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-752723/8/MB/NIF

Datum:
Linz, 9. Jänner 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des X, geb. X, StA. X, vertreten durch Mag. Dr. S, L, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 5. Juli 2022, GZ: BA-4-00069094-01, betreffend die Abweisung eines Antrages auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte – Selbständige Schlüsselkraft“ gemäß § 41 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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 vom 5. Juli 2022, GZ: BA-4-00069094-01, wies der Bürgermeister der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) den Antrag des nunmehrigen Beschwerdeführers (im Folgenden: Bf) auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte – Selbständige Schlüsselkraft“ gemäß § 41 NAG ab.
Hinsichtlich des relevanten Sachverhaltes führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass im Zusammenhang mit dem Antrag des Bf vom Arbeitsmarktservice Oberösterreich ein Gutachten (Gutachten vom 30. März 2022) erstellt worden sei, welches insgesamt zu dem Ergebnis gekommen sei, dass kein gesamtwirtschaftlicher Nutzen vorliege.
Ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen der beabsichtigten Erwerbstätigkeit eines Ausländers könne nur dann angenommen werden, wenn diese einen wesentlichen über den betrieblichen Nutzen hinausgehenden zusätzlichen Impuls für die Wirtschaft erwarten lasse, etwa wegen Schaffung oder Sicherung mehrerer Arbeitsplätze oder erheblicher betrieblicher Investitionen. Angesichts des als gesamtwirtschaftlich bedeutsam erachteten Investitionskapitals von mindestens EUR 100.000,00 sei auch für die Alternativvoraussetzung, Schaffung bzw Sicherung von Arbeitsplätzen, von einem entsprechenden Äquivalent auszugehen. Das entspreche unter Einbeziehung der Lohnnebenkosten im Gastgewerbe einer Anzahl von mindestens 4 Vollarbeitsplätzen. Der Bf wolle als Gesellschafter der O OG tätig werden. Aus den Antragsangaben zu Beruf und Ausbildung bzw dem Businessplan gehe hervor, dass der Bf über keine abgeschlossene Ausbildung im Gastgewerbe, insbesondere über keine als Koch, verfüge. Nach Abschluss des Gymnasiums sei der Bf bisher als Verkaufsleiter und als Hauptgeschäftsführer der „X“ tätig gewesen, wobei nicht ersichtlich sei, dass es sich dabei um einen Gastgewerbebetrieb handle. Laut Businessplan solle er als Spezialitätenkoch eingesetzt werden. Aufgrund der fehlenden Qualifikation und adäquater Berufserfahrung könne nicht angenommen werden, dass er tatsächlich persönlich einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der X ausüben werde. Somit sei seine Tätigkeit nicht als selbständige Erwerbstätigkeit gemäß § 2 Abs 4 AuslBG anzusehen.
Im Businessplan werde davon gesprochen, dass im Jahr 2022 Investitionen von rund EUR 380.000,00 in den Betrieb in der X erfolgen sollten. Die Finanzierung erfolge über Eigenmittel der neuen Gesellschafter X und dem Bf sowie über eine Darlehensaufnahme von EUR 230.000,00. Der Bf verfüge laut vorgelegtem Kontoauszug über Eigenmittel von EUR 55.000,00, welche er in den Betrieb investieren könne, also wesentlich weniger als die mindestens erforderlichen EUR 100.000,00. Wegen seiner fehlenden Qualifikation im Gastgewerbe sei auch nicht anzunehmen, dass seine Tätigkeit mehrere Arbeitsplätze schaffen oder sichern werde bzw dass er ein Gastgewerbeunternehmen erfolgreich führen könne. Aufgrund dieser Umstände könne daher in der beabsichtigten Tätigkeit des Bf weder ein über das betriebliche Interesse hinausgehender gesamtwirtschaftlicher

Nutzen noch eine Bedeutung für eine Region im Sinne des § 24 Abs 1 AuslBG erkannt werden.
Mittels Parteiengehör vom 22. April 2022 sei dem Bf mitgeteilt worden, dass die gesetzlichen Bestimmungen für die Erteilung des verfahrensgegenständlichen Aufenthaltstitels nach § 41 NAG nicht erfüllt seien, woraufhin der Bf eine Stellungnahme eingebracht habe. Aufgrund der Stellungnahme sei am 25. Mai 2022 eine neuerliche Anfrage beim AMS mit dem Hinweis, die Stellungnahme des Bf zu berücksichtigen, erfolgt. Vom AMS sei ein weiteres Gutachten (Gutachten vom 31. Mai 2022) erstellt worden, welches insgesamt zu dem Ergebnis gekommen sei, dass weiterhin kein gesamtwirtschaftlicher Nutzen vorliege. Es erscheine nach wie vor nicht überzeugend, dass bei Fehlen einer gastronomischen Ausbildung und qualifizierten gastronomischen Praxis (derzeit arbeite der Bf laut Businessplan als Hilfskoch) tatsächlich dasselbe Mitspracherecht gegeben sein werde (also tatsächlich persönlich ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung ausgeübt werden würde) als bei den bereits vorhandenen Gesellschaftern mit mehrjähriger Branchenerfahrung und Kenntnissen in der Gastronomie. Selbst wenn man einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung annehmen würde, sei wegen der fehlenden qualifizierten gastronomischen Ausbildung und Praxis nicht anzunehmen, dass er ein Gastgewerbeunternehmen erfolgreich führen könne bzw durch seine Tätigkeit mehrere Arbeitsplätze schaffen könne. Bei den verfügbaren Eigenmitteln von EUR 55.000,00 die als Transferkapital zur Verfügung stehen würden, hätten sich keine Änderungen ergeben.
In rechtlicher Hinsicht führt die belangte Behörde aus, dass für die Erteilung des gegenständlichen Aufenthaltstitels ein Gutachten nach § 24 Abs 1 iVm Abs 3 AuslBG notwendig sei. AusländerInnen würden als selbständige Schlüsselkräfte zugelassen werden, wenn ihre beabsichtigte Erwerbstätigkeit insbesondere 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 sei oder zumindest eine Bedeutung für eine Region habe.
Vom AMS seien zwei Gutachten erstellt worden, welche zusammengefasst zu dem Ergebnis kommen würden, dass der Bf als Gesellschafter der X tätig werden möchte. Aus den Antragsangaben zu Beruf und Ausbildung bzw dem Businessplan gehe hervor, dass der Bf über keine abgeschlossene Ausbildung im Gastgewerbe, insbesondere über keine als Koche, verfüge. Nach Abschluss des Gymnasiums sei er bisher als Verkaufsleiter und als Hauptgeschäftsführer der „X“ tätig gewesen, wobei nicht ersichtlich sei, dass es sich dabei um einen Gastgewerbebetrieb handle. Laut Businessplan solle der Bf als Spezialitätenkoch eingesetzt werden. Aufgrund der fehlenden Qualifikation und adäquaten Berufserfahrung könne nicht angenommen werden, dass der Bf tatsächlich persönlich einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der X ausüben werde. Somit sei die Tätigkeit des Bf bei der X gemäß § 2 Abs 4 AuslBG nicht als selbständige Erwerbstätigkeit anzusehen. Im Businessplan werde davon gesprochen, dass im Jahr 2022

Investitionen von rund EUR 380.000,00 in den Betrieb in der X erfolgen sollten. Die Finanzierung erfolge über Eigenmittel der neuen Gesellschafter sowie über eine Darlehensaufnahme von EUR 230.000,00. Der Bf verfüge laut vorgelegtem Kontoauszug über Eigenmittel von EUR 55.000,00, welche er in den Betrieb investieren könne, also wesentlich weniger als die mindestens erforderlichen EUR 100.000,00. Wegen seiner fehlenden Qualifikation im Gastgewerbe sei auch nicht anzunehmen, dass seine Tätigkeit mehrere Arbeitsplätze schaffen oder sichern werde bzw dass er ein Gastgewerbeunternehmen erfolgreich führen könne. Da der Bf nicht die gastronomische Ausbildung habe, um in einem Gourmetrestaurant die Geschäftsführung zu übernehmen und keine Berufserfahrung in der Gastronomie habe, könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Tätigkeit des Bf mehrere Arbeitsplätze geschaffen werden würden und dadurch ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen für die Region geschaffen werde. Weil der Bf außerdem lediglich EUR 55.000,00 als Transferkapital zur Verfügung habe und dieser Betrag unter dem Mindestinvestitionsbeitrag von EUR 100.000,00 liege, erfülle der Bf die Voraussetzungen des § 41 Abs 2 Z 4 NAG nicht.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde. Darin wird im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf von November 2006 bis November 2013 Verkaufsleiter der Fa. X, in X, gewesen sei und seit Jänner 2014 bis dato Hauptgeschäftsführer bei der Fa. X, in X, (Aufgabenbereich Import/Export, allgemeiner Betrieb) sei. Der Bf würde als Geschäftsführer bei der X tätig werden wollen. Die X plane sei ungefähr drei Jahren die Eröffnung eines türkischen Gourmetrestaurants in Linz, welches in Oberösterreich einzigartig sein solle. Aufgrund der bisher erfolgreichen Führung des Restaurants „X“ durch die Geschäftsführung würden keine Zweifel bestehen, dass die bisherigen Gesellschafter die Erweiterung der X ernsthaft anstreben. Das Betreiben eines Gourmetrestaurants würde aber ein spezielles Know-How benötigen sowohl von der kulinarischen als auch von der betriebswirtschaftlichen Seite. Aufgrund der Erfahrungen des Bf als Geschäftsmann und seiner angelernten, betriebswirtschaftlichen Kenntnisse solle er Gesellschafter bei der X werden. Es dürfe nicht übersehen werden, dass das Gourmetrestaurant der X ua zahlreiche türkischstämmige Geschäftspartner haben werde, mit denen der Bf kooperieren werde. Der Bf werde befugt sein, die X nach außen zu vertreten. Er werde dasselbe Mitspracherecht haben, wie alle anderen Gesellschafter. Der Bf werde unter anderem für die Einkäufe und die operativen Geschäfte des Gourmetrestaurants in der X zuständig sein. Die belangte Behörde gehe zunächst davon aus, dass die Tätigkeit des Bf bei der X gemäß § 2 Abs 4 AuslBG nicht als selbständige Erwerbstätigkeit anzusehen sei. Diese Ansicht entbehre jeglicher Grundlage. Gemäß § 2 Abs 4 AuslBG müsse zunächst der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit beurteilt werden. Sollte es sich herausstellen, dass es sich bei der beabsichtigten Tätigkeit um Arbeitsleistungen handle, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden würden, so sei die Voraussetzung des § 2 Abs 4 zweiter Satz AuslBG zu überprüfen. Eine selbständige Tätigkeit liege nach dieser

Bestimmung dann vor, wenn der Ausländer einen wesentlichen Einfluss tatsächlich ausübt. Der Bf werde ua für die Einkäufe und die operativen Geschäfte (Personalwirtschaft, Controlling, Marketing, Preispolitik) des Gourmetrestaurants der O OG zuständig sein. Diese Tätigkeiten seien durchaus Geschäftsführungstätigkeiten, weshalb grundsätzlich die Prüfung eines wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung nicht vorgenommen werden müsste. Die belangte Behörde gehe in ihrem Bescheid implizit davon aus, dass es sich um keine Geschäftsführungstätigkeiten handeln würde, zumal sie sich unmittelbar auf § 2 Abs 4 zweiter Satz AuslBG beziehe. Allerdings hätte die belangte Behörde bereits aufgrund der beabsichtigten Tätigkeiten von einer selbständigen Tätigkeit ausgehen müssen. Ungeachtet dessen werde der Bf einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der X tatsächlich persönlich ausüben. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die belangte Behörde einen wesentlichen Einfluss nur deshalb ablehne, weil der Bf keine Qualifikation und keine adäquate Berufserfahrung habe. Zum einen werde dabei übersehen, dass der Bf von November 2006 bis November 2013 als Verkaufsleiter bei der Fa. X, in X, und seit Jänner 2014 bis dato Hauptgeschäftsführer bei der Fa. X, in X (Aufgabenbereich Import/Export, allgemeiner Vertrieb) sei. Er habe somit eine adäquate Berufserfahrung für die geplanten Tätigkeiten. Zum anderen hätten die jetzigen Gesellschafter die Aufnahme des Bf nicht akzeptiert, wenn er zur Mitgestaltung der X fachlich und persönlich nicht in der Lage wäre. Die zeugenschaftliche Einvernahme des namhaft gemachten Gesellschafters, Herrn X, habe die belangte Behörde nicht durchgeführt. Aus all diesen Gründen sei von einer selbständigen Tätigkeit des Bf auszugehen. Der Bescheid sei bereits aus diesem Grund rechtswidrig. In weiterer Folge schließe die belangte Behörde einen gesamtwirtschaftlichen Nutzen für die Region aus, zumal der Bf lediglich EUR 55.000,00 als Transferkapital zur Verfügung habe und nicht davon ausgegangen werden könne, dass er durch seine Tätigkeit mehrere Arbeitsplätze schaffen werde. Dabei werde übersehen, dass der Bf neben seinen Eigenmitteln iHv EUR 50.000,00 zusätzlich ein Darlehen iHv EUR 230.000,00 (gemeinsam mit Herrn X) bei der Bank aufnehmen werde. In Summe sei eine Gesamtinvestition von EUR 380.000,00 geplant. Bereits aus diesem Grund sei von einem gesamtwirtschaftlichen Nutzen auszugehen. Zusätzlich würden durch die Tätigkeit des Bf mindestens zehn neue Arbeitsplätze geschaffen werden, nämlich vier Arbeitnehmerinnen in der Küche, eine (evtl. zwei) Personen als AbwäscherInnen, vier Personen als Kellnerinnen und eine Reinigungskraft, weshalb auch deshalb von einem gesamtwirtschaftlichen Nutzen ausgegangen werden könne. Letztendlich sei die Eröffnung des Gourmetrestaurants für die Region sehr bedeutsam, zumal es in der Nähe kein türkisches Gourmetrestaurant gebe. Das Restaurant sei daher ein bedeutsamer Pullfaktor für die Region. Aus all diesen Gründen liege durch die geplante Tätigkeit in mehrfacher Hinsicht ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen vor. Zuletzt sei dem Beweisantrag des Bf betreffend die Einvernahme des Gesellschafters M B nicht nachgekommen worden.

I.3. Mit Schreiben vom 17. August 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2022 übermittelte der Bf eine Liste der im Unternehmen beschäftigen Arbeitnehmer, die sozialversicherungsrechtlichen Anmeldungen der jeweiligen Arbeitnehmer, einen Kreditvertrag über EUR 230.000,00 zwischen der X und der Bank sowie eine Bestätigung der Bank, wonach der Businessplan der X anlässlich der Kreditvergabe vorgelegt worden sei.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, die Beschwerde sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und Einholung zusätzlicher Unterlagen.

I.5. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf wurde am X geboren und ist X Staatsangehöriger.
Er stellte am 14. März 2022 einen Erstantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot-Karte als selbständige Schlüsselkraft“.

Der Bf soll – gemeinsam mit Herrn X – in Österreich als neuer Gesellschafter der X, FN X, beitreten. An der X sind derzeit Herr X, Herr X, Herr X und X als Gesellschafter und Geschäftsführer beteiligt. Die derzeitigen Geschäftsführer und Gesellschafter verfügen über mehrjährige Branchenerfahrung und Kenntnisse in der Gastronomie.

Die X betreibt derzeit die X in X, und plant die Eröffnung eines Gourmetrestaurants in X. Hierfür hat die X einen Kredit iHv EUR 230.000,00 bei der VKB Bank aufgenommen, wobei die Oberösterreichische Kreditgarantiegesellschaft m.b.H. eine 60 %-ige Ausfallshaftung übernimmt und die derzeitigen Geschäftsführer der X als Bürgen ausgewiesen sind. Der Bf und Herr X sollen nach Erteilung des verfahrensgegenständlichen Aufenthaltstitels ebenfalls als Bürgen für den Kredit bei der VKB Bank haften.

Der Bf soll nach Erteilung des verfahrensgegenständlichen Aufenthaltstitels und seiner Einreise nach Österreich planmäßig die Buchhaltung, den Einkauf und das Themenfeld „Marketing“ des Gourmetrestaurants übernehmen.
Der Bf hat in der Türkei in der Zeit von November 2006 bis November 2013 als Verkaufsleiter der Fa. X gearbeitet. Seit Jänner 2014 ist der Bf Hauptgeschäftsführer der Fa. X, die im Bereich des Getreidehandels angesiedelt ist. Der Bf verfügt über keine in Österreich anerkannte gastronomische Ausbildung oder anderweitige Erfahrungen im Gastgewerbe.

Der Bf verfügt über Eigenmittel iHv EUR 55.00,00.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, der Beschwerde und den Ausführungen des Zeugen M B im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung.

III. Gesetzliche Bestimmungen:

III.1. Die relevanten Normen des Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 153/2022 lauten:

„Niederlassung von Drittstaatsangehörigen
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 und 4 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 und 4 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,
3a. eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 20d Abs. 1 Z 6 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) Entscheidungen über die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte“ sind von der zuständigen Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde und der zuständigen Behörde gemäß §§ 20d oder 24 AuslBG unverzüglich, längstens jedoch binnen acht Wochen ab Einbringung des Antrages, zu treffen. Von der Einholung einer schriftlichen Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle oder eines Gutachtens der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice ist abzusehen, wenn der Antrag

1. wegen eines Formmangels oder Fehlens einer Voraussetzung gemäß §§ 19 bis 24 zurück- oder abzuweisen ist oder
2. wegen zwingender Erteilungshindernisse (§ 11 Abs. 1) abzuweisen ist.

(4) Erwächst die negative Entscheidung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice über die Zulassung in den Fällen des § 20d AuslBG in Rechtskraft, ist

das Verfahren ohne weiteres einzustellen. 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 3a 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.“

III.2. Die relevanten Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl I 218/1975 idF BGBl I 168/2022, 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.
(2) AusländerInnen werden als Start-up-GründerInnen zugelassen, wenn sie
1. die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage D angeführten Kriterien erreichen,
2. im Rahmen eines neu zu gründenden Unternehmens innovative Produkte, Dienstleistungen, Verfahren oder Technologien entwickeln und in den Markt einführen,
3. dazu einen schlüssigen Businessplan für die Gründung und den Betrieb des Unternehmens vorlegen,
4. wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung des geplanten Unternehmens tatsächlich persönlich ausüben und
5. Kapital für das zu gründende Unternehmen in der Höhe von mindestens € 30.000, davon zumindest die Hälfte Eigenkapital, nachweisen.
(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. Eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für selbständige Schlüsselkräfte kann gemäß § 41 Abs 2 Z 4 NAG iVm § 24 Abs 1 AuslBG erteilt werden, wenn die Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice in einem Gutachten feststellt, dass die beabsichtigte Erwerbstätigkeit dieser Person – insbesondere hinsichtlich des damit verbundenen Transfers von Investitionskapital in der Höhe von mindestens EUR 100.000 oder der Schaffung von neuen oder Sicherung von bestehenden

Arbeitsplätzen – von gesamtwirtschaftlichem Nutzen ist oder zumindest eine Bedeutung für eine Region hat.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich aus der oben wiedergegebenen Bestimmung des § 24 AuslBG, dass für die Beurteilung, ob eine beabsichtigte selbständige Tätigkeit zur Stellung als Schlüsselkraft führt, der gesamtwirtschaftliche Nutzen (bzw zumindest eine Bedeutung für die Region) 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 (vgl VwGH vom 14. Mai 2009, 2008/22/0129). Dieser Impuls muss jedenfalls durch die selbständige Tätigkeit des Fremden bewirkt werden (vgl etwa VwGH vom 20. Dezember 2007, 2004/21/0327).

Nach dem Wortlaut von § 41 Abs 4 ist der Antrag „ohne weiteres“ abzuweisen, wenn das Gutachten des AMS negativ ausfällt. Dies bedeutet allerdings nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (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 (VwGH 13. Oktober 2011, 2009/22/0109; 17. April 2013, 2010/22/0204 mwN).

IV.2. Im konkreten Fall hat sich die belangte Behörde dem negativen Gutachten des AMS angeschlossen und im Wesentlichen festgehalten, dass es nicht überzeugend erscheine, dass der Bf bei Fehlen einer gastronomischen Ausbildung und qualifizierten gastronomischen Praxis tatsächlich über dasselbe Mitspracherecht verfügen werde (also er tatsächlich persönlich einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben werde) wie die bereits vorhandenen Gesellschaftern mit mehrjähriger Branchenerfahrung und Kenntnissen in der Gastronomie. Selbst wenn man einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung annehmen würde, sei wegen der fehlenden qualifizierten gastronomischen Ausbildung und Praxis nicht anzunehmen, dass der Bf ein Gastgewerbeunternehmen erfolgreich führen könne bzw durch seine Tätigkeit mehrere Arbeitsplätze schaffen könne. Als Eigenmittel seien lediglich EUR 55.000,00 als Transferkapital nachgewiesen worden. Wegen der fehlenden Qualifikation des Bf im Gastgewerbe, könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Tätigkeit des Bf mehrere Arbeitsplätze geschaffen werden könnten und dadurch ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen für die Region geschaffen werden würde.

IV.3. Im Rahmen des durchgeführten Beweisverfahrens ist es dem Bf nicht gelungen, das Gutachten des AMS zu entkräften bzw zu widerlegen. Insbesondere konnte der Bf das erkennende Gericht nicht davon überzeugen, dass er die für eine erfolgreiche Gründung bzw Leitung eines Gourmetrestaurants notwendigen Voraussetzungen und Kenntnisse besitzt und er dadurch einen über den betrieblichen Nutzen hinausgehenden zusätzlichen Impuls für die Wirtschaft in einer Region, die bereits über 323 Gastgewerbebetriebe verfügt, setzt. Die vom Bf im Rahmen des Unternehmens der X beabsichtigte Beschäftigung im Bereich der Buchhaltung, des Einkaufs und des Themenfelds „Marketing“ erfordert eine gezielte, zumeist universitäre Ausbildung und Erfahrungen im Bereich der Gastronomie. Der Bf hat zwar bereits Erfahrungen betreffend die Leitung bzw Führung einer Firma gesammelt. Diese beschränken sich jedoch auf den Bereich des Getreidehandels und stehen in keinerlei Zusammenhang mit der Organisation eines Gastronomiebetriebs. Davon abgesehen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die bisherige berufliche Laufbahn des Bf den Bf dazu befähigt, das Marketing des Gourmetrestaurants der X aufzubauen bzw zu leiten.

Auch die Tatsache, dass dem Bf dasselbe Mitspracherecht beim Aufbau und den unternehmerischen Entscheidungen betreffend den neuen Standort der X zukommen soll, wie jenen Gesellschaftern, die über mehrjährige Branchenerfahrung und weitreichenden Kenntnissen in der Gastronomie verfügen, erscheint unrealistisch, weshalb aus Sicht des erkennenden Gericht nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Bf durch seinen Einfluss auf das Unternehmen der X zur Schaffung eines gesamtwirtschaftlichen Nutzen für die Region beitragen wird.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Bf nach allfälliger Erteilung des verfahrensgegenständlichen Aufenthaltstitels und Abschluss eines Gesellschaftsvertrags unter Umständen mit einer entsprechenden Bürgschaft dem Kreditvertrag der X mit der VKB Bank beigezogen wird und damit eine Beteiligung des Bf an der X mit über EUR 100.000,00 angenommen werden könnte. Diesbezüglich ist auf die Rechtsprechung des VwGH zu verweisen, wonach mit der Einzahlung von Stammkapital allein noch kein Transfer von Investitionskapital iSd § 24 AuslBG nachgewiesen werden könne (VwGH 29. Jänner 2013, 2010/22/0082) und auch die Zahlung eines Abtretungspreises für Geschäftsanteile nicht als ein solcher Transfer von Investitionskapital nach § 24 AuslBG gesehen werden könne.

IV.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf Basis des Vorbringens des Bf über die beabsichtigte Geschäftstätigkeit keine Bedenken gegen die Ansicht der belangten Behörde bzw des AMS bestehen, dass weder ein gesamtwirtschaftlicher Nutzen der Erwerbstätigkeit des Bf noch eine Bedeutung für die Region festzustellen sei. Gegen die Schlüssigkeit der Gutachten des AMS wurden keine überzeugenden Argumente vorgebracht. Die belangte Behörde durfte daher die

Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels für eine Schlüsselkraft gemäß § 41 Abs 1 Z 4 NAG verneinen.

Ergänzend wird angemerkt, dass eine Abwägung nach Art 8 EMRK schon wegen des Fehlens einer besonderen Erteilungsvoraussetzung nicht vorzunehmen ist (vgl das hg Erkenntnis vom 9. Juli 2009, Zl 2009/22/0189, mwN).

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. Insbesondere konnte sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bei seiner Entscheidung vollinhaltlich an der im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Entscheidung zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs orientieren.

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. Brandstetter