19.03.2018 dem AMS T mit dem Auftrag zur Erstellung eines Ergänzungsgutachtens übermittelt oder - mangels eigener Fachkenntnis - ein Gutachten zur Klärung der Frage eingeholt, ob die beabsichtigte Erwerbstätigkeit von gesamtwirtschaftlichen Nutzen ist oder zumindest eine Bedeutung für die Region hat, dann wäre die Behörde zu einem anderen Ergebnis gelangt, nämlich, dass die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 AuslBG vorliegen. Folglich hätte die Behörde dem Antrag stattgegeben.

2. Inhaltliche Rechtswidrigkeit
Gem. § 24 Abs. 1 AuslBG werden Ausländer/innen als selbständige Schlüsselkräfte zugelassen, wenn ihre beabsichtigte Erwerbstätigkeit insbesondere hinsichtlich des damit verbundenen Transfers von Investitionskapital in der Höhe von mindestens € 100.000,00 oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen von gesamtwirtschaftlichen Nutzen ist oder zumindest eine Bedeutung für eine Region hat.

Voraussetzung für die Gewährung des Aufenthaltstitels ‚selbständige Schlüsselkraft' ist also, dass die beabsichtigte Erwerbstätigkeit von gesamtwirtschaftlichen Nutzen oder zumindest von Bedeutung für eine Region ist, wobei das Gesetz in Transfern von Investitionskapital in der Höhe von mindestens € 100.000,00 oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen ein Indiz für einen gesamtwirtschaftlichen Nutzen oder zumindest eine Bedeutung für eine Region sieht.

Der Gesetzgeber stellt gem. § 24 AuslBG darauf ab, dass ein zusätzlicher Impuls für die Wirtschaft zu erwarten ist. Dieser Impuls muss durch die selbständige Tätigkeit des Fremden bewirkt werden (VwGH, 2008/22/0382).

Im Fall einer erst jüngst aufgenommenen oder erst beabsichtigten Tätigkeit ist eine Prognoseentscheidung zu treffen, wobei es dem Antragsteller obliegt, die entsprechenden

Unterlagen vorzulegen, die eine realistische Abschätzung der künftigen Unternehmensentwicklung zu lassen (VwGH, 2008/22/0809).

Mit der Einzahlung von Stammkapital allein kann noch kein Transfer von Investitionskapital im Sinne des § 24 AuslBG nachgewiesen werden (VwGH, Ra 2016/22/0027).

Wie ich bereits in dem als Beilage zu meinem Antrag vorgelegten Geschäftsplan ausgeführt habe, habe ich für die beabsichtigte selbständige Erwerbstätigkeit extra die H G GmbH mit eigenen, aus C stammenden finanziellen Mitteln gegründet und diese mit einem Stammkapital von €70.000,00 ausgestattet, obwohl das Mindeststammkapital nur € 35.000,00 betragen hätte. Die H G GmbH wurde mit Beschluss des LG Linz vom 17.10.2017 unter der FN x mit dem Sitz in der politischen Gemeinde W eingetragen. Neben dem Stammkapital habe ich auf das Gesellschaftskonto aus eigenen, aus C stammenden Mitteln € 30.000,00 eingezahlt, sodass der H G GmbH bereits nach Abschluss der Gründungsphase über € 100.000,00 zur Durchführung der beabsichtigten Geschäftstätigkeit zur Verfügung stehen. Ich bin Alleingesellschafterin und alleinige Geschäftsführerin der H G GmbH, der ich mir zur Ausübung meiner selbständigen Erwerbstätigkeit bediene.

Die beabsichtigte Geschäftstätigkeit besteht insbesondere darin, Wein aus der Region Burgenland direkt von den Winzern anzukaufen, diesen in Österreich zwischenzulagern, um den Transport nach C zu organisieren, anschließend den Wein nach C zu exportieren und dort über mein Unternehmen H H Y J GmbH zu vertreiben, das gegenwärtig über einen Flagshipstore und 10 Direktverkauf-Läden verfügt. Wein aus der Region Burgenland, insbesondere Rotwein der Sorte Blaufränkisch, wird in C wegen seiner Qualität und Geschmacksrichtung geschätzt.

Laut meinem Geschäftsplan sollen im ersten Jahr Weine aus der Region Burgenland im Umfang von € 85.000,00, im 2. Jahr (2019) im Umfang von € 185.000,00, im 3. Jahr (2020) im Umfang von €218.000,00 und in den Folgejahren jeweils um 5 % mehr als im Vorjahr gekauft und exportiert werden.

Neben dem Verkauf der Weine im Flagshipstore und in den Direktverkauf-Läden werden die Weine aus der Region auf Messen und Veranstaltungen beworben und präsentiert, was einen zusätzlichen touristischen und damit wirtschaftlichen Impuls für diese Region bedeutet.

Durch die beabsichtigten Umsätze, die meiner Erfahrung nach realistisch sind, und die Bewerbung der Region profitieren nicht nur die Weinbauern in der Region, sondern auch die Region Burgenland als Ganzes, da die Betriebe Investitionen tätigen und Arbeitsplätze schaffen werden, die ohne die beabsichtigten Umsätze unterbleiben würden.

Sowohl der Generalmanager als auch der Absatzmanager sollen aufgrund der sprachlichen Barriere aus Österreich kommen und die reibungslose Zusammenarbeit mit Lieferanten, die Zwischenlagerung der Weine und den Export nach C garantieren. Es werden daher laut Geschäftsplan neben meiner Tätigkeit als Geschäftsführer 2 Arbeitsplätze unmittelbar und durch die Umsätze mit Waren aus der Regionen Burgenland weitere Arbeitsplätze mittelbar geschaffen.

Wenn sich die Umsätze wie beabsichtigt entwickeln, ist die Errichtung bzw. der Erwerb oder die Anmietung eines Zwischenlagers in der nahen Zukunft erforderlich, um den eingekauften Waren zwischenzulagern und je nach Bedarf nach C zu exportieren.

Auch wenn nach der Rechtsprechung des VwGH mit der Einzahlung von Stammkapital allein noch kein Investitionskapital nachgewiesen werden kann, so stellen jedenfalls die beabsichtigten Umsätze, die mit eigenen finanziellen und aus C stammenden Mitteln bewerkstelligt werden, einen zusätzlichen wirtschaftlichen Impuls für die Wirtschaft in der Region Burgenland dar, der wiederum zu Investitionen und zur Schaffung neuer Arbeitsplätze führt. Über einen Zeitraum von z.B. 10 Jahren würden über 2 Millionen Euro in die Region fließen.

Würde man der Ansicht des AMS T folgen, dass nur Investitionen z.B. in Anlagevermögen, Betriebseinrichtung, usw. und die Beschäftigung von Mitarbeitern dem Erfordernis des § 24 AuslBG entsprechen, so würde jedem Handelsunternehmen der Zugang zum beantragten Aufenthaltstitel unmöglich gemacht werden, selbst wenn er durch den Handel mit Waren mittelbar wesentlich mehr Investitionskapital und Arbeitsplätze schafft, als z.B. derjenige, der eine Lagerhalle, ein Büro, odgl. um mehrere hunderttausend Euro errichtet.

Ziel der von mir gegründeten H G GmbH ist die Förderung der sozialen Globalisierung und der wirtschaftlichen Entwicklung der Länder Österreich und C, das gegenseitige Verständnis zwischen den Völkern, die Erweiterung des Horizontes der beiden Völker, die Versorgung des chinesischen Marktes mit hochwertigen Produkten des Landes Österreich sowie dem Land Österreich die Möglichkeit zu geben, die Entwicklung der österreichischen Wirtschaft durch Beziehungen mit C zu fördern.

Die Bedeutung des c Marktes und die Förderung der Beziehungen zwischen den beiden Ländern wurden zuletzt durch den österreichischen Bundespräsidenten, den Bundeskanzler und der österreichischen Wirtschaftsdelegation unterstrichen.

Laut Geschäftsplan werde ich durch die von mir gegründete H GmbH die Zusammenarbeit mit österreichischen Unternehmen, die österreichische Qualitätsprodukte produzieren und vertreiben, insbesondere Rotwein aus dem Burgenland, verstärken, wobei ich für den Import nach C, für die Abwicklung der formalen Abfertigungsmodalitäten der von mir gegründeten H G GmbH bediene.

Die importierten Produkte und deren Erzeuger sowie das Land der Herkunft werden durch die Ausstellung der importierten Lebensmittel in C sowie auf internationalen Ausstellungen bekanntgemacht, wodurch die Wertschätzung und der Bekanntheitsgrad gesteigert werden, wodurch sich wiederum die Nachfrage nach diesen Produkten und der Umsatz mit diesen Produkten steigern wird.

Durch die beabsichtigte regelmäßige Einladung von Kunden, den Ort des Ursprungs (insbesondere die Region Burgenland) zu besuchen, werden der kulturelle Austausch und der Tourismus gefördert, was jedenfalls eine wesentliche Bedeutung für die Entwicklungsregion Burgenland hat.

Nach den Angaben der American Food Industrie A wird der Absatz importierter Lebensmittel in C um 15 % steigen. Bis zum Jahr 2018 wird C der weltweit größte Verbraucher von importieren Lebensmitteln sein und wird die Inlandsmarktgröße von importieren Lebensmitteln 480 Mrd. Y erreichen.

H Y J errichtet in 5 Jahren ein solides globales Netzwerk des Einkaufens und Lieferkettensystems und wählt die besten Produkte aus den wichtigsten Ländern der Welt aus, wobei es sich bei einem dieser Produkte um Rotwein aus dem Burgenland handelt, der in C aufgrund der hohen Qualität und des guten Geschmackes gefragt ist.

Durch mein Unternehmen in C, die H H Y J GmbH, die derzeit über 10 Direktverkauf-Läden und einen Flagshipstore betreibt, ist der Absatz der von Österreich nach C importierte Rotwein aus der Region Burgenland gewährleistet und kann durch das bestehende Filialnetz und meinen Kontakten in C zu Kunden burgenländischer Rotwein und die Region Burgenland bekanntgemacht und vermarktet werden, wodurch insbesondere für die Region Burgenland ein über meine wirtschaftlichen Interessen hinausgehender bedeutender Nutzen besteht.

Mit all diesen Argumenten hat sich die BH Urfahr-Umgebung entweder gar nicht oder nur oberflächlich auseinandergesetzt, was durch die Aussage ‚Dass die geplante Erwerbstätigkeit einen über das eigenbetriebliche auf Gewinn ausgerichtete Interesse Nutzen hat, kann nicht gesehen werden.' untermauert wird.

Die Behörde übersieht einerseits, dass § 24 Abs. 1 AuslBG entweder einen gesamtwirtschaftlichen Nutzen oder zumindest eine Bedeutung für eine Region durch die beabsichtigte Erwerbstätigkeit voraussetzt, wobei es sich um zwei alternative Tatbestandsmerkmale handelt.

Bei gesamtheitlicher Betrachtung der von mir beabsichtigten selbständigen Erwerbstätigkeit laut Geschäftsplan und meiner Stellungnahme vom 19.03.2018 hat diese nicht nur eine Bedeutung für die Region Burgenland, sondern darüber hinaus einen gesamtwirtschaftlichen Nutzen, weshalb dem Antrag stattzugeben gewesen wäre.

Es wird daher gestellt der

Antrag
das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge meiner Beschwerde Folge geben, eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchfuhren und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass meinem Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ‚Rot-Weiß-Rot- Karte' stattgegeben wird."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde unter Anschluss des bezughabenden Verwaltungsaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich per Schreiben vom 25. April 2018 zur Entscheidung vorgelegt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 Abs. 2 NAG). Gemäß Art 135 Abs. 1 erster

Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

4. Mit Schriftsatz vom 24. August 2018 teilte die Bf dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit, dass der H G GmbH nach wie vor € 100.000,- zur Verfügung stehen würden, da die GmbH noch keine Tätigkeit entfaltet und die Bf als Geschäftsführerin noch kein Gehalt bezogen habe. Der Mietvertrag über die Wohnung in P sei aufrecht und sei die Bf an dieser Adresse gemeldet. Die Bf habe Linz als Sitz der H G GmbH gewählt, zumal sich Bekannte und Freunde der Bf in Linz und Umgebung befinden würden.
Die Geschäfte der Bf umfassen neben dem Handel von Wein und Lebensmitteln auch den Handel (Import und Export) von Textilwaren, Kunstglas und weiterer österreichischer Qualitätsprodukte.

5. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde zur Entscheidung übermittelten Verfahrensakt samt zugehörigem Vorlageschreiben, das Beschwerdevorbringen sowie den ergänzenden Schriftsatz der Bf.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter den Punkten I.1. und I.2. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt und folgenden Ergänzungen aus:

Die Bf ist c Staatsbürgerin und verfügt über einen bis 12. August 2025 gültigen Reisepass mit der Nummer x.

Am 18. Oktober 2017 wurde die von der Bf gegründete H G GmbH mit Sitz in W, x 13, in das Firmenbuch mit der Nummer x eingetragen. Die Bf stattete das Unternehmen aus eigenen aus C stammenden finanziellen Mitteln mit einem Stammkapital in der Höhe von € 70.000,- aus und überwies am 19. Jänner 2017 zudem einen Betrag in der Höhe von etwa € 36.000,- auf das Gesellschaftskonto.

Die beabsichtigte Geschäftstätigkeit der G H GmbH besteht im Handel mit österreichischen Qualitätsprodukten, insbesondere Wein aus der Region Burgenland. Dieser soll - nach dem Vorbringen der Bf - direkt von den Winzern angekauft und in Österreich zwischengelagert werden, um den Transport nach C zu organisieren. Anschließend soll der Wein nach C exportiert werden, um über das Unternehmen der Bf, H H Y J GmbH, vertrieben zu werden. Dieses verfügt gegenwärtig über einen Flagshipstore sowie zehn Direktverkaufsläden.

Dem Geschäftsplan der G H GmbH ist zu entnehmen, dass im ersten Jahr (2018) ein Umsatz in der Höhe von € 85.000,-, im zweiten Jahr (2019) ein Umsatz in der Höhe von € 185.000,- und im dritten Jahr (2020) ein Umsatz in der Höhe von € 218.000,- erwartet wird. Darüber hinaus sollen in den ersten drei Jahren

insgesamt zwei zusätzliche Arbeitsplätze (Generalmanager und Absatzmanager) geschaffen werden, welche die Bf mit österreichischen Arbeitskräften zu besetzen beabsichtigt.

Ihrer Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme vom 19. März 2018 legte die Bf ein E-Mail der Wirtschaftskammer Burgenland, Gremium des Weinhandels, bei, wonach eine Stärkung der Region Burgenland am asiatischen Markt als vorteilhaft einzustufen sei. Das Landesgremium des Weinhandels der Wirtschaftskammer Burgenland sehe prinzipiell zusätzliche Abnahmepotenziale für Wein burgenländischer Herkunft positiv.

Die Bf ist Alleingesellschafterin und alleinige Geschäftsführerin der H G GmbH. Aus ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin bezieht die Bf ein durchschnittliches monatliches Netto-Einkommen in der Höhe von etwa € 2.399,45.

Die Bf ist Mieterin einer in P, x, gelegenen Wohnung, bestehend aus Garderobe, Flur, WC, Abstellraum, Wohnraum samt Essplatz, Küche, Bad und WC, Schlafzimmer, Schrankraum, Kinderzimmer und Terrasse, wo sie mit Nebenwohnsitz gemeldet ist. Der monatliche Mietzins beträgt € 1.200,-.

Die Bf legte ein Prüfungszeugnis des G Instituts vor, wonach sie am 14. Juli 2017 die Prüfung auf Niveaustufe A1 positiv absolviert hat.

II.

Der relevante Sachverhalt ist unstrittig.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, sofern durch Bundes- oder Landesgesetz nichts anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrages von der Durchführung einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen. Da der entscheidungswesentliche Sachverhalt bereits nach der Aktenlage hinreichend geklärt war und in der Beschwerde ausschließlich Rechtsfragen aufgeworfen wurden, zu deren Lösung auch im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist, konnte von der Durchführung der beantragten öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

III. Rechtliche Beurteilung

1.1. Die für das gegenständliche Verfahren maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018, lauten auszugsweise wie folgt:

„Allgemeine Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel

§ 11. (1) Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nicht erteilt werden, wenn
1. gegen ihn ein aufrechtes Einreiseverbot gemäß § 53 FPG oder ein aufrechtes Aufenthaltsverbot gemäß § 67 FPG besteht;
2. gegen ihn eine Rückführungsentscheidung eines anderen EWR-Staates oder der Schweiz besteht;
3. gegen ihn eine durchsetzbare Rückkehrentscheidung erlassen wurde und seit seiner Ausreise nicht bereits achtzehn Monate vergangen sind, sofern er nicht einen Antrag gemäß § 21 Abs. 1 eingebracht hat, nachdem er seiner Ausreiseverpflichtung freiwillig nachgekommen ist;
4. eine Aufenthaltsehe, Aufenthaltspartnerschaft oder Aufenthaltsadoption (§ 30 Abs. 1 oder 2) vorliegt;
5. eine Überschreitung der Dauer des erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalts im Zusammenhang mit § 21 Abs. 6 vorliegt oder
6. er in den letzten zwölf Monaten wegen Umgehung der Grenzkontrolle oder nicht rechtmäßiger Einreise in das Bundesgebiet rechtskräftig bestraft wurde.

(2) Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nur erteilt werden, wenn
1. der Aufenthalt des Fremden nicht öffentlichen Interessen widerstreitet;
2. der Fremde einen Rechtsanspruch auf eine Unterkunft nachweist, die für eine vergleichbar große Familie als ortsüblich angesehen wird;
3. der Fremde über einen alle Risken abdeckenden Krankenversicherungsschutz verfügt und diese Versicherung in Österreich auch leistungspflichtig ist;
4. der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen könnte;
5. durch die Erteilung eines Aufenthaltstitels die Beziehungen der Republik Österreich zu einem anderen Staat oder einem anderen Völkerrechtssubjekt nicht wesentlich beeinträchtigt werden;
6. der Fremde im Fall eines Verlängerungsantrages (§ 24) das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 Integrationsgesetz (IntG), BGBl. I Nr. 68/2017, rechtzeitig erfüllt hat, und
7. in den Fällen der §§ 58 und 58a seit der Ausreise in einen Drittstaat gemäß § 58 Abs. 5 mehr als vier Monate vergangen sind.

(3) Ein Aufenthaltstitel kann trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß Abs. 1 Z 3, 5 oder 6 sowie trotz Ermangelung einer Voraussetzung gemäß Abs. 2 Z 1 bis 7 erteilt werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, geboten ist. Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthalts und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen rechtswidrig war;
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens;
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens;
4. der Grad der Integration;
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Drittstaatsangehörigen;
6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit;
7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts;
8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Drittstaatsangehörigen in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

(4) Der Aufenthalt eines Fremden widerstreitet dem öffentlichen Interesse (Abs. 2 Z 1), wenn

1. sein Aufenthalt die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden würde oder
2. der Fremde ein Naheverhältnis zu einer extremistischen oder terroristischen Gruppierung hat und im Hinblick auf deren bestehende Strukturen oder auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld extremistische oder terroristische Aktivitäten derselben nicht ausgeschlossen werden können, oder auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass er durch Verbreitung in Wort, Bild oder Schrift andere Personen oder Organisationen von seiner gegen die Wertvorstellungen eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft gerichteten Einstellung zu überzeugen versucht oder versucht hat oder auf andere Weise eine Person oder Organisation unterstützt, die die Verbreitung solchen Gedankengutes fördert oder gutheißt.

(5) Der Aufenthalt eines Fremden führt zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft (Abs. 2 Z 4), wenn der Fremde feste und regelmäßige eigene Einkünfte hat, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen und der Höhe nach den Richtsätzen des § 293 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, entsprechen. Feste und regelmäßige eigene Einkünfte werden durch regelmäßige Aufwendungen geschmälert, insbesondere durch Mietbelastungen, Kreditbelastungen, Pfändungen und Unterhaltszahlungen an Dritte nicht im gemeinsamen Haushalt lebende Personen. Dabei bleibt einmalig ein Betrag bis zu der in § 292 Abs. 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe unberücksichtigt und führt zu keiner Erhöhung der notwendigen Einkünfte im Sinne des ersten Satzes. Bei Nachweis der Unterhaltsmittel durch Unterhaltsansprüche (§ 2 Abs. 4 Z 3) oder durch eine Haftungserklärung (§ 2 Abs. 1 Z 15) ist zur Berechnung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten nur der das pfändungsfreie Existenzminimum gemäß § 291a der Exekutionsordnung (EO), RGBl. Nr. 79/1896, übersteigende Einkommensteil zu berücksichtigen. In Verfahren bei Erstanträgen sind soziale Leistungen nicht zu berücksichtigen, auf die ein Anspruch erst durch Erteilung des Aufenthaltstitels entstehen würde, insbesondere Sozialhilfeleistungen oder die Ausgleichszulage.

(6) Die Zulässigkeit, den Nachweis einer oder mehrerer Voraussetzungen des Abs. 2 Z 2 und 4 mit einer Haftungserklärung (§ 2 Abs. 1 Z 15) erbringen zu können, muss ausdrücklich beim jeweiligen Aufenthaltszweck angeführt sein. [...]

Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“

§ 41. (2) Drittstaatsangehörigen kann ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
1. [...]
4. ein Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 24 Abs. 1 iVm Abs. 3 AuslBG, oder [...]
vorliegt. [...]

(4) [...] Ist das Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice in einem Verfahren über den Antrag zur Zulassung im Fall des § 24 AuslBG negativ, ist der Antrag ohne weiteres abzuweisen.

(5) Der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ ist für die Dauer von zwei Jahren auszustellen. Weist der Arbeitsvertrag im Falle des Abs. 1 oder Abs. 2 Z 1 bis 3 eine kürzere Dauer auf, ist der Aufenthaltstitel für einen um drei Monate über die Dauer des Arbeitsvertrags hinausgehenden Zeitraum, längstens jedoch für zwei Jahre auszustellen.“

1.2. Die hier relevanten Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 56/2018 lauten:

„Gutachten für selbständige Schlüsselkräfte und Start-up-GründerInnen

§ 24. (1) AusländerInnen werden als selbständige Schlüsselkräfte zugelassen, wenn ihre beabsichtigte Erwerbstätigkeit insbesondere hinsichtlich des damit verbundenen Transfers von Investitionskapital in der Höhe von mindestens € 100.000 oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen von gesamtwirtschaftlichem Nutzen ist oder zumindest eine Bedeutung für eine Region hat. [...]

(3) Für AusländerInnen nach Abs. 1 oder Abs. 2 hat die nach dem beabsichtigten Betriebssitz zuständige Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice binnen drei Wochen das im aufenthaltsrechtlichen Zulassungsverfahren gemäß § 41 NAG erforderliche Gutachten über das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen nach Abs. 1 oder Abs. 2 unter Anhörung des Landesdirektoriums zu erstellen. [...]“

2.1. Im vorliegenden Falls stützte die Bf ihren Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ auf § 41 Abs. 2 Z 4 NAG. Dieser sieht die Erteilung des intendierten Aufenthaltstitels vor, wenn die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllt werden und ein Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice nach § 24 Abs. 1 iVm Abs. 3 AuslBG vorliegt.

Die belangte Behörde stützte ihre abweisende Entscheidung im Wesentlichen auf den Umstand, dass die zuständige Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice ein negatives Gutachten erstellt habe und kein gesamtwirtschaftliches Interesse an der Tätigkeit der Bf bestehen würde.

Nach dem Wortlaut des § 41 Abs. 4 NAG ist der Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ ohne weiteres abzuweisen, wenn das Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice negativ ist. Dies bedeutet allerdings nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (bei verfassungskonformer Interpretation des § 24 AuslBG) nicht, dass das Gutachten durch den Antragsteller nicht entkräftet oder widerlegt werden kann oder dass die Niederlassungsbehörde an ein unschlüssiges Gutachten gebunden wäre. Vielmehr gilt auch in Bezug auf die Würdigung dieses Beweismittels, dass die in § 45 AVG verankerten allgemeinen Verfahrensgrundsätze der materiellen Wahrheit, der freien Beweiswürdigung und des Parteiengehörs uneingeschränkte Anwendung finden (vgl statt vieler etwa VwGH 17.04.2013, 2010/22/0204 mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 21. März 2017, Ra 2017/22/0027, festgehalten, dass einem entsprechenden Vorbringen der Antragstellerin (bzw der von ihr vorgelegten Unterlagen) die Eignung zukommen kann, damit – entgegen einem negativen Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice – die Erfüllung der Voraussetzungen des § 24 AuslBG darzulegen. Die Niederlassungsbehörde bzw das Landesverwaltungsgericht sind verpflichtet sich mit einem derartigen Vorbringen auseinanderzusetzen und dieses – ebenso wie das Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice – in seine Beweiswürdigung einzubeziehen. Die abschließende Entscheidung kommt daher der Niederlassungsbehörde bzw dem Verwaltungsgericht zu.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich aus § 24 AuslBG, dass für die Beurteilung, ob eine beabsichtigte selbständige Tätigkeit zur Stellung als Schlüsselkraft führt, der gesamtwirtschaftliche Nutzen der Erwerbstätigkeit maßgeblich ist. Bei der Beurteilung, ob ein solcher vorliegt, ist insbesondere zu berücksichtigen, ob mit der selbständigen Erwerbstätigkeit ein Transfer von Investitionskapital verbunden ist und/oder ob die Erwerbstätigkeit der Schaffung von neuen oder der Sicherung von gefährdeten Arbeitsplätzen dient. Der Gesetzgeber stellt also darauf ab, ob ein zusätzlicher Impuls für die Wirtschaft zu erwarten ist (vgl etwa VwGH 18.03.2014, 2013/22/0172; 19.11.2014, 2012/22/0102). Dieser Impuls muss jedenfalls durch die selbständige Tätigkeit des Fremden bewirkt werden. Dies bedeutet, dass die unternehmerischen Entscheidungen, die den zusätzlichen positiven Impuls für die Wirtschaft erwarten lassen, vom Fremden selbst getroffen werden müssen (VwGH 18.5.2006, 2005/18/0525). In diesem Zusammenhang judizierte der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung weiters, dass die Zahlung der Stammeinlage

grundsätzlich keinen Transfer von Investitionskapital iSd § 24 AuslBG darstellt (vgl etwa VwGH 19.04.2016, Ra 2016/22/0027, mwN).

Im gegenständlichen Fall ist die Bf Alleingesellschafterin und alleinige Geschäftsführerin der H G GmbH, weshalb ihr der maßgebliche Einfluss auf die Führung der Gesellschaft im Innenverhältnis zukommt. Die Bf ist demnach als selbständig Erwerbstätige anzusehen.

Der Verwaltungsgerichtshof führte in seiner Entscheidung vom 10. Mai 2016, Ra 2016/22/0023, aus, dass im Fall einer erst jüngst aufgenommenen Tätigkeit eine Prognoseentscheidung zu treffen ist, wobei es dem Antragsteller obliegt, entsprechende Unterlagen vorzulegen, die eine realistische Abschätzung der zukünftigen Unternehmensentwicklung zulassen. Da die Bf ihre selbständige Erwerbstätigkeit im Entscheidungszeitpunkt noch nicht aufgenommen hat, ist die zukünftige Unternehmensentwicklung anhand ihres Vorbringens, insbesondere ihres Geschäftsplans, zu prognostizieren.

Die Bf brachte vor, dass die beabsichtigte Geschäftstätigkeit der G H GmbH insbesondere im Handel mit burgenländischem Wein bestehe und dieser von dem Unternehmen direkt bei den Winzern angekauft und in Österreich zwischengelagert werden solle, um den Transport nach C zu organisieren. Die Bf beabsichtige den Wein in einem Flagshipstore sowie zehn Direktverkaufsläden ihres chinesischen Unternehmens H H Y J GmbH zu vertreiben.

Aufgrund des Handels mit österreichischen Weinen, insbesondere dem direkten Ankauf bei burgenländischen Winzern und dem Export der Güter nach C, ist von einem erheblichen Kapitalfluss nach Österreich auszugehen. Dem Geschäftsplan der G H GmbH ist insbesondere zu entnehmen, dass im ersten Jahr (2018) ein Umsatz in der Höhe von € 85.000,-, im zweiten Jahr (2019) ein Umsatz von € 185.000,- und im dritten Jahr (2020) ein Umsatz in der Höhe von € 218.000,- erwartet wird. Diese Einschätzungen erscheinen in Anbetracht der wirtschaftlichen Größe des chinesischen Unternehmens der Bf auch realistisch. In einem E-Mail vom 16. März 2018 führte die Wirtschaftskammer Burgenland, Gremium des Weinhandels, aus, dass sie zusätzliche Abnahmepotenziale für Wein burgenländischer Herkunft prinzipiell positiv werte und eine Stärkung der Region Burgenland am asiatischen Markt als vorteilhaft einstufe.

Wenngleich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes durch die Einzahlung von Stammkapital allein noch kein Transfer von Investitionskapital iSd § 24 AuslBG nachgewiesen werden kann (vgl etwa VwGH 19.04.2016, Ra 2016/22/0027, mwN), ist aufgrund der selbständigen Erwerbstätigkeit der Bf (insbesondere dem Export von burgenländischem Wein nach C) und dem prognostizierten Umsatz in den nächsten drei Jahren von einem erheblichen Kapitaltransfer von mehr als € 100.000,- nach Österreich und einer

Stärkung des burgenländischen Weinhandels auszugehen. Es liegt daher ein über das eigenbetriebliche, auf Gewinn ausgerichtete Interesse hinausgehender kommunaler Nutzen für die Wirtschaftsregion Burgenland vor. Der Bf ist es sohin gelungen - entgegen dem negativen Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice die Erfüllung der Voraussetzungen des § 24 AuslBG darzulegen.

Gemäß § 41 Abs. 2 iVm § 11 Abs. 2 Z 4 NAG darf der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ einem Fremden nur erteilt werden, sofern sein Aufenthalt zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führt. Dies ist nach § 11 Abs. 5 NAG dann der Fall, wenn der Fremde feste und regelmäßige eigene Einkünfte hat, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen und der Höhe nach den Richtsätzen des § 293 des ASVG entsprechen. Für die Bf beträgt der Richtsatz im Jahr 2018 € 909,42 monatlich.

Regelmäßige Aufwendungen (insbesondere Mietbelastungen) müssen gemäß § 11 Abs. 5 NAG zu den entsprechenden Ausgleichsrichtsätzen hinzugezählt werden, wobei einmalig ein Betrag bis zu der in § 292 Abs. 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe (Wert der vollen freien Station) unberücksichtigt bleibt, was bedeutet, dass Aufwendungen nur dann die Gesamtsumme der benötigten Unterhaltsmittel erhöhen, wenn der Betrag über diesem im Gesetz festgelegten Wert liegt.

Da der monatliche Mietaufwand von € 1.200,- den Wert der vollen freien Station in der Höhe von € 288,87 übersteigt, erhöht sich der für die Bf maßgebliche Richtsatz auf € 1.820,55 monatlich.

Als Geschäftsführerin der H G GmbH bezieht die Bf ein durchschnittliches monatliches Netto-Einkommen in der Höhe von etwa € 2.399,45. Da das errechnete Einkommen folglich den erforderlichen Richtsatz iSd § 11 Abs. 5 NAG iVm § 293 ASVG übersteigt, ist nicht von einer finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft auszugehen.

Zumal die Bf aufgrund ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Sozialversicherungspflicht unterliegt, verfügt sie auch über einen alle Risken abdeckenden Krankenversicherungsschutz in Österreich.

Angesichts des augenscheinlichen Vorliegens der übrigen Erteilungsvoraussetzungen des § 11 Abs. 2 NAG, erfüllt die Bf alle Bedingungen für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels. Hinweise auf das Vorliegen eines Erteilungshindernisses nach § 11 Abs. 1 NAG sind dem Akt nicht zu entnehmen.

Im Ergebnis war somit der Beschwerde stattzugeben, der angefochtene Bescheid aufzuheben und der Bf der beantragte Aufenthaltstitel zu erteilen. Die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels von zwei Jahren ergibt sich aus § 41 Abs. 5 NAG.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe die in dieser Entscheidung zitierte Judikatur des VwGH). Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Stierschneider