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-751167/2/MZ/SW

Datum:
Linz, 3. März 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde des N O, geboren am x 1975, StA Bosnien und Herzegowina, vertreten durch RA Mag. Dr. H B, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 7. Dezember 2020, GZ: BA-4-AEG/67559, betreffend Abweisung eines Zweckänderungsantrags auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs 1 NAG und Abweisung eines Verlängerungsantrags einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41 NAG

zu Recht:

I. Die Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 1 des angefochtenen Bescheides wird als unbegründet abgewiesen. Die Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als im Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides das Wort „abgewiesen“ durch das Wort „zurückgewiesen“ ersetzt wird.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 7. Dezember 2020, GZ: BA-4-AEG/67559, wurde der Zweckänderungsantrag auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung“ nach dem NAG (Spruchpunkt 1) und der Verlängerungsantrag hinsichtlich einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ nach dem NAG (Spruchpunkt 2) des nunmehrigen Beschwerdeführers (im Folgenden: Bf) abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass dem Bf erstmals am 23. Mai 2018 eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bewilligt worden sei, welche bis zum 23. Mai 2020 gültig gewesen sei. Dieser Aufenthaltstitel sei dem Bf aufgrund seiner beabsichtigten Tätigkeit als selbständige Schlüsselkraft aufgrund des vorgelegten Businessplans hinsichtlich des Unternehmens „O“ bewilligt worden. In diesem habe der Bf dargelegt, dass er Investitionen in Höhe von ca EUR 100.000,00 tätigen werde und er habe hierzu auch eine Bankbestätigung vorgelegt. Aufgrund dieses Umstandes habe ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen iSd § 24 AuslBG erkannt werden können.

Aufgrund des Umstandes, dass der Bf bereits seit zwei Jahren über eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ verfüge, könne diese gem § 41 NAG nicht mehr verlängert werden.

Eine Zweckänderung auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung“ gem § 43 NAG sei nicht möglich, da der Bf in den letzten zwei Jahren keine Tätigkeit gem § 24 Abs 1 AuslBG ausgeübt habe. Die Tätigkeit als selbständige Schlüsselkraft sei unter der Prämisse bewilligt worden, dass Investitionen iHv mindestens EUR 100.000,00 getätigt werden würden oder die Tätigkeit der Schaffung oder der Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen von gesamtwirtschaftlichen Nutzen diene. Aus den vom Bf vorgelegten Unterlagen bzw dessen Erklärung ergebe sich keine Investition iHv zumindest EUR 100.000,00 oder die Schaffung von neuen Arbeitsplätzen. Der Bf habe bis dato keinen Mitarbeiter eingestellt, da lediglich beabsichtigt sei, solch einen einzustellen.

Ferner seien von der Regierung erst Mitte März 2020 Maßnahmen zur Eindämmung von SARS-CoV-2 getroffen worden, bis zu diesem Zeitpunkt sei eine Führung der Geschäfte ohne Einschränkungen möglich gewesen. Bei Ausbruch der Pandemie sei der Bf bereits seit fast 2 Jahren selbständig gewesen. Ausführungen des Bf, dass er den geplanten Businessplan aufgrund der Maßnahmen der Regierung in Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie nicht erfüllen habe können, seien als reine Schutzbehauptungen zu werten, da bis zu diesem Zeitpunkt kein Mitarbeiter vom Bf angestellt worden sei und nicht annähernd EUR 100.000,00 investiert worden seien. Es entspreche nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass nach einer fast 2-jährigen Selbständigkeit, in welcher im Jahr 2019 lediglich ein Jahresgewinn von EUR 5.028,08 erzielt worden sei und bis dato keinerlei Investitionen nachgewiesen haben werden können, binnen 2 Monaten Mitarbeiter eingestellt oder EUR 100.000,00 investiert werden würden. Der Bf habe aufgrund

der vorgelegten Unterlagen in den letzten zwei Jahren keine Tätigkeit gem § 24 Abs 1 AuslBG ausgeübt.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf – durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter – mit Schreiben vom 7. Jänner 2021 rechtzeitig Beschwerde.
Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, dass er am 4. Mai 2020 fristgerecht einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gestellt habe. Er erhebt sämtliches erstinstanzliches Vorbringen zum integrierenden Bestandteil der Beschwerde und bei richtiger rechtlicher Würdigung hätte seinem Antrag gem § 43 NAG stattgegeben und ihm eine Niederlassungsbewilligung erteilt werden müssen. Die Rechtsansicht der belangten Behörde, den Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung mangels Tätigung von Investitionen iHv EUR 100.000,00 bzw mangels Schaffung oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen von gesamtwirtschaftlichen Nutzen abzuweisen, sei unrichtig. Das Gesetz sei nicht ordnungsgemäß angewendet worden.
Der Bf sei seit 2018 in Österreich selbständig tätig und habe ein erfolgreiches Unternehmen „O“ aufgebaut, eine Vielzahl an Kunden akquiriert und sich im Raum Linz einen Namen gemacht. Im ersten Jahr habe er leichte Anlaufschwierigkeiten gehabt, ab 2019 habe sein Unternehmen jedoch zu florieren begonnen. Zu seinen Kunden würden ua das Autohaus „K“, der Autohandel „T D“, das Autohaus „C-D“ als auch der „J“ gehören. Im Jänner sei ihm weiters eine Gewerbeberechtigung zum Vertrieb von biologischen Autoreinigungsprodukten erteilt worden. Der Großmarkt M in L habe bereits zugesichert, dass er demnächst einen Verkaufsstand für seine Produkte in der Filiale zur Verfügung gestellt bekomme. Es gebe bereits eine Vielzahl an Anfragen bezüglich seines innovativen Produktes. Aufgrund der Maßnahmen der Regierung zur Eindämmung von SARS-CoV-2 sei es zu einem Einbruch seiner Geschäfte gekommen. Autohäuser seien vorübergehend geschlossen worden und er habe seine Produkte nicht wie erwartet veräußern können. Auch habe er nicht wie geplant neue Mitarbeiter einstellen können. Der Bf habe daher seinen Businessplan nicht zur Gänze erfüllt. Es würden aber Gründe vorliegen, die seiner Einflusssphäre entzogen, unabwendbar oder unvorhergesehen gewesen seien.
Weiters Vorbringen im Zuge des Beschwerdeverfahrens behält sich der Bf vor.
Der Beschwerde wurde Folgendes beigefügt: Werbematerial des Unternehmens des Bf sowie ein Schreiben des Unternehmens „C-D“, in welchem dem Bf für die erwiesenen Dienste im Jahr 2020 gedankt und auf ein weiteres gutes Zusammenarbeiten im Jahr 2021 gehofft wird.

I.3. Mit Schreiben vom 18. Jänner 2021 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den bezughabenden Verwaltungsakt und die Beschwerde. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Ferner steht dem Entfall der Verhandlung weder Art 6 EMRK noch Art 47 GRC entgegen (vgl VwGH 15.6.2010, 2009/22/0347).

I.5. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S A C H V E R H A L T fest:

Der Bf ist am 10. Oktober 1975 geboren und Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina. Mit 23. Mai 2018 wurde ihm vom Magistrat Linz eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ iSd § 41 Abs 2 Z 4 NAG (nur selbständige Erwerbstätigkeit) ausgestellt, die bis 23. Mai 2020 gültig war.

Dieser Aufenthaltstitel wurde dem Bf aufgrund der beabsichtigten Tätigkeit als selbständige Schlüsselkraft aufgrund des vorgelegten Businessplans hinsichtlich des Unternehmens „O“ bewilligt. Im Gutachten des AMS OÖ vom 16. Mai 2018, GZ: LGSOÖ/Abt.9/GA12/2018, wird ausgeführt, dass im Businessplan des Bf Investitionen iHv ca EUR 100.000,00 (inkl Personalkosten für einen Buchhalter) plausibel begründet und auch ein Nachweis erbracht wurde, dass er über das Kapital iHv EUR 100.000,00 tatsächlich verfügt. Es konnte ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen iSd § 24 AuslBG erkannt werden.

Am 4. Mai 2020 stellte der Bf bei der belangten Behörde einen Antrag auf Verlängerung seiner „Rot-Weiß-Rot – Karte“.

Der Bf betreibt das Unternehmen „O“ (Gewerbeanmeldung im Jahr 2018), wobei bis dato keine Mitarbeiter angestellt wurden. Ein mit der Erwerbstätigkeit verbundener Transfer von Investitionskapital in der Höhe von mindestens EUR 100.000,00 hat seit Erteilung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ iSd § 41 Abs 2 Z 4 NAG nicht stattgefunden. Gegenteiliges wird selbst vom Bf nicht stichhaltig behauptet bzw nachgewiesen.

Zudem hat der Bf vor wenigen Monaten ein (weiteres) Gewerbe für den Verkauf von Bioprodukten zur Autoreinigung angemeldet. Aufgrund von SARS-CoV-2 ist das Gewerbe aber nicht vollständig realisiert. Zudem plant der Bf, in Österreich ein Vertreter für Bio-Reinigungsprodukte zu sein.

Aufgrund eines Vertrages (vom 27. März 2019) mit dem Autohaus „Seat K“ hat der Bf pro Monat 100 Autos geputzt und sauber gehalten. Zudem hat der Bf mit einigen Unternehmen zusammengearbeitet und Geschäftsbeziehungen aufgebaut. Aufgrund der „Corona-Krise“ war es nicht möglich, Verträge mit weiteren

Autohäusern zu unterschreiben. Wenn diese Verträge – in der Zukunft – unterschrieben sind, beabsichtigt der Bf Mitarbeiter einzustellen.

Die Umsatz- und Rentabilitätsplanung weist ein Betriebsergebnis bzw einen Gewinn nach Steuern für das Jahr 1 iHv EUR 7.773,00; für das Plan Jahr 2 iHv EUR 9.716,00 und das Plan Jahr 3 iHv EUR 12.145,00 aus. Die Positionen Personalkosten; Fremdleistungen; Abschreibungen; Leasing Maschinen; Reparaturen, Wartung; KFZ-Kosten: Benzin, Instandhaltung, Pflege; Sonstige Reisekosten; Betriebliche Versicherungen/Beiträge; Telefon/Fax/Internet/ Handy/Porto; Rechtsanwalts- und Beratungskosten sind jeweils mit EUR 0 beziffert. Lediglich die Positionen Umsatzerlöse; Waren-/Materialeinsatz; Miete einschließlich Nebenkosten; KFZ-Kosten: Leasing, Steuern, Versicherung; Werbekosten, Internet, Messen, Bewirtung; Buchführungs- und Steuerberatungskosten und Sonstige Kosten sind jeweils betragsmäßig beziffert.

Im Zeitraum von Juli 2018 bis September 2018 hat der Bf im Rahmen des Gewerbebetriebs „O“ einen durchschnittlichen Rohgewinn von monatlich ca EUR 2.375,00 erwirtschaftet. Im Zeitraum von Jänner 2019 bis August 2019 hat der Bf im Rahmen des Gewerbebetriebs „O“ ein durchschnittliches Einkommen von monatlich ca EUR 1.356,04 erwirtschaftet. Im Zeitraum von Jänner 2020 bis März 2020 hat der Bf im Rahmen des Gewerbebetriebs „O“ einen durchschnittlichen Rohgewinn von monatlich ca EUR 2.299,74 erwirtschaftet. Diese Daten wurden von der S KG bestätigt.

Die Bilanz 2019 weist einen Jahresgewinn iHv EUR 5.028,93 aus. Die Bilanz weist auf folgenden Konten betragsmäßige Bezifferungen auf: Vorsteuer aus i. g. Erwerb, Kassa, Umsatzsteuer aus i. g. Erwerb, Erlöse 0%, Wareneinkauf 20% (EUR 15,98), Wareneinkauf ig. Erwerb 20% (EUR 1.227,30), Mietaufwand unbew. WG 20%, Leasingaufwand bewegl. Wirtschaftsg., Werbung, sonstige betriebl. Aufwendungen und Privat.

Laut Saldenliste von 1. Jänner 2020 bis 30. Juni 2020 weist die Position Jahresgewinn EUR 7.175,68 auf. Diese Saldenliste weist auf folgenden Konten betragsmäßige Bezifferungen auf: Vorsteuer aus i. g. Erwerb, Kassa, Umsatzsteuer aus i. g. Erwerb, Erlöse 0% Kleinunternehmer, Hilfsstoffverbrauch, Mietaufwand unbew. WG 20%, GSVG, Kapital, Eröffnungsbilanzkonto.

Laut Saldenliste per 11. September 2020 weist die Position Jahresgewinn EUR 6.743,23 auf. Diese Saldenliste weist auf folgenden Konten betragsmäßige Bezifferungen auf: Vorsteuer aus i. g. Erwerb, Kautionen, Kassa, Umsatzsteuer aus i. g. Erwerb, Erlöse 0%, Wareneinkauf 20%, Wareneinkauf ig. Erwerb 20%, Werbung, Privat.

Der Bf hat einen Leasingvertrag iHv EUR 14.748,00 abgeschlossen (Datum der Gewährung: 2. Dezember 2019), wobei monatlich ab 31. Dezember 2019 bis 31. Dezember 2024 eine Rate fällig ist.

Im Rahmen einer Stellungnahme vom 20. Oktober 2020 ersuchte der Bf die Aufenthaltsbewilligung wie beantragt zu verlängern bzw eine Zweckänderung auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gem § 43 NAG zu bewilligen.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Beschwerde.

III. Rechtliche Grundlagen:

III.1. Das Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 146/2020, lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

1. [...]

11. Verlängerungsantrag: der Antrag auf Verlängerung des gleichen oder Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels (§ 24) nach diesem Bundesgesetz;

[...]

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. [...]

Verlängerungsverfahren

§ 24. (1) Verlängerungsanträge (§ 2 Abs. 1 Z 11) sind vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels, frühestens jedoch drei Monate vor diesem Zeitpunkt, bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen; § 23 gilt. Danach gelten Anträge als Erstanträge. Nach Stellung eines Verlängerungsantrages ist der Antragsteller, unbeschadet der Bestimmungen nach dem FPG, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig. Über die rechtzeitige Antragstellung kann dem Fremden auf begründeten Antrag eine einmalige Bestätigung im Reisedokument angebracht werden, die keine längere Gültigkeitsdauer als drei Monate aufweisen darf. Diese Bestätigung berechtigt zur visumfreien Einreise in das Bundesgebiet. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, Form und Inhalt der Bestätigung durch Verordnung zu regeln.
(2) [...]
(4) Mit einem Verlängerungsantrag (Abs. 1) kann bis zur Erlassung des Bescheides ein Antrag auf Änderung des Aufenthaltszwecks des bisher innegehabten Aufenthaltstitels oder auf Änderung des Aufenthaltstitels verbunden werden. Sind die Voraussetzungen für den beantragten anderen Aufenthaltszweck oder Aufenthaltstitel nicht erfüllt, ist darüber gesondert mit Bescheid abzusprechen und der bisherige Aufenthaltstitel mit dem gleichen Aufenthaltszweck zu verlängern, soweit die Voraussetzungen dafür weiterhin vorliegen.
[...]

Verfahren im Fall des Fehlens von Erteilungsvoraussetzungen für die Verlängerung eines Aufenthaltstitels

§ 25. (1) [...]
(3) Fehlen in einem Verfahren zur Verlängerung eines Aufenthaltstitels besondere Erteilungsvoraussetzungen des 2. Teiles, hat die Behörde den Antrag ohne weiteres abzuweisen.

[...]

Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“

§ 41. (1) Drittstaatsangehörigen kann ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles mit Ausnahme des § 11 Abs. 2 Z 2 erfüllen und eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 20d Abs. 1 Z 1 AuslBG vorliegt.

(2) Drittstaatsangehörigen kann ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles mit Ausnahme des § 11 Abs. 2 Z 2 erfüllen und

1. eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG,
2. eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 20d Abs. 1 Z 3 AuslBG,
3. eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 20d Abs. 1 Z 4 AuslBG,
4. ein Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 24 Abs. 1 iVm Abs. 3 AuslBG, oder
5. ein Gutachten der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 24 Abs. 2 iVm Abs. 3 AuslBG

vorliegt.

(3) [...]

(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.

[...]

„Niederlassungsbewilligung“

§ 43. (1) Drittstaatsangehörigen mit einem Aufenthaltstitel gemäß § 41 Abs. 2 Z 4 kann eine „Niederlassungsbewilligung“ erteilt werden, wenn sie

1. die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen, und
2. in den letzten zwei Jahren eine Tätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 AuslBG ausgeübt haben und diese weiter ausgeübt werden soll.

[...]“

III.2. Das Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl 218/1975 idF BGBl I 98/2020, lautet auszugsweise:

„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.
[...]“

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Zur Abweisung der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 1:

IV.1.1. Nach § 43 Abs 1 NAG kann Drittstaatsangehörigen mit einem Aufenthaltstitel gemäß § 41 Abs 2 Z 4 eine „Niederlassungsbewilligung“ erteilt werden, wenn sie (1.) die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen, und (2.) in den letzten zwei Jahren eine Tätigkeit gemäß § 24 Abs 1 AuslBG ausgeübt haben und diese weiter ausgeübt werden soll.

Zumal dem Bf mit 23. Mai 2018 vom Magistrat Linz eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ iSd § 41 Abs 2 Z 4 NAG (nur selbständige Erwerbstätigkeit) ausgestellt wurde, die bis 23. Mai 2020 gültig war, besteht die Möglichkeit, dass ihm eine Niederlassungsbewilligung nach § 43 Abs 1 NAG erteilt wird, wenn er die allgemeinen Voraussetzungen des 1. Teiles des NAG erfüllt und er in den letzten zwei Jahren eine Tätigkeit gemäß § 24 Abs 1 AuslBG ausgeübt hat und diese weiter ausgeübt werden soll.

Die Tätigkeit erfordert nicht eine neuerliche Erstellung eines Gutachtens nach § 24 AuslBG; vielmehr ist dieses (widerlegbare) Gutachten (vgl VwGH 3.4.2009, 2008/22/0880) nur iZm § 41 zu erstellen (vgl *Kind* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG[2] § 43 Rz 6).

IV.1.2. Der Bf hat in den letzten zwei Jahren keine Tätigkeit gem § 24 Abs 1 AuslBG ausgeübt. Denn iSd § 24 Abs 1 AuslBG wird man als selbständige Schlüsselkraft zugelassen, wenn die beabsichtigte Erwerbstätigkeit insb hinsichtlich des damit verbundenen Transfers von Investitionskapital in der Höhe von mindestens EUR 100.000,00 oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden Arbeitsplätzen von gesamtwirtschaftlichem Nutzen ist oder zumindest eine Bedeutung für eine Region hat. Der Gesetzgeber stellt also darauf ab, ob ein zusätzlicher Impuls für die Wirtschaft gegeben ist.

IV.1.2.1. Seit der Erteilung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ iSd § 41 Abs 2 Z 4 NAG an den Bf, hat im Rahmen der Erwerbstätigkeit des Bf kein damit verbundener Transfer von Investitionskapital in der Höhe von mindestens EUR 100.000,00 stattgefunden.

Dass ein Transfer von Investitionskapital in der Höhe von mindestens EUR 100.000,00 stattgefunden hat, wird selbst vom Bf nicht stichhaltig behauptet und kann demnach auch nicht belegt werden. Etwaige Saldenlisten bzw Nachweise über den Rohgewinn für bestimmte Zeiträume oder die Bilanz von 2019 (die gar nur einen Jahresgewinn von EUR 5.028,93 aufweist) vermögen nicht den Nachweis zu erbringen, dass ein Transfer von Investitionskapital in der Höhe von mindestens EUR 100.000,00 stattgefunden hat. Denn das Erzielen eines geringfügigen Gewinns stellt keinen Kapitaleinsatz iSd § 24 Abs 1 AuslBG dar.

Zwar wird der Bf für die Erbringung seiner Dienstleistungen (Autos putzen und sauber halten) auch bestimmte Materialien bzw Waren gekauft haben – etwa laut Bilanz von 2019 iHv etwas mehr als EUR 1.000,00. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Investitionen in Arbeitswerkzeug, Material und Kleinmaschinen selbst im Wert von mehreren „Zehntausend Euro“ nicht als maßgeblicher Transfer von Investitionskapital nach Österreich gewertet werden können (vgl VwGH 7.12.2016, Ra 2016/22/0092, Rs 1).

Ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen bzw zusätzlicher wirtschaftlicher Impuls muss materiell in Erscheinung treten, was insb in Gestalt eines Transfers von Investitionskapital aus dem Ausland nach Österreich zu geschehen hat (vgl VwGH 7.1.2020, Ra 2017/22/0215, Rs 2). Allein die Ausführung im Gutachten des AMS OÖ vom 16. Mai 2018, dass der Bf einen Nachweis erbracht hat, dass er über ein Kapital von EUR 100.000,00 verfügt, lässt nicht den Schluss eines tatsächlichen Transfers von Investitionskapital iHv EUR 100.000,00 zu, der im vorliegenden Fall nicht erblickt werden kann (vgl zur Rsp, dass mit einer Einzahlung von Stammkapital allein noch kein Transfer von Investitionskapital iSd § 24 AuslBG nachgewiesen werden kann VwGH 9.9.2020, Ra 2020/22/0170, Rs 2).

IV.1.2.2. Weiters hat der Bf bis dato keine Mitarbeiter in seinem Unternehmen eingestellt. Dies spiegelt sich auch in den vorgelegten Unterlagen wieder, da dort keine Kosten für unternehmensgegenständliches Personal ausgewiesen sind. Es wird vom Bf ohnehin lediglich in der Zukunft beabsichtigt, Mitarbeiter einzustellen.

Aber selbst wenn der Bf einige wenige (womöglich bloß geringfügig bzw in Teilzeit beschäftigte) Arbeitnehmer in seinem Unternehmen angestellt hätte, so trägt dies iSd Rsp zur Schaffung neuer oder Sicherung bestehender Arbeitsplätze in der Regel nur unwesentlich bei und begründet daher keinen gesamtwirtschaftlichen Nutzen einer Erwerbstätigkeit iSd § 24 AuslBG (vgl VwGH 9.12.2020, Ra 2020/22/0213, Rs 1 mwN).

Dass etwaige Einkommensbestätigungen des Bf von einer vom Bf verschiedenen Kommanditgesellschaft erstellt wurden, kann nicht als Sicherung bestehender Arbeitsplätze iSd § 24 Abs 1 AuslBG angesehen werden.

IV.1.2.3. Inwieweit die Tätigkeit bzw das Unternehmen des Bf eine Bedeutung für die Region iSd § 24 Abs 1 AuslBG gehabt hat bzw haben soll, vermag vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht erkannt zu werden.

IV.1.3. Auch der Umstand, dass der Bf zwei Gewerbe angemeldet hat, vermag keinen Transfer von Investitionskapital iSd § 24 AuslBG nachzuweisen.

IV.1.4. Sofern der Bf vermeint, dass es aufgrund der Maßnahmen der Regierung zur Eindämmung von SARS-CoV-2 zu einem Einbruch seiner Geschäfte gekommen sei, Autohäuser vorübergehend geschlossen worden seien und er seine Produkte nicht wie erwartet veräußern habe können und er nicht wie geplant neue Mitarbeiter einstellen habe können, ist auszuführen:

Bis zum Zeitpunkt der Einführung der Maßnahmen der Regierung bezüglich SARS-CoV-2 Mitte März 2020 war dem Bf seit Erteilung (23. Mai 2018) der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ iSd § 41 Abs 2 Z 4 NAG eine Führung von Geschäften uneingeschränkt möglich. Die Ausführungen in Zusammenhang mit den Maßnahmen bezüglich SARS-CoV-2 sind – wie von der belangten Behörde angenommen – als reine Schutzbehauptungen anzusehen, zumal auch davor (also knapp 2 Jahre) keine Mitarbeiter eingestellt wurden und auch keine Investitionen iSd § 24 Abs 1 AuslBG für diese Zeit nachgewiesen werden konnten.

IV.1.5. Auch der Umstand, dass der Bf Ende 2019 einen Leasingvertrag iHv EUR 14.748,00 abgeschlossen hat, bei dem monatlich seit 31. Dezember 2019 bis 31. Dezember 2024 eine Rate fällig ist, zeigt, dass er vielmehr auf fremdes Geld angewiesen ist bzw war, als einen Transfer von Investitionskapital iSd § 24 Abs 1 AuslBG zu veranlassen.

IV.1.6. Da der Bf in den letzten zwei Jahren keine Tätigkeit gemäß § 24 Abs 1 AuslBG ausgeübt hat (iSd § 43 Abs 1 Z 2 NAG), war die Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid in Hinblick auf dessen Spruchpunkt 1 als unbegründet abzuweisen.

IV.2. Zur Abweisung der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 2:

IV.2.1. Nach § 41 Abs 5 NAG ist der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für die Dauer von zwei Jahren auszustellen. Mit 23. Mai 2018 wurde dem Bf vom Magistrat Linz eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ iSd § 41 Abs 2 Z 4 NAG (nur selbständige Erwerbstätigkeit) ausgestellt, die bis 23. Mai 2020 gültig war.

Demnach hat der Bf bereits zwei Jahre über eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ verfügt, sodass diese nach § 41 NAG nicht mehr verlängert werden kann.

Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, demzufolge die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für selbständige Schlüsselkräfte – wie im vorliegenden Fall – für zwei Jahre ausgestellt wird. Wie bisher können Inhaber danach als Folgetitel die Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 beantragen (vgl ErläutRV 1523 BlgNR 25. GP 14).

IV.2.2. Zumal somit eine Verlängerung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ des Bf schon aus formalen Gründen nicht möglich war, war die Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides mit der Maßgabe als unbegründet abzuweisen, als im Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides das Wort „abgewiesen“ durch das Wort „zurückgewiesen“ zu ersetzen ist.

V. 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. 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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Zeinhofer