

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b>	15
<b>B. Überblick über die Systematik des Arbeitsmigrationsrechts</b>	16
I. Systematische Einordnung und Begriff des Arbeitsmigrationsrechts	16
II. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bzgl. Einreise und Aufenthalt	16
III. AufenthG-alt: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bzgl. Beschäftigung	17
IV. AufenthG-neu: Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt bzgl. Beschäftigung	18
V. Erfordernis der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit	19
1. Zustimmungserfordernis nach AufenthG-alt	19
2. Zustimmungserfordernis nach AufenthG-neu	20
a) Beschäftigung als Fachkraft	21
b) Keine Beschäftigung als Fachkraft	22
c) Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorrangprüfung mit dem FEG	22
<b>C. Begriff der Vorrangprüfung</b>	24
I. Begriff der Vorrangprüfung im engeren Sinne, § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b AufenthG-alt, § 39 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG-neu	24
II. Begriff der Vorrangprüfung im weiteren Sinne, § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG-alt i. V. m. § 1 Abs. 2 BeschV-alt	25
<b>D. Materielle und formelle Voraussetzungen der individuellen Vorrangprüfung</b>	27
I. Materiellrechtliche Voraussetzungen der Vorrangprüfung	27
1. „für die Beschäftigung“	28
2. „bevorrechtigte Arbeitnehmer“	28
a) Nachrangiger Arbeitsmarktzugang türkischer Arbeitnehmer	29
b) Nicht bevorrechtigte Arbeitnehmer	31
3. „Arbeitnehmer“	32

4. „nicht zur Verfügung stehen“ .....	32
a) Personelles Zurverfügungstehen: Arbeitslose und arbeitssuchende Personen .....	32
b) Fachliches und zeitliches Zurverfügungstehen: Angemessene und unverzügliche Besetzung mit geeignetem Arbeitnehmer .....	34
c) Örtliches Zurverfügungstehen: Überörtliche Prüfung .....	34
d) Fallgruppen des (Nicht-)Zurverfügungstehens bevorrechtigter Arbeitnehmer .....	35
aa) Fallgruppe 1: Deutlicher Überhang Arbeitssuchender .....	35
bb) Fallgruppe 2: Überhang Arbeitssuchender – Einzelfallermittlung ...	36
5. Kein Tatbestandsmerkmal: Person des Ausländers – Bereitschaft zur Einstellung bevorrechtigten Arbeitnehmers .....	36
6. Beurteilungszeitraum des Vorrangs .....	37
7. Beurteilungszeitpunkt des Vorrangs .....	37
II. Ausnahmen von der Vorrangprüfung .....	38
1. Ausnahme der Rechtsprechung: Besondere, objektiv und sachlich gerechtfertigte Gründe für die Ausländerbeschäftigung .....	38
a) Abgrenzung: Wünsche und subjektive Präferenzen des Arbeitgebers ...	39
b) Anforderungen des Arbeitgebers aufgrund besonderer, objektiv und sachlich gerechtfertigter Gründe .....	40
c) Schaffung eines Arbeitsplatzes für den Ausländer .....	41
d) Fehlgeschlagene Einstellungsbemühungen des Arbeitgebers .....	42
2. Gesetzliche Ausnahme: Gruppenzulassung gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG-alt .....	44
III. Formale Voraussetzungen der individuellen Vorrangprüfung .....	44
1. Der Vorrangprüfung zugrunde gelegte Unterlagen .....	44
2. Zuständigkeit für die Durchführung der Vorrangprüfung .....	45
3. Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die Vorrangprüfung .....	45
IV. Rechtsnatur der Vorrangprüfung und Rechtsschutz .....	46
<b>E. Anwendungsbereich der Vorrangprüfung .....</b>	<b>47</b>
I. Anwendungsbereich der Vorrangprüfung auf Aufenthaltstitel nach AufenthG-alt	47
1. Aufenthaltstitel berechtigt ausdrücklich zur Ausübung einer (bestimmten) Erwerbstätigkeit, § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AufenthG-alt – Vorrangprüfung grds. anwendbar .....	49
2. Aufenthaltstitel berechtigt bereits nach dem AufenthG-alt zu (jeder) Erwerbstätigkeit, § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 AufenthG-alt – Vorrangprüfung nicht anwendbar .....	50
3. Aufenthaltstitel berechtigt nicht zur Erwerbstätigkeit .....	53

4. Keine Anwendung der Vorrangprüfung auf Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, § 21 AufenthG .....	54
II. Anwendungsbereich der Vorrangprüfung auf Aufenthaltstitel nach AufenthG-neu .....	55
III. Anwendungsbereich der Vorrangprüfung auf Aufenthaltstitel nach BeschV-alt und BeschV-neu .....	55
1. Verordnungsermächtigung gem. § 42 AufenthG .....	56
2. Konkreter Anwendungsbereich der Vorrangprüfung .....	59
a) Aufenthaltstitel gem. §§ 18a, 18b AufenthG-neu/§§ 18, 19a AufenthG-alt .....	59
b) Von der Vorrangprüfung ausgenommene Personengruppen .....	61
c) Anwendbarkeit der Vorrangprüfung auf die Verlängerung des Aufenthaltstitels .....	63
IV. Anwendung der Vorrangprüfung auf die Beschäftigungserlaubnis zur Aufenthaltsgestattung oder Duldung .....	63
1. Beschäftigungserlaubnis bei Aufenthaltsgestattung, § 61 Abs. 2 S. 1 AsylG .....	64
2. Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit bei Duldung, § 60a Abs. 6 AufenthG .....	65
3. Anwendungsbereich der Vorrangprüfung nach BeschV-alt und -neu .....	66
a) Aktuelle Rechtslage .....	66
b) Alte Rechtslage .....	67
V. Verbleibender Anwendungsbereich der Vorrangprüfung .....	68
VI. Bedeutung der Vorrangprüfung in Zahlen .....	69
VII. EU-Rechtskonformität .....	70
VIII. Ergebnis: Vorrangprüfung als Steuerungsinstrument .....	70
<b>F. Aufstieg und Fall der Vorrangprüfung .....</b>	<b>72</b>
<b>G. Funktion und Sinn und Zweck der individuellen Vorrangprüfung .....</b>	<b>75</b>
I. Funktion der Vorrangprüfung als arbeitsmigrationsrechtliches Steuerungsinstrument .....	75
II. Sinn und Zweck des Einsatzes der Vorrangprüfung als Steuerungsinstrument .....	78
1. Durchsetzung des Vorrangprinzips durch die Vorrangprüfung .....	78
2. Schutz des Arbeitsmarktes: Bekämpfung und Verhinderung von Arbeitslosigkeit .....	80
3. Verhinderung der Verdrängung bevorzogter Arbeitnehmer und der „Wegnahme“ von Arbeitsplätzen .....	80
4. Kontrolle des Tätigwerdens von Ausländern auf dem Arbeitsmarkt .....	82
5. Zwischenergebnis .....	82

<b>H. Kritik am Rechtsinstitut der Vorrangprüfung</b> .....	83
I. Problemlösungsorientierter Bewertungsmaßstab .....	83
II. Bewertungsmaßstab für das Institut der Vorrangprüfung und ihre Umsetzung	84
III. Bewertungsmaßstab für den Anwendungsbereich der Vorrangprüfung .....	85
1. Zielkonflikt zwischen der Arbeitsmarktzulassung verschiedener Ausländergruppen .....	85
a) Aufenthaltswitzek 1: Arbeitsmigration .....	85
b) Aufenthaltswitzek 2: Humanitäre Migration .....	86
c) Aufenthaltswitzek 3: Uneingeschränkter Arbeitsmarktzugang oder Arbeitsverbot .....	87
2. Maßstab für die Bewertung der Vorrangprüfung im Rahmen der Arbeitsmigration (Aufenthaltswitzek 1) .....	87
a) Arbeitsmigrationsbeschränkung .....	87
b) Arbeitsmigrationsförderung .....	88
c) Ergebnis: Selektive Steuerung von Arbeitsmigration .....	90
3. Maßstab für die Bewertung der Vorrangprüfung im Rahmen humanitärer Migration (Aufenthaltswitzek 2) .....	90
a) Argumente für die Arbeitsmarktzugangsbeschränkung .....	91
aa) Verhinderung eines Zuzugseffekts .....	91
bb) Verhinderung faktischer Integration .....	93
b) Argumente gegen die Arbeitsmarktzugangsbeschränkung .....	94
aa) Belastung der Staatskasse .....	94
bb) Arbeitskräftebedarf auf dem Arbeitsmarkt .....	95
cc) Integration geboten .....	96
dd) Menschen- und individualrechtliche Dimension .....	97
ee) Chance zirkulärer Migration/humanitären Tätigwerdens .....	98
c) Ergebnis: Keine Arbeitsmarktzugangsbeschränkung bei humanitärer Zuwanderung .....	98
IV. Kritik an der Vorrangprüfung – Anwendung des Bewertungsmaßstabs .....	99
1. Institut der Vorrangprüfung an sich .....	99
a) Vorrangprüfung nicht sachgerecht zur Erreichung ihres Sinns und Zwecks	99
b) Faktischer Arbeitsmarktausschluss .....	101
c) Institut des Anwerbestopps und polizeirechtlichen Abwehrrechts .....	102
d) Instrument nachfrageorientierten Einwanderungssystems (vs. angebotsorientierten Einwanderungssystems) .....	102
e) Tiefer Eingriff in die entgegenstehende Personalentscheidung und Vertragsfreiheit des Arbeitgebers .....	103
f) Komplexität der Vorrangprüfung .....	105

2. Umsetzung der Vorrangprüfung .....	105
a) Prüfungsdauer .....	105
aa) Zustimmungsfiktion gem. § 36 Abs. 2 BeschV .....	107
bb) Vorabprüfung gem. § 36 Abs. 3 BeschV .....	107
cc) Beschleunigtes Fachkräfteverfahren, § 81a AufenthG-neu .....	108
dd) Ergebnis .....	108
b) Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen der Vorrangprüfung .....	109
aa) „Zurverfügungstehen“ bevorrechtigter Arbeitnehmer .....	109
bb) Erwünschtes Ergebnis in manchen Fällen: Vgl. OVG NRW .....	111
cc) Zurverfügungstehen bei Erfüllung der Mindestanforderungen .....	113
dd) Ergebnis .....	114
c) Gleichsetzung abstrakten Vorrangs mit konkretem Vorrang .....	114
aa) Gleichsetzung nach BSG (und Behörde) .....	115
bb) Gleichsetzung zugunsten Dogmatik – Begründung des BSG .....	117
cc) Ergebnis: faktische Arbeitsplatzabschaffung .....	117
dd) Schaffung eines Ausnahmetatbestandes notwendig .....	119
d) Relevanz subjektiver Gründe für die Einstellung eines bestimmten Ausländers .....	120
aa) Wirtschaftlicher Nachteil von Arbeitgebern durch Einschränkung der Arbeitnehmersauswahl nach objektiven Kriterien .....	121
bb) Prinzip der Auswahl des bestmöglichen Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber .....	122
cc) Problem der Abgrenzung subjektiver und objektiver geschäftlicher Kriterien .....	122
dd) Auswahl bestmöglichen Arbeitnehmers auch anhand subjektiver Kriterien .....	125
ee) Besondere Bedeutung subjektiver Bewerberauswahl in vertrauensfordernden Tätigkeiten .....	125
e) Prüfung anhand der Stellenbeschreibung – Problem strategischer Gestaltung .....	127
f) Bindung an ursprüngliche Stellenausschreibung und Inflexibilität .....	129
g) Rechtfertigung der Einstellungskriterien erforderlich .....	130
h) Formalismus der Voraussetzung der Bereitschaft zur Einstellung bevorrechtigter Arbeitnehmer .....	132
i) Intransparenz der Durchführung der Vorrangprüfung .....	133
j) Problem der restriktiven behördlichen Handhabung der Vorrangprüfung .....	135
aa) SG Dresden, Beschluss vom 18.01.2006 .....	136
bb) BSG, Urteil vom 22.06.1982 .....	137
k) Grenze restriktiver Auslegung nach BSG-Rechtsprechung .....	139
l) Rechtsunsicherheit durch behördliches Ermessen .....	139
m) Ergebnis .....	141

3. Kritik am Anwendungsbereich der Vorrangprüfung .....	141
<b>I. Alternativen zur Vorrangprüfung .....</b>	<b>143</b>
I. Alternative zur Vorrangprüfung als grundlegende Systemfrage .....	143
II. Umgestaltung der Zustimmungsprüfung .....	145
1. Prüfung der Vergleichbarkeit der Arbeitsbedingungen als neuer Schwerpunkt der Zustimmungsprüfung der BA .....	145
2. Vorliegen eines konkreten Arbeitsplatzangebots .....	148
III. Gruppenzulassung .....	149
IV. Punktesystem .....	150
V. Preisbasierte Zuwanderung .....	154
VI. Ergebnis .....	154
<b>J. Ergebnis und Ausblick .....</b>	<b>155</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>156</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>163</b>