

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
B. Überblick über die Systematik des Arbeitsmigrationsrechts	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
C. Begriff der Vorrangprüfung	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
D. Materielle und formelle Voraussetzungen der individuellen Vorrangprüfung ...	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
E. Anwendungsbereich der Vorrangprüfung	47
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 Aufenthalstitels	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
E. Aufstieg und Fall der Vorrangprüfung	72
G. Funktion und Sinn und Zweck der individuellen Vorrangprüfung	75
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 bevorrechtigter Arbeitnehmer und der „Wegnahme“ von Arbeitsplätzen	80
4. Kontrolle des Tätigwerdens von Ausländern auf dem Arbeitsmarkt	82
5. Zwischenergebnis	82

H. Kritik am Rechtsinstitut der Vorrangprüfung	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) Aufenthaltszweck 1: Arbeitsmigration	85
b) Aufenthaltszweck 2: Humanitäre Migration	86
c) Aufenthaltszweck 3: Uneingeschränkter Arbeitsmarktzugang oder Arbeitsverbot	87
2. Maßstab für die Bewertung der Vorrangprüfung im Rahmen der Arbeitsmigration (Aufenthaltszweck 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 (Aufenthaltszweck 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 Ausländer	120
aa) Wirtschaftlicher Nachteil von Arbeitgebern durch Einschränkung der Arbeitnehmerauswahl 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 vertrauenserfordernenden 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
I. Alternativen zur Vorrangprüfung	143
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
J. Ergebnis und Ausblick	155
Literaturverzeichnis	156
Sachwortverzeichnis	163