

Exposé

zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel:

„Aufenthaltsrechtliche System- und Rechtsfragen drittstaatsangehöriger Selbständiger und Start-up-Gründer“

Verfasser: Mag. Philip Raffling

Matrikelnummer: 0402176

angestrebter akademischer Grad:

Doktor iuris (Dr.iur.)

Betreuer: Hon.-Prof. Dr. Christian Schmelz

Studienkennzahl lt Studienblatt: A 783 101

Studienrichtung lt Studienblatt: Rechtswissenschaften

Dissertationsfach lt Studienblatt: Öffentliches Recht

Wien, November 2019

Vorläufiges Inhaltsverzeichnis

„Aufenthaltsrechtliche System- und Rechtsfragen drittstaatsangehöriger Selbständiger und Start-up-Gründer“	I
Vorläufiges Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	III
1 Einleitung	1
2 Problemstellung am Beispiel der RWR-Karte St (§ 41 NAG).....	2
2.1 Allgemeiner Problemaufriss	2
2.2 Grundproblem 1: Gesetzeswortlaut und Gesetzeszweck.....	4
2.3 Grundproblem 2: Ungleichbehandlung	5
2.4 Grundproblem 3: Behördenzuständigkeit und Behördenkompetenz.....	5
2.5 Grundproblem 4: Unionsrecht	6
3 Problemaufriss hinsichtlich der weiteren in der Dissertation behandelten Aufenthaltstitel	7
3.1 Vorübergehende selbständige Tätigkeit (§§ 2 NAG, 24 FPG).....	7
3.2 RWR-Karte für Start-up-Gründer (§ 41 NAG).....	7
3.3 RWR-Karte plus (§ 41a NAG)	7
3.4 NB für selbständige Künstler (§43a NAG).....	7
3.5 AB für Selbständige (§ 60 NAG)	8
3.6 AB für Studenten (§ 64 NAG).....	8
3.7 Asylberechtigte (§§ 3 ff AsylG)	8
4 Zielsetzung und Forschungsfragen.....	8
5 Methode und dogmatische Einordnung.....	10
6 Vorläufige Gliederung	10
7 Vorläufiges Literaturverzeichnis	12
Literaturverzeichnis	14
Gesetzestexte und -materialien.....	14

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AuslBG.....	Ausländerbeschäftigungsgesetz
BMASGK.....	Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumenten
bwz	Beziehungsweise
dh.....	Das heißt
endg	Endgültig
gem	Gemäß
idR	in der Regel
iHv	in Höhe von
insb	insbesondere
Jud	Judikatur
Lit	Literatur
Lt	laut
mE	Meines Erachtens
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
RL.....	Richtlinie
Rsp.....	Rechtsprechung
RWR-Karte St	Rot-Weiß-Rot-Karte für Selbständige Schlüsselkräfte
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

1 Einleitung

Das vorliegende Dissertationsvorhaben wird sich mit der Frage beschäftigen, welche aufenthalts-, niederlassungs- und arbeitsmarktrechtlichen Bestimmungen für drittstaatsangehörige Selbständige in Österreich System- und Rechtsprobleme aufwerfen. Es gibt grds die Möglichkeit, als Drittstaatsangehöriger

- eine bloß vorübergehende selbständige Tätigkeit aufzunehmen (die innerhalb von zwölf Monaten nicht länger als sechs Monate ausgeübt wird; § 2 NAG; § 24 FPG);
- eine Aufenthaltsbewilligung (nachfolgend: AB) für Selbständige zu erhalten (§ 60 NAG);
- eine Niederlassungsbewilligung (nachfolgend: NB) für selbständige Künstler zu beantragen (§ 43a NAG);
- eine Rot-Weiß-Rot-Karte (nachfolgend: RWR-Karte) für Selbständige zu beantragen (§ 41 NAG);
- eine RWR-Karte für Start-up-Gründer zu beantragen (§ 41 NAG).

Aber auch Besitzer des Aufenthaltstitels RWR-Karte plus (§ 41a NAG) sind zu einem unbeschränkten Arbeitsmarktzugang berechtigt, sie dürfen daher eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen. Des Weiteren sind anerkannte Flüchtlinge und Inhaber einer AB für Studenten berechtigt, eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben.

Ogleich grds eine Vielzahl an Möglichkeiten für Drittstaatsangehörige gegeben ist, sich in Österreich niederzulassen und einer selbständigen Tätigkeit nachzugehen, sind die tatsächlichen gesetzlichen Gegebenheiten als durchaus restriktiv anzusehen und führen in der Praxis zu zahlreichen Komplikationen. Diese theoretischen und faktischen Komplikationen unter Einbeziehung gewerberechtlicher Voraussetzungen sollen in der Dissertation eingehend untersucht werden, um im Ergebnis zu beurteilen, ob bestimmte aufenthalts- und arbeitsmarktrechtliche Bestimmungen für drittstaatsangehörige Selbständige in Österreich rechtliche Probleme aufwerfen.

Die Problematik soll beispielhaft anhand den Bestimmungen zur RWR-Karte für Selbständige Schlüsselkräfte (nachfolgend: RWR-Karte St) skizziert werden.

2 Problemstellung am Beispiel der RWR-Karte St (§ 41 NAG)

2.1 Allgemeiner Problemaufriss

Bei den gesetzlichen Bestimmungen zur RWR-Karte St (§§ 41 Abs 2 Z 4 und 5 NAG iVm § 24 AuslBG) stellt sich die Frage, ob verfassungsrechtliche Probleme bestehen und welche Lösungsmöglichkeiten in diesem Zusammenhang erarbeitet werden können. § 24 AuslBG normiert die Anforderungen und Voraussetzungen für die Erteilung einer RWR-Karte St und ist somit eine der gesetzlichen Möglichkeiten für eine dauerhafte Zuwanderung nach Österreich.¹ Drittstaatsangehörige, die eine dauerhafte Zuwanderung, dh einen Aufenthalt länger als sechs Monate, anstreben, benötigen hierfür einen Aufenthaltstitel. Dieser wird nur dann erteilt, wenn zum einen die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltstiteln gem § 11 NAG und zum anderen die im AuslBG geregelten spezifischen Voraussetzungen für den jeweils angestrebten Aufenthaltstitel erfüllt sind.² Die allgemeinen Voraussetzungen lauten wie folgt:

- gesicherter Lebensunterhalt, dh Einkünfte zumindest in Höhe des maßgeblichen Ausgleichszulagenrichtsatzes;
- Vorliegen einer Krankenversicherung, die alle Risiken abdeckt und in Österreich leistungspflichtig ist;
- Anspruch auf eine ortsübliche Unterkunft.³

Für die Erteilung des Aufenthaltstitels RWR-Karte St sind ergänzend folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

- Die selbständige Erwerbstätigkeit stellt in Österreich einen gesamtwirtschaftlichen Nutzen dar, der über einen rein betrieblichen Nutzen hinausgeht.

Als mögliche Alternativen (die auch kumulativ vorliegen können) zur Beurteilung dieses gesamtwirtschaftlichen Nutzens werden die folgenden genannt:

- Nachhaltiger Transfer eines Investitionskapitals iHv mindestens EUR 100,000; oder
- Schaffung neuer oder Sicherung bestehender Arbeitsplätze; und
- Transfer von Know-how oder Einführung neuer Technologien; oder

¹ *BMASGK*, Selbständige Schlüsselkräfte (2019), online unter URL: <https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung/selbstndigeschlsselkrfte/>.

² *BMASGK*, Dauerhafte Zuwanderung (2019), online unter URL: <https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung/>.

³ § 11 Abs 2 NAG; siehe auch *BMASGK*, Dauerhafte Zuwanderung (2019), online unter URL: <https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung/>.

- Vorliegen einer wesentlichen Bedeutung des Unternehmens für eine Region.⁴

Diese Voraussetzungen müssen in einem schlüssigen Geschäftsplan dargestellt und durch ein schriftliches Gutachten des AMS positiv bewertet werden.

Ziel der RWR-Karten ist es grundsätzlich, qualifizierte Arbeitskräfte aus Drittstaaten bzw Unternehmensgründer und mit ihnen Know-how und Kapital nach Österreich zu locken.⁵ Durch die Wahl einer kriteriengeleiteten Zuwanderung soll gerade bei der RWR-Karte St gewährleistet werden, dass ausschließlich qualifizierte und für den Standort Österreich „wertvolle“ Unternehmer in das Land kommen und die österreichische Wirtschaft beleben.⁶ Die Gesetzesbestimmung gilt jedoch als äußerst restriktiv. Darauf wurde bereits in den Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Änderung des AuslBG im Jahr 2017 mit folgenden Worten hingewiesen: *„Wie die bisherigen Erfahrungen zeigen, ist die geltende Regelung des § 24 AuslBG für selbständige Schlüsselkräfte für die Zulassung von JungunternehmerInnen, die ein Unternehmen zu gründen beabsichtigen, zu restriktiv und soll daher um eine eigene Zulassungsschiene für Start-up-GründerInnen erweitert werden.“*⁷ Eine entsprechende Änderung wurde sodann in Abs 2 des § 24 AuslBG eingefügt, der Start-up-GründerInnen begünstigt. Dies ändert jedoch nichts an der Problematik, dass die Anforderungen des Abs 1 nach wie vor sehr restriktiv sind und dazu führen, dass 90 % aller Anträge abgelehnt werden.⁸ Oder, wie es ein interessanter Artikel auf addendum.org betitelt: *„Was läuft schief? Mit der Rot-Weiß-Rot-Karte wollte Österreich qualifizierte Fachkräfte ins Land holen. Die Zahl der Bewilligungen ist jedoch niedrig.“*⁹ Auch Prof. Heinz Fassmann kritisiert in seinem

⁴ § 24 Abs 1 AuslBG; siehe auch *BMASGK, Selbständige Schlüsselkräfte* (2019), online unter URL: <https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung/selbstndigeschlsselkrfte/>.

⁵ Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum AuslBG, 1516 der Beilagen XXV. GP (2017) 1; siehe auch *BKA, Rot-Weiß-Rot-Karte* (2019), online unter URL: https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public/content/mitarbeiter/auslaendische_beschaeftigte/rot_weisz_rot_karte/Seite.930101.html.

⁶ Siehe etwa LVwG-AV-1460/001-2017 vom 27.03.2018, RS Nr 2: „Der Gesetzgeber stellt gemäß § 24 AuslBG darauf ab, dass ein zusätzlicher Impuls für die Wirtschaft zu erwarten ist (vgl. etwa auch VwGH 2013/22/0172). Bei einer erst jüngst aufgenommenen Tätigkeit ist auch eine Prognoseentscheidung zu treffen, wobei es dem Antragsteller obliegt, entsprechende Urkunden vorzulegen, die eine realistische Abschätzung der zukünftigen Unternehmensentwicklung zulassen (vgl. etwa VwGH 10.05.2016, Ra 2016/22/0023). 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 2005/18/0525).“

⁷ Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum AuslBG, 1516 der Beilagen XXV. GP (2017) 10.

⁸ Eine Genehmigung als selbständige Schlüsselkraft ist in der Praxis sehr schwer zu bekommen. Siehe etwa die Anerkennungsquote bei *Biffi/Schappelwein, Zur Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern in Österreich*, 2013, S 49, welche die Zahl der gestellten Anträge den erteilten NB nach Quotenkategorien gegenüberstellt (2010: 12,7%, 2011: 11,3%). Siehe

https://www.bmi.gv.at/302/Statistik/files/Endbericht_zur_NLV_2014.pdf (zuletzt abgerufen am 16.9.2019). Weitere Statistiken abrufbar unter <https://www.bmi.gv.at/302/Statistik/start.aspx>.

⁹ https://add.at/060_03 (letzter Aufruf 16.9.2019).

Gutachten „Die Rot-Weiß-Rot-Karte in Österreich, Inhalt, Implementierung, Wirksamkeit“ die Praxis zur Vergabe der RWR-Karten mit folgenden Worten: „*Im Detail zu streng*“.¹⁰

Insgesamt gelten die Vorgaben des § 24 Abs 1 AuslBG als äußerst restriktiv und zu wenig spezifiziert. Insbesondere der Begriff des gesamtwirtschaftlichen Nutzens ist nicht (ausreichend) konkretisiert. Ziel des § 24 AuslBG ist es, Drittstaatsangehörigen eine selbständige Tätigkeit zu erlauben, nicht jedoch, den Zugang zu dieser möglichst schwierig zu gestalten. Hinzu kommt, dass beim Antragsverfahren eine gemischten Zuständigkeit der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde einerseits und des Arbeitsmarktservice (nachfolgend: AMS) andererseits besteht, was zu massiven Verwaltungsineffizienzen führt. Es ist daher zu prüfen, ob § 24 AuslBG seinen Zweck verfehlt und daher verfassungswidrig ist.

2.2 Grundproblem 1: Gesetzeswortlaut und Gesetzeszweck

§ 24 AuslBG verlangt für die Ausstellung einer RWR-Karte St insb das Vorliegen eines gesamtwirtschaftlichen Nutzens, der über einen rein betrieblichen Nutzen hinausgeht, verfehlt jedoch, diesen Begriff zu erörtern oder einen detaillierten Kriterienkatalog vorzulegen, unter welchen Voraussetzungen dieser gesamtwirtschaftliche Nutzen gegeben ist. Dies führt zu der Frage, ob der Gesetzesbegriff dem Bestimmtheitsgrundsatz des österreichischen Verfassungsrechts genügt.

In diesem Zusammenhang stellt sich des Weiteren die Frage, ob diese Voraussetzung geeignet ist, den Gesetzeszweck der Ermöglichung einer dauerhaften Zuwanderung zu realisieren. Der Paragraph wurde als zu restriktiv angesehen und in der Vergangenheit überarbeitet; es stellt sich daher die Frage, ob die Voraussetzung des Vorliegens eines gesamtwirtschaftlichen Nutzens überschießend ist. Ist nämlich der Zweck des Gesetzes die Schaffung eines Systems der erlaubten Zuwanderung für Drittstaatsangehörige, die sich in Österreich selbständig machen wollen, so muss diese Möglichkeit durch den Gesetzestext auch tatsächlich gegeben sein. Kann der Paragraph diesen Zweck jedoch nicht (mehr) gewährleisten, ist der Gesetzeszweck verfehlt. In diesem Fall ist eine gesetzliche Anpassung notwendig, wie sie bereits für Start-up-GründerInnen vorgenommen wurde.

¹⁰ Siehe https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Presse/imported/downloads/xcms_bst_dms_39058_39199_2.pdf (letzter Aufruf 16.9.2019).

2.3 Grundproblem 2: Ungleichbehandlung

Ein weiterer Aspekt, der als problematisch angesehen wird, ist die Tatsache, dass asylberechtigten Personen in Österreich ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang ermöglicht ist. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, eine selbständige Tätigkeit entfalten zu können, ohne die in § 24 AuslBG geforderten Kriterien erfüllen zu müssen. Auch bei asylberechtigten Personen handelt es sich um Drittstaatsangehörige, die über einen Aufenthaltstitel in Österreich verfügen. Es ist daher zu prüfen, ob diese Ungleichbehandlung sachgemäß ist oder nicht. Das Gleiche trifft auch auf die NB Künstler zu, wonach diese zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind, ohne dass dafür eine schriftliche Mitteilung gemäß § 24 AuslBG erstellt werden und die selbständige Erwerbstätigkeit eben keinen gesamtwirtschaftlichen Nutzen mit sich bringen muss.

2.4 Grundproblem 3: Behördenzuständigkeit und Behördenkompetenz

Der Antrag für die RWR-Karte St ist bei der zuständigen Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde zu stellen. Diese überprüft die formalen Kriterien des Antrages, wobei zusätzlich auch dem AMS die Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen Nutzens gem § 24 AuslBG obliegt. Das AMS muss seine Entscheidung binnen vier Wochen schriftlich der zuständigen Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde mitteilen. Die Behörde erstellt den entsprechenden Bescheid. Sie muss dabei das AMS-Gutachten auf seine Schlüssigkeit prüfen und die Voraussetzungen auch selber ermitteln, ist dabei an das Gutachten jedoch nicht gebunden. Ist das AMS-Gutachten unschlüssig, darf die Behörde es für die Entscheidung nicht zugrunde legen. In der Praxis wird dies jedoch oftmals doch getan, was wohl damit zu begründen ist, dass mE die Behörde selbst über keine ausreichenden wirtschaftlichen oder makroökonomischen Kenntnisse verfügt. Vielmehr zählt die Beratung und Vermittlung von Arbeitslosen zu den Kernaufgaben des AMS. Das gesamte Verfahren stellt eine enorme Verwaltungseffizienz dar, denn es wäre durchaus möglich, die Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen Nutzens durch eine geeignete und mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattete Stelle – etwa könnte man für die ökonomischen Bewertungsverfahren die Wirtschaftsforschungsinstitute Wifo und IHS, oder auch die Wirtschaftskammer oder auch etwa das FFG oder die Wirtschaftsförderungsagentur Wien - , die auch bei der Behörde eingerichtet sein kann, durchführen zu lassen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Problematik des Ermessensspielraums der Behörden einzugehen. Sind weder das AMS noch die Behörde mit ausreichenden Kompetenzen zur

Beurteilung des Geschäftsplans ausgestattet, besteht ein erhebliches Risiko systematisch falscher Beurteilungen.

2.5 Grundproblem 4: Unionsrecht

Bereits vor zehn Jahren wurde in der EU über die Möglichkeit diskutiert, ein einheitliches Antragsverfahren für eine kombinierte Erlaubnis für Drittstaatsangehörige zum Aufenthalt und zur Arbeit im Gebiet eines Mitgliedstaates zu entwickeln.¹¹ Im Ergebnis wurde eine Richtlinie (nachfolgend: RL) veröffentlicht, die jedoch Selbständige vom Anwendungsbereich ausnimmt.¹² Obgleich der ursprüngliche Entwurf der RL, der auch für selbständige Erwerbstätige galt, nicht realisiert wurde, finden sich in den Erwägungsgründen zur RL interessante Informationen, die zeigen, welche Vorgaben aus unionsrechtlicher Perspektive als sinnvoll erachtet werden. So ist in Erwägungsgrund 8 vorgesehen, dass das wesentliche Kriterium für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit in einem Geschäftsplan bestehen sollte, der zeigt, dass ein Mehrwert für die Beschäftigung bzw die wirtschaftliche Entwicklung des Aufnahmemitgliedstaats besteht.¹³ Im Vorschlag zur RL wird in den Art 17 und 18 konkretisiert, dass der Geschäftsplan nicht nur von den zuständigen Behörden, sondern zusätzlich von einem außenstehenden Sachverständigen beurteilt werden sollte, etwa ein angesehenes, international tätiges Wirtschaftsprüfungs- oder Steuerberatungsunternehmen.¹⁴ Basierend auf diesen Erkenntnissen stellt sich die Frage, ob die Prüfung durch das AMS als ausreichend angesehen werden kann, insb vor dem Hintergrund, dass die Entscheidung des AMS idR wegweisend für die Entscheidung der Behörde über Erteilung oder Abweisung des Antrages auf einen Aufenthaltstitel ist.

Eine ähnliche Analyse soll auch für die weiteren Aufenthaltstitel, die eine selbständige Tätigkeit für Drittstaatsangehörige in Österreich ermöglicht, angestellt werden. In Kapitel 3 wird in aller Kürze ein entsprechender Problemaufriss skizziert.

¹¹ Stellungnahme zu KOM(2007) 638 endg ABI 2009/C 27/24; Grünbuch über ein EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration (2005) 9.

¹² RL 2011/98/EU Abl L 2011/343, 5.

¹³ Legislative EntschlieÙung zu KOM(2001) 386 ABI 2003/C 43 E/230, 231.

¹⁴ Vorschlag für eine RL, Text 52001PC0386 ABI 2001/C 332 E/08, Art 17 und 18.

3 Problemaufriss hinsichtlich der weiteren in der Dissertation behandelten Aufenthaltstitel

3.1 Vorübergehende selbständige Tätigkeit (§§ 2 NAG, 24 FPG)

Wird eine selbständige Erwerbstätigkeit innerhalb von zwölf Monaten nur sechs Monate in Österreich ausgeübt, handelt es sich um eine bloß vorübergehende Erwerbstätigkeit, die nicht unter den Anwendungsbereich des NAG fällt.¹⁵ Anzuwenden ist § 24 FPG zur Sonderbestimmung bei der Erteilung von Visa zu Erwerbszwecken. Ob sich aus § 24 FPG etwaige System- oder Rechtsprobleme ergeben, wird im Rahmen der Dissertation erörtert werden.

3.2 RWR-Karte für Start-up-Gründer (§ 41 NAG)

Wie in Kapitel 2.1 beschrieben, wurde im AuslBG eine Änderung eingefügt, nach der Start-up-GründerInnen begünstigt werden. Für Start-up-GründerInnen bestehen im Vergleich zur RWR-Karte St geringere Anforderungen hinsichtlich des zu investierenden Kapitals (50.000 EUR statt 100.000 EUR). Zudem sind die weiteren Anforderungen des § 24 Abs 2 AuslBG etwas konkreter formuliert als jene des § 24 Abs 1 AuslBG, wenngleich auch hinsichtlich der Anforderungen für Start-up-GründerInnen ungenaue Begriffe verwendet werden, dies es zu untersuchen gilt.¹⁶

3.3 RWR-Karte plus (§ 41a NAG)

Die Erteilung einer RWR-Karte plus ist unter verschiedenen Voraussetzungen möglich bzw. gesetzlich vorgeschrieben. Sie berechtigt zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen (oder unselbständigen) Erwerbstätigkeit.¹⁷ Ob sich aus einer der Bestimmungen etwaige System- oder Rechtsprobleme ergeben, wird im Rahmen der Dissertation erörtert werden.

3.4 NB für selbständige Künstler (§43a NAG)

Ausländische Künstler erhalten eine NB, wenn deren Tätigkeit „überwiegend durch Aufgaben der künstlerischen Gestaltung“ bestimmt ist.¹⁸ Es mangelt jedoch an einer Legaldefinition für den Begriff des Künstlers. Naheliegender ist eine Orientierung am Begriff

¹⁵ § 1 Abs 2 Z 3 NAG.

¹⁶ Zu nennen sind etwa „innovative Produkte“ oder ein „schlüssiger“ Businessplan, vgl § 24 Abs 2 Nr 2, 3 AuslBG.

¹⁷ §§ 8 Abs 1 Z 2 und 41a Abs 1 ff NAG.

¹⁸ § 43a Abs 1 Z 2 NAG.

des Kunsthandwerks in der Gewerbeordnung. Dies gilt es im Dissertationsvorhaben zu untersuchen.

3.5 AB für Selbständige (§ 60 NAG)

Auch für die Erteilung der AB für Selbständige ist unter Umständen eine Beurteilung des AMS notwendig, nämlich dann, wenn die Behörde „*begründete Zweifel*“ am Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit hat und eine entsprechende Anfrage an das AMS stellt.¹⁹ In diesem Fall hat das AMS zu beurteilen, ob die Ausübung der jeweiligen Tätigkeit „*unter wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Gesichtspunkten im Interesse Österreichs liegt*.“²⁰ Daraus ergeben sich ähnliche Fragestellungen wie für die RWR-Karte St.

3.6 AB für Studenten (§ 64 NAG)

Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit für ausländische Studenten richtet sich nach dem AuslBG.²¹ Ob sich aus den Bestimmungen des AuslBG etwaige System- oder Rechtsprobleme ergeben, wird im Rahmen der Dissertation erörtert werden.

3.7 Asylberechtigte (§§ 3 ff AsylG)

Es wird auf die Ausführungen in Kapitel 2.3 verwiesen.

4 Zielsetzung und Forschungsfragen

Das vorliegende Dissertationsvorhaben hat das Ziel, die Verfassungskonformität der aufenthalts- und arbeitsmarktrechtlichen Bestimmungen für drittstaatsangehörige Selbständige in Österreich zu prüfen. Dabei werden alle relevanten Rechtsquellen einer eingehenden Analyse unterzogen, dabei wird auch auf unionsrechtliche Vorgaben Bezug genommen. Die forschungsleitende Frage lautet dabei wie folgt:

- 1. Sind die aufenthalts- und arbeitsmarktrechtlichen Bestimmungen für drittstaatsangehörige Selbständige in Österreich verfassungskonform?*
- 2. Welche Änderungen wären notwendig, um die Verfassungskonformität dieser Bestimmung zu gewährleisten?*

Im Ergebnis soll eine umfassende Beurteilung der Verfassungskonformität erfolgen und Lösungsansätze aufgezeigt werden, wie die einzelnen Gesetzesbestimmungen zielführender

¹⁹ § 60 Abs 1 Z 3 NAG.

²⁰ § 60 Abs 1 Z 3 NAG.

²¹ § 64 Abs 3 NAG.

formuliert werden kann. Der Gleichheitsgrundsatz bindet den Gesetzgeber und setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen. Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu regeln.

Im Hinblick auf die anhand des § 24 AuslBG beispielhaft skizzierte Problemstellung stellt sich die Frage, ob diese Schranken überschritten worden sind. Des Weiteren darf gem Art 83 Abs 2 B-VG niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Diese Verfassungsnorm bindet nicht nur die Vollziehung, sondern auch die Gesetzgebung. Das bedeutet, dass die sachliche Zuständigkeit einer Behörde im Gesetz selbst festgelegt sein muss. Diese Gesetzesbestimmung verlangt eine – strengen Prüfungsmaßstäben standhaltende – präzise Regelung der Behördenzuständigkeit, was der Gesetzgeber mit der vorliegenden Regelung entgegen Art 18 iVm Art 83 Abs 2 B-VG verabsäumt haben dürfte, eine klare Anordnungen im soeben genannten Sinn zu treffen. Auch muss die Regelung dem Art 18 B-VG genügen; der Begriff „gesamtwirtschaftlicher Nutzen“ ist möglicherweise keiner Auslegung zugänglich, dass die von der Behörde getroffene Entscheidung vom Verfassungsgerichtshof und vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen ihrer Prüfungskompetenz auf die Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann (vgl die ständige Rsp des VwGH zum unbestimmten Rechtsbegriff, zB VfSlg. 8395/1978, 10158/1984). Unter Beachtung des Gesetzeszweckes ergeben sich im Zusammenhalt mit den übrigen Bestimmungen des NAG und AuslBG zu wenig Anhaltspunkte dafür, unter welchen Voraussetzungen der gesamtwirtschaftliche Nutzen fehlt. Im Übrigen wird zu prüfen sein, ob diese „Bedarfsprüfung“ einer selbständigen Schlüsselkraft Drittstaatsangehörige – trotz mangelnder Staatsbürgerrechte – in ihrer Erwerbsfreiheit einschränkt; zu beachten ist nämlich, dass der EGMR in seiner Rsp Fragen des Berufszugangsrechts unter Anwendung des Rechts auf Achtung des Privatlebens behandelt hat und Beschränkungen der erwerbsorientierten und unternehmerischen Handlungsfreiheit daran misst, ob über bestimmte Personen sehr weitgehende Berufsverbote verhängt werden.²² So wäre auch das BVG betreffend das Verbot rassistischer Diskriminierung in die Prüfung mit einzubeziehen.

²² *Ennöckl*, Der Status der Ausländer, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hg.), HGR VII/1, 2. Aufl.; § 5, RN 36 ff.

5 Methode und dogmatische Einordnung

Methodisch beginnt das Dissertationsvorhaben mit einer umfassenden Analyse der gesetzlichen Grundlagen. In diesem Zusammenhang wird kurz auf die rechtshistorische Entwicklung des Ausländerbeschäftigungsrechts in Österreich eingegangen. Das recherchierte Arbeitsmaterial aus der Lit und Jud wird detailliert aufgearbeitet und einer rechtsdogmatischen Analyse unterzogen. Der Fokus liegt auf der ausführlichen Darstellung der aufenthalts- und arbeitsmarktrechtlichen Bestimmungen für drittstaatsangehörige Selbständige in Österreich. In diesem Zusammenhang wird auch ein Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben geworfen, um entsprechende rechtspolitische Tendenzen abwägen zu können. Ergänzend ist die Berücksichtigung aktueller Entwicklungen und Bestrebungen des Gesetzgebers vorgesehen, wobei insb Erläuterungen zu Gesetzesentwürfen analysiert werden sollen.

Dogmatisch lässt sich das Dissertationsvorhaben dem Besonderen Verwaltungsrecht zuordnen. Rechtliche Grundlagen zur Ausländerbeschäftigung finden sich im AuslBG und im NAG. Zusätzlich wird auf relevante verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Bestimmungen eingegangen.

Der Forschungsstand lässt kaum Rückschlüsse auf die Forschungsfrage zu. Einheitliche Rsp zu den Kriterien hinsichtlich des gesamtwirtschaftlichen Nutzens gibt es angesichts einzelfallbezogener Beurteilung keine. Der VwGH gibt in seiner Rsp bestimmte Tendenzen vor, wie etwa § 24 AuslBG zu interpretieren ist, allerdings entsteht dadurch nur ein weiterer (wohl unbestimmter) Rechtsbegriff, der vom AMS und der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde zu beurteilen ist.

6 Vorläufige Gliederung

Der Aufbau der Dissertation wird wie folgt geplant:

1. Einleitung
 - 1.1. Hintergrund
 - 1.2. Problemstellung
 - 1.2.1. Probleme
 - 1.2.2. Probleme
 - 1.2.3. Probleme
 - 1.3. Zielsetzung und Forschungsfragen
 - 1.4. Methode und dogmatische Einordnung

-
- 1.5. Aufbau
 2. Rechtliche Rahmenbedingungen zur dauerhaften Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen nach Österreich
 - 2.1. Allgemeine Grundlagen zur Arbeitsmigration
 - 2.2. Systematik und Entwicklungsgeschichte
 - 2.3. Rechtsquellen
 - 2.3.1. Nationales Recht
 - 2.3.2. Unionsrecht
 - 2.3.3. Judikatur
 - 2.4. Recht der Ausländerbeschäftigung in Österreich
 - 2.4.1. Höchstzahlen und Quoten
 - 2.4.2. Behördenzuständigkeiten
 - 2.4.3. Aufenthaltstitel und Aufenthaltsverfestigung
 - 2.5. Dauerhafte Zuwanderung als Selbständiger aus einem Drittstaat nach Österreich
 - 2.5.1. AuslBG
 - 2.5.2. NAG
 - 2.5.3. Antragsverfahren
 - 2.5.4. Ständige Rechtsprechung
 3. System- und Rechtsprobleme bei der Erteilung von Rot-Weiß-Rot-Karten
 - 3.1. Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot-Karte Selbständige Schlüsselkraft
 - 3.1.1. Unbestimmter Gesetzesbegriff
 - 3.1.1.1. Bestimmtheitsgrundsatz des Art 18 Abs 1 B-VG
 - 3.1.1.2. Begriff des gesamtwirtschaftlichen Nutzens
 - 3.1.1.3. Kriterium des zusätzlichen Impulses für die Wirtschaft
 - 3.1.2. Verfahrensrechtliche Probleme im Antragsverfahren
 - 3.1.2.1. Gleichheitssatz und behördliches Ermessen
 - 3.1.2.2. Fragliche Qualifikation
 - 3.1.2.3. Regelmäßige Ablehnung
 - 3.1.3. Mögliche Lösungsansätze
 - 3.2. Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot-Karte für Start-up-Gründer
 - 3.2.1. ...
 - 3.2.2. ...
 - 3.3. Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot-Karte plus
 - 3.3.1. ...

- 3.3.2. ...
- 4. System- und Rechtsprobleme bei der Erteilung von Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen
 - 4.1. Niederlassungsbewilligung für selbständige Künstler
 - 4.1.1. ...
 - 4.2. Aufenthaltsbewilligung für Selbständige
 - 4.2.1. ...
 - 4.3. Aufenthaltsbewilligung für Studenten
 - 4.3.1. ...
- 5. System- und Rechtsprobleme bei weiteren Aufenthaltstiteln zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit
 - 5.1. Vorübergehende selbständige Tätigkeit
 - 5.2. Asylberechtigte
- 6. Handlungsempfehlungen für Gesetzgebung und Verwaltung
 - 6.1. Handlungsempfehlung 1: Bewertungsverfahren
 - 6.2. Handlungsempfehlung 2: Prognosenentscheidung
 - 6.3. Handlungsempfehlung 3: ...
- 7. Conclusio

7 Vorläufiges Literaturverzeichnis

Abermann/Czech/Kind/Peyrl, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht (2019)

Bennöhr, Makroökonomische Implikationen von Arbeitsmigration und Migrantentransfers, Schriften zur Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Nr 46 (2015)

Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration³, Kommentar zum Ausländerbeschäftigungsgesetz, zum Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz samt einer Einführung aus der Sicht der Praxis (2014)

Ennöckl, Besonderes Verwaltungsrecht²² (2019)

Gerhartl, AuslBG (2019)

Grosinger, Asyl- und Fremdenrecht⁴ (2018)

Hudsky/Krisper/Krumphuber/Völker/Vogl, Fremdenrecht⁷ (2018)

Internationales Arbeitsamt, Arbeitsmigration im Wandel: Die damit verbundenen ordnungspolitischen Herausforderungen angehen, Bericht IV, 106. Tagung, Internationale Arbeitskonferenz (2017)

Kind, AuslBG: Ausländerbeschäftigungsgesetz: Kommentar (2018)

Kreuzhuber/Hudsky, Arbeitsmigration (2011)

Peyrl, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt von Drittstaatsangehörigen in Österreich: eine Analyse im Lichte des Völker- und Europarechts (2018)

proLIBRIS, Ausländerbeschäftigungsgesetz: Texte, Materialien, Judikatur⁵ (2019)

WKO, Leitfaden Fortbestehungsprognose, Gemeinsame Stellungnahme (2016)

Literaturverzeichnis

- BKA*, Rot-Weiß-Rot-Karte (2019), online unter URL:
[https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public/content/
 mitarbeiter/auslaendische_beschaefigte/rot_weisz_rot_karte/Seite.930101.html](https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public/content/mitarbeiter/auslaendische_beschaefigte/rot_weisz_rot_karte/Seite.930101.html).
 (abgerufen am 12.9.2019).
- BMASGK*, Dauerhafte Zuwanderung (2019), online unter URL:
[https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-
 zuwanderung/](https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung/) (abgerufen am 12.9.2019).
- BMASGK*, Selbständige Schlüsselkräfte (2019), online unter URL:
[https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-
 zuwanderung/selbstndigeschlsselkrfte/](https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung/selbstndigeschlsselkrfte/) (abgerufen am 12.9.2019).

Gesetzestexte und -materialien

- Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl Nr 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 25/2019.
- Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl Nr 218/1975, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 25/2019.
- Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum AuslBG, 1516 der Beilagen XXV. GP (2017).
- Grünbuch über ein EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration (2005)
- Legislative EntschlieÙung zu KOM(2001) 386 AB1 2003/C 43 E/230
- Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, Abl L 2011/343
- Stellungnahme zu KOM(2007) 638 endg AB1 2009/C 27/24.
- Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit, Text 52001PC0386 AB1 2001/C 332 E/08