SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
L. A. GEELHOED
vom 12. September 2006 [1]

I — Einleitung

1. Gemäß Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls von 1970 zum Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei von 1963 ist es den Vertragsparteien des Abkommens untersagt, untereinander neue Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzuführen. In der vorliegenden Rechtssache steht die Frage im Mittelpunkt, ob Mitgliedstaaten durch diese Bestimmung auch daran gehindert sind, die Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet an strengere Voraussetzungen zu knüpfen, als sie bei Inkrafttreten der genannten Bestimmung in dem betreffenden Mitgliedstaat galten.

II — Einschlägige Bestimmungen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (im Folgenden: Assoziierungsabkommen) wurde am 12. September 1963 in Ankara von der Republik Türkei sowie den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Gemeinschaft unterzeichnet. Es wurde durch den Beschluss 64/732/EWG [2] des Rates vom 23. Dezember 1963 im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt. Das Zusatzprotokoll zum Assoziierungsabkommen wurde am 23. November 1970 in Brüssel unterzeichnet und durch die Verordnung (EWG) Nr. 2760/72 [3] des Rates vom 19. Dezember 1972 im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt.

3. Artikel 13 des Assoziierungsabkommens enthält die nachstehende allgemeine Bestim-

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — ABl. 1964, Nr. 217, S. 3685.

3 — ABl. L 293, S. 1.

mung über die Niederlassungsfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten und der Türkei:

„Die Vertragsparteien vereinbaren, sich von den Artikeln 52 bis 56 und 58 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft[4] leiten zu lassen, um untereinander die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufzuheben."

4. Artikel 41 des Zusatzprotokolls lautet:

„(1) Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen.

(2) Der Assoziationsrat setzt nach den Grundsätzen der Artikel 13 und 14 des Assoziierungsabkommens die Zeitfolge und die Einzelheiten fest, nach denen die Vertragsparteien die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs untereinander schrittweise beseitigen.

Der Assoziationsrat berücksichtigt bei der Festsetzung der Zeitfolge und der Einzelheiten für die verschiedenen Arten von Tätigkeiten die entsprechenden Bestimmungen, welche die Gemeinschaft auf diesen Gebieten bereits erlassen hat, sowie die besondere wirtschaftliche und soziale Lage der Türkei. Die Tätigkeiten, die in besonderem Maße zur Entwicklung der Erzeugung und des Handelsverkehrs beitragen, werden vorrangig behandelt."

Der Assoziationsrat hat bisher keine Maßnahmen nach Artikel 41 Absatz 2 des Zusatzprotokolls erlassen.

B — *Nationales Recht*

5. Section 11(1) des im Vereinigten Königreich geltenden Immigration Act 1971 (Einwanderungsgesetz von 1971) lautet:

„Wer mit einem Schiff oder Flugzeug im Vereinigten Königreich ankommt, gilt für die Zwecke dieses Gesetzes als nicht in das Vereinigte Königreich eingereist, bis er von Bord geht; geht er in einem Hafen von Bord, gilt er als nicht in das Vereinigte Königreich eingereist, solange er sich in einem von einem Einwanderungsbeamten zu diesem Zweck bestimmten Bereich des Hafens aufhält; wer nicht auf andere Weise in das Vereinigte Königreich eingereist ist, gilt als nicht dort eingereist, solange er gemäß den Befugnissen nach Schedule 2 dieses Gesetzes oder Teil III des Immigration and Asylum Act 1999 (Einwanderungs- und Asylgesetz von 1999) inhaftiert, vorübergehend aufgenommen oder vorläufig von der Haft verschont ist."

4 — Nach der Umnummerierung des EG-Vertrags durch den Vertrag von Amsterdam bezieht sich die Bestimmung jetzt auf die Artikel 43 EG bis 46 EG und 48 EG.

6. Am 1. Januar 1973, dem Tag des Beitritts des Vereinigten Königreichs zur Europäischen Gemeinschaft, waren die für eine Geschäftsgründung und die Erbringung von Dienstleistungen maßgeblichen Einwanderungsbestimmungen im Statement of Immigration Rules for Control on Entry (HC 509) enthalten, das dem Parlament am 23. Oktober 1972 vorgelegt worden war (im Folgenden: Einwanderungsbestimmungen von 1973). Diese Regelungen wurden im Vorabentscheidungsersuchen wie folgt zusammengefasst. Absatz 30 der Einwanderungsbestimmungen von 1973 (unter der Überschrift „Geschäftsleute") bestimmt, dass denjenigen Passagieren, die keine Einreisegenehmigung vorweisen können, die aber wahrscheinlich dennoch die Anforderungen eines der beiden folgenden Absätze erfüllen können, der vorübergehende Aufenthalt für einen Zeitraum von höchstens zwei Monaten, während dessen ihnen eine unselbständige Erwerbstätigkeit untersagt ist, zu gestatten ist und sie anzuweisen sind, ihren Fall dem Innenministerium zu unterbreiten. Nach Absatz 31 muss der Antragsteller über hinreichende Finanzmittel verfügen, um in ein Geschäft zu investieren, falls es bereits besteht, und um seinen Anteil der Verluste zu tragen; weiter muss er in der Lage sein, den Unterhalt für sich und seine Angehörigen zu bestreiten, er muss aktiv am Betrieb des Geschäftes beteiligt sein und verschiedene andere Anforderungen dieser Art erfüllen. Nach Absatz 32 muss der Antragsteller, wenn er auf eigene Rechnung ein Geschäft gründen will, nachweisen, dass er hinreichende Finanzmittel ins Land bringen wird, um ein Geschäft zu eröffnen, von dem realistischerweise erwartet werden kann, dass der Antragsteller und gegebenenfalls seine Angehörigen davon leben können, ohne noch eine unselbständige Tätigkeit aufnehmen zu müssen, für die eine Arbeitserlaubnis erforderlich ist.

7. Die derzeitigen Regelungen für Personen, die zur Gründung eines Geschäfts in das Vereinigte Königreich einreisen wollen, sind nunmehr in HC 395 (im Folgenden: derzeit gültige Einwanderungsbestimmungen) enthalten. In den Absätzen 201 bis 205 sind folgende Voraussetzungen niedergelegt:

„201. Wer eine Erlaubnis zur Einreise in das Vereinigte Königreich beantragt, um sich zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit dort niederzulassen, muss die folgenden Voraussetzungen erfüllen: i) Er erfüllt die Voraussetzungen entweder von Absatz 202 oder Absatz 203; ii) er besitzt im Vereinigten Königreich eigene, verfügbare Geldmittel in Höhe von mindestens 200 000 GBP, die von ihm in eigenem Namen und nicht von einer Treuhand oder einem anderen Investmentfonds verwaltet werden und die er in das Unternehmen im Vereinigten Königreich investieren wird; iii) er verfügt, solange er aus seinem Unternehmen kein Einkommen erzielt, über genügend zusätzliche Finanzmittel, um die Unterhalts- und Unterbringungskosten für sich und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen aufbringen zu können, ohne eine Erwerbstätigkeit (mit Ausnahme der Tätigkeit für sein Unternehmen) ausüben oder öffentliche Mittel in Anspruch nehmen zu müssen; iv) er wird aktiv und vollzeitlich auf eigene Rechnung oder im Rahmen einer Partnerschaft Handel treiben oder Dienstleistungen erbringen oder als Geschäftsführer die Förderung und Verwaltung der Handelsgesellschaft betreiben; v) die Höhe seiner finanziellen Einlage ent-

spricht seiner Beteiligung an dem Unternehmen; vi) er wird eine Beteiligung an dem Unternehmen besitzen, die ihm entweder eine beherrschende oder eine gleichberechtigte Stellung verleiht, und seine Stellung als Partner oder Geschäftsführer stellt kein verschleiertes Arbeitsverhältnis dar; vii) er wird in der Lage sein, den auf ihn entfallenden Anteil der Verbindlichkeiten zu erfüllen; viii) im Vereinigten Königreich besteht ein echter Bedarf für seine Investition und seine Dienstleistungen; ix) sein Anteil an den Gewinnen des Unternehmens wird ausreichend sein, um damit die Unterhalts- und Unterbringungskosten für sich selbst und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen bestreiten zu können, ohne eine Erwerbstätigkeit (mit Ausnahme der Tätigkeit für sein Unternehmen) ausüben oder öffentliche Mittel in Anspruch nehmen zu müssen; x) er hat nicht die Absicht, neben seinen unternehmerischen Tätigkeiten anderweitig tätig zu werden, indem er im Vereinigten Königreich eine Erwerbstätigkeit — mit Ausnahme der Tätigkeit für sein Unternehmen — aufnimmt oder sich um ein solche bewirbt; und xi) er besitzt eine gültige britische Einreiseerlaubnis für die Einreise zu diesem Zweck.

202. Wer beabsichtigt, als Partner oder Geschäftsführer ein bestehendes Unternehmen im Vereinigten Königreich zu übernehmen oder in ein solches einzutreten, muss die in Absatz 201 bezeichneten Voraussetzungen erfüllen und außerdem Folgendes vorlegen: i) eine schriftliche Aufstellung der Konditionen, zu denen er das Unternehmen übernimmt oder in dieses eintritt, und ii) geprüfte Geschäftsabschlüsse für das Unternehmen für die Vorjahre und iii) einen Nachweis, dass seine Dienstleistungen und seine Investition die Zahl der Arbeitsplätze, die das Unternehmen hier ansässigen Personen bietet, im Ergebnis um mindestens zwei neue Vollzeitarbeitsplätze erhöht.

203. Wer beabsichtigt, im Vereinigten Königreich ein neues Unternehmen zu gründen, muss die in Ziffer 201 bezeichneten Voraussetzungen erfüllen und darüber hinaus nachweisen, i) dass er genügend eigene Mittel zur Gründung eines Unternehmens in das Land bringen wird und ii) dass das Unternehmen Vollzeitarbeitsplätze für mindestens zwei Personen schaffen wird, die bereits im Vereinigten Königreich ansässig sind.

Erlaubnis zu einer Einreise in das Vereinigte Königreich, die dem Zweck dient, sich dort zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederzulassen

204. Einer Person, die die Erlaubnis zur Einreise in das Vereinigte Königreich beantragt, um sich dort zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederzulassen, kann der Aufenthalt für einen Zeitraum von bis zu 12 Monaten unter Auflagen, durch die ihre Freiheit zur Aufnahme einer Arbeit beschränkt wird, gestattet werden, wenn sie bei ihrer Ankunft dem Einwanderungsbeamten eine diesem Zweck entsprechende gültige britische Einreiseerlaubnis vorlegen kann.

Versagung der Erlaubnis zu einer Einreise in das Vereinigte Königreich, die dem Zweck dient, sich dort zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederzulassen

205. Die Erlaubnis zu einer Einreise in das Vereinigte Königreich, die dem Zweck dient, sich dort zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederzulassen, ist zu ver-

weigern, wenn dem Einwanderungsbeamten bei der Ankunft keine diesem Zweck entsprechende gültige britische Einreiseerlaubnis vorgelegt wird."

III — Sachverhalt und Verfahren

8. Da die Sachverhalte in den Fällen Tum und Dari im Wesentlichen gleich sind, sind sie zusammen darzustellen.

9. Herr Veli Tum und Herr Mehmet Dari, beide türkische Staatsangehörige, kamen am 29. November 2001 bzw. am 1. Oktober 1998 im Vereinigten Königreich an. Beiden wurde nach Section 11 des Immigration Act 1971 der vorübergehende Aufenthalt im Vereinigten Königreich gestattet, und zwar im Fall Herrn Tums mit einer Einschränkung und im Fall Herrn Daris mit einem Verbot bezüglich der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Beide hatten im Vereinigten Königreich Asyl beantragt. Diese Anträge wurden vom Secretary of State jedoch abgelehnt, woraufhin die Ausweisung der beiden Männer gemäß dem Dubliner Übereinkommen [5] in diejenigen Mitgliedstaaten angeordnet wurde, in denen sie erstmals Asyl beantragt hatten, nämlich nach Deutschland (Tum) und nach Frankreich (Dari). Ihre anschließend gestellten Anträge auf gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidungen blieben ohne Erfolg.

10. Während seines Aufenthalts im Vereinigten Königreich eröffnete Herr Dari einen eigenen Pizzabetrieb in Herne Bay, Kent. Am 30. September 2002 beantragte Dari bei den Einwanderungsbehörden, ihm die Einreiseerlaubnis für das Vereinigte Königreich zu erteilen, damit er seinen Betrieb weiter führen könne. In ähnlicher Weise beantragte Herr Tum eine Einreiseerlaubnis für das Vereinigte Königreich, um in Nordlondon einen Reinigungsbetrieb zu eröffnen. Da sich Herr Tum und Herr Dari im Vereinigten Königreich nach Section 11 des Immigration Act 1971 vorübergehend aufhalten durften und damit nicht formell zum Zweck der Einwanderung in das Vereinigte Königreich eingereist waren, stützten beide ihre Anträge auf das Assoziierungsabkommen und das Zusatzprotokoll und verlangten eine Prüfung ihrer Anträge auf der Grundlage der Einwanderungsbestimmungen von 1973.

11. Nachdem der Secretary of State den Fall auf der Grundlage der derzeit gültigen Einwanderungsbestimmungen und nicht der Einwanderungsbestimmungen von 1973 geprüft hatte, lehnte er es am 12. Mai 2003 ab, Herrn Tum eine Einreiseerlaubnis für das Vereinigte Königreich zum Zwecke der gewerblichen Niederlassung zu erteilen, und wies darauf hin, dass Vorkehrungen für seine schnellstmögliche Rückführung nach Deutschland getroffen würden. Mit der gleichen Begründung wurde auch Herrn Daris Antrag abgewiesen. Herr Tum erwirkte eine einstweilige Verfügung gegen die Ausweisungsanordnung.

5 — Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags, unterzeichnet in Dublin am 15. Juni 1990 (ABl. 1997, C 254, S. 1, im Folgenden: Dubliner Übereinkommen). Dieses Übereinkommen wurde ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (ABl. L 50, S. 1).

12. Herr Tum und Herr Dari beantragten anschließend eine gerichtliche Überprüfung. Der High Court of Justice, Queen's Bench Division, verhandelte beide Sachen gemeinsam und entschied durch Urteil vom 19. November 2003 zu ihren Gunsten. Zur Begründung seiner Entscheidung führte das Gericht im Wesentlichen an, dass Herr Tum und Herr Dari sich auf die so genannte Stillhalteklausel in Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen und somit die Prüfung ihrer Anträge auf Einreise in das Vereinigte Königreich als Gewerbetreibende auf der Grundlage derjenigen Einwanderungsbestimmungen verlangen könnten, die zum Zeitpunkt des Beitritts des Vereinigten Königreichs zur Gemeinschaft am 1. Januar 1973 gültig gewesen seien.

13. Mit Urteil vom 24. Mai 2004 bestätigte der Court of Appeal diese Entscheidung.

14. Am 9. Juli 2004 beantragte der Secretary of State beim House of Lords die Zulassung eines Rechtsmittels gegen die Urteile des Court of Appeal in den verbundenen Rechtssachen. Im Anschluss an eine mündliche Verhandlung am 27. Oktober 2004 ordnete das Appellate Committee (Rechtsmittelausschuss) des House of Lords an, nach Artikel 234 EG eine Vorabentscheidung des Gerichtshofes über folgende Frage einzuholen:

Ist Artikel 41 Absatz 1 des am 23. November 1970 in Brüssel unterzeichneten Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat untersagt, von dem Tag an, an dem das Protokoll in diesem Mitgliedstaat in Kraft getreten ist, für einen türkischen Staatsangehörigen, der sich in diesem Mitgliedstaat zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederlassen will, neue Beschränkungen in Bezug auf die Bedingungen und das Verfahren für die Einreise in sein Hoheitsgebiet einzuführen?

15. Schriftliche Erklärungen haben Herr Tum und Herr Dari, die slowakische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission eingereicht. In der Sitzung vom 18. Mai 2006 haben Herr Tum und Herr Dari, die Regierung des Vereinigten Königreichs, die niederländische Regierung und die Kommission weitere Ausführungen gemacht.

16. Herr Tum und Herr Dari, die slowakische Regierung und die Kommission sind der Ansicht, die vom House of Lords vorgelegte Frage sei zu bejahen. Die Regierung des Vereinigten Königreichs und die niederländische Regierung vertreten die entgegengesetzte Auffassung und schlagen vor, die Frage zu verneinen.

IV — Zusammenfassung der eingereichten Erklärungen

17. Herr Tum und Herr Dari machen als Hauptargument geltend, die Stillhalteklausel in Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls

erstrecke sich nicht allein auf die Voraussetzungen für eine Niederlassung als solche, sondern auch auf die Voraussetzungen für den Aufenthalt und die Einreise. Im Gemeinschaftsrecht würden Letztere als notwendige Nebenrechte zur Niederlassungsfreiheit betrachtet [6]. Zwar verleihe diese Bestimmung türkischen Staatsangehörigen kein unmittelbares Niederlassungsrecht oder Recht auf Einreise in einen Mitgliedstaat, doch sei über ihre Anträge auf Erlaubnis der Einreise in das Vereinigte Königreich zum Zwecke einer Geschäftsgründung anhand der nationalen Rechtsvorschriften zu entscheiden, die zu dem Zeitpunkt gültig gewesen seien, als das Zusatzprotokoll im Vereinigten Königreich in Kraft getreten sei, d. h. am 1. Januar 1973.

18. Der Gerichtshof habe im Urteil Savas [7] bereits deutlich gemacht, dass sich türkische Staatsangehörige, selbst wenn ihr Aufenthalt im Vereinigten Königreich völlig irregulär sei, auf die unmittelbar geltende Stillhalteklausel in Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen könnten. Der Gerichtshof habe sich in der genannten Rechtssache nicht mit der Frage der Einreise zu befassen brauchen, weil Herr Savas bereits rechtmäßig eingereist gewesen sei, wenngleich sein Verbleib im Vereinigten Königreich rechtswidrig gewesen sei. Der Gerichtshof habe daher lediglich die Voraussetzungen geprüft, unter denen Herr Savas der Verbleib und die Niederlassung im Vereinigten Königreich zu gestatten seien.

19. Zur weiteren Begründung ihres Hauptarguments, das den Anwendungsbereich des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls betrifft, bemerken Herr Tum und Herr Dari, dass sich aus dessen Wortlaut — im Gegensatz zu ähnlichen Stillhalteklauseln [8] — kein Anhaltspunkt dafür ergebe, dass die Klausel nur für die Aufenthalts- und Niederlassungsbedingungen, nicht aber für die Einreisebedingungen gelte. Die Stillhalteklausel würde ihres Sinns beraubt, wenn es den Mitgliedstaaten im Widerspruch zu den Zielen des Assoziierungsabkommens erlaubt wäre, die Einreise in ihr Staatsgebiet zu erschweren oder sogar unmöglich zu machen. Sie heben hervor, dass eine derartige Auslegung von Artikel 41 Absatz 1 die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der Zuwanderung türkischer Staatsangehöriger nicht beeinträchtige. Letztere würden einfach nur in die Lage versetzt, in der sie sich zu dem Zeitpunkt befunden hätten, zu dem das Zusatzprotokoll in dem Mitgliedstaat in Kraft getreten sei — wie es die Stillhalteklausel gebiete.

20. Zur Entgegnung auf das Argument des Vereinigten Königreichs, dass der durch Artikel 41 Absatz 1 gewährte Schutz nicht

6 — Sie berufen sich auf die Urteile in der Rechtssache 48/75 (Royer, Slg. 1976, 497, Randnr. 50), in der Rechtssache C-106/91 (Ramrath, Slg. 1992, I-3351, Randnr. 17), in den verbundenen Rechtssachen C-100/89 und C-101/89 (Kaefer und Procacci, Slg. 1990, I-4647, Randnr. 15) und in der Rechtssache C-257/99 (Barkoci und Malik, Slg. 2001, I -6557, Randnr. 44).

7 — Urteil in der Rechtssache C-37/98 (Savas, Slg. 2000, I-2927).

8 — Sie verweisen auf Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation, in dem es heißt: „Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, *deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind*, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen." (Hervorhebung hinzugefügt) (im Folgenden: Beschluss 1/80).

auf abgelehnte Asylbewerber ausgeweitet werden dürfe (siehe unten Nr. 25), verweisen Herr Tum und Herr Dari darauf, dass sie im Vereinigten Königreich zwar tatsächlich lebten, gemäß Section 11 des Immigration Act 1971 jedoch nicht formell in das Vereinigte Königreich eingereist seien. Ob sie gemäß dem Dubliner Übereinkommen in einen anderen Mitgliedstaat ausgewiesen werden könnten, sei für die Beantwortung der vom House of Lords vorgelegten Frage ohne Belang. Mit dieser Frage solle nur geklärt werden, welche Vorschriften auf Herrn Tums und Herrn Daris Antrag auf Erteilung einer Einreiseerlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit anzuwenden seien.

21. Die slowakische Regierung und die Kommission schließen sich im Wesentlichen der von Herrn Tum und Herrn Dari vertretenen Auffassung an. Beide machen geltend, aus Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls, dem zufolge die Mitgliedstaaten die Niederlassung zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit für türkische Staatsangehörige nicht schwerer machen dürften, als sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Protokolls gewesen sei, ergebe sich gleichzeitig als notwendige Folge, dass die Mitgliedstaaten dieses Recht nicht durch Einführung neuer Beschränkungen des Aufenthalts- und Einreiserechts vereiteln dürften, soweit diese Rechte mit dem Niederlassungsrecht untrennbar verbunden seien.

22. Nach Auffassung der Kommission wäre es angesichts des Urteils in der Rechtssache Savas, wo der Gerichtshof die Stillhalteklausel des Artikels 41 Absatz 1 als auf eine Person anwendbar angesehen habe, deren Einreise in einen Mitgliedstaat zwar rechtmäßig, deren Verbleib dort aber illegal gewesen sei, paradox, die Klausel nicht auch auf eine Person anzuwenden, die während ihres Aufenthalts in der Türkei ordnungsgemäß eine Einreiseerlaubnis beantragt habe. Die Kommission fügt hinzu, dass der Schutz des Abkommens sich nicht auf Personen erstrecke, die eine Erlaubnis zur Einreise als Besucher beantragt hätten, in Wirklichkeit aber die Absicht verfolgten, sich nach der Einreise in dem Mitgliedstaat zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederzulassen. Allerdings sei eine derartige betrügerische Absicht schwer, wenn nicht gar unmöglich nachzuweisen.

23. Die Kommission trägt vor, aus der Feststellung des Gerichtshofes, dass der Beschluss Nr. 1/80 die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung der erstmaligen Zulassung der Einreise türkischer Arbeitnehmer in ihr Hoheitsgebiet unberührt lasse, folge nicht, dass weder das Assoziierungsabkommen noch das Zusatzprotokoll jemals Auswirkungen auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung der Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet haben könne. Tatsächlich sei die Zuständigkeit des Mitgliedstaats zur Kontrolle der erstmaligen Zulassung der Einreise türkischer Staatsangehöriger beschränkt worden. Auch wenn dieses Ergebnis unvermeidlich sei, sollte der Gerichtshof in seiner Antwort nur zu denjenigen Beschränkungen Stellung nehmen, die untrennbar mit dem Niederlassungsrecht verbunden seien, damit die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Regelung der erstmaligen Zulassung der Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet nicht ungebührlich behindert werden.

24. Die Regierung des Vereinigten Königreichs trägt in erster Linie vor, dass nach ständiger Rechtsprechung die Mitgliedstaaten weiterhin selbst die Bedingungen für die Zulassung der erstmaligen Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet festsetzen könnten. Weder das Assoziierungsabkommen noch das Zusatzprotokoll solle türkischen Staatsangehörigen ein Niederlassungsrecht verleihen, das demjenigen der EU-Bürger entspreche. Das Vereinigte Königreich mache von dieser Befugnis rechtmäßig Gebrauch, wenn es die Voraussetzungen ändere, unter denen es türkischen Bürgern die Einreise in das Vereinigte Königreich zum Zwecke der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit gestatte, selbst wenn durch diese Änderung die Einreise schwieriger werde, als sie am 1. Januar 1973 gewesen sei. Dies ergebe sich aus dem Urteil in der Rechtssache Savas, in dem der Gerichtshof entschieden habe, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls lediglich für Bedingungen gelte, die die Mitgliedstaaten für Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben wollten, nach deren rechtmäßiger Einreise in einen Mitgliedstaat aufstellten und dass diese Vorschrift die Mitgliedstaaten nicht in ihrem Recht einschränke, die Bedingungen für die erstmalige Zulassung der Einreise zu bestimmen.

25. Für den Fall, dass der Gerichtshof doch entscheiden sollte, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls den Mitgliedstaaten verbiete, für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet zum Zwecke der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit neue Beschränkungen einzuführen, trägt das Vereinigte Königreich hilfsweise vor, dass dieses Verbot jedenfalls nicht in Bezug auf Personen gelte, die nach Ablehnung ihres Asylantrags im Land verbleiben und sich dort zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederlassen wollten und gemäß dem Dubliner Übereinkommen bzw. einer Nachfolgeregelung in einen anderen Mitgliedstaat ausgewiesen werden könnten. Herr Tum und Herr Dari hätten ihre angeblichen Rechte aus Artikel 41 Absatz 1 erst dann geltend gemacht, als ihnen die Ausweisung nach Frankreich bzw. nach Deutschland gedroht habe. Könnten in derartigen Fällen die Betroffenen Schutz gegen eine gemäß dem Dubliner Übereinkommen erfolgende Ausweisung beanspruchen, würde man damit Asylbewerbern erlauben, die gemeinsame europäische Asylregelung auszuhebeln. Dies würde zu einem Missbrauch von Rechten führen, denn ein Asylbewerber könnte sich dann aufgrund seiner rechtswidrigen Einreise in einen Mitgliedstaat und seines rechtswidrigen Aufenthalts dort auf gemeinschaftsrechtliche Rechte berufen.

26. Die niederländische Regierung ist ebenfalls der Meinung, dass die Rechte aus Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls nur von türkischen Staatsbürgern geltend gemacht werden könnten, die die nationalen Einwanderungsvorschriften über Einreise und Aufenthalt beachtet hätten. Wolle man Personen, die illegal in einen Mitgliedstaat eingereist seien und anschließend ein Unternehmen gegründet hätten, den Schutz des Artikels 41 Absatz 1 zubilligen, würde die Wirksamkeit der einzelstaatlichen Einwanderungsvorschriften, die im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten verblieben seien, untergraben. Auch die gemeinschaftliche Asylregelung würde ihrer Wirkung beraubt. Wenn Herr Tum und Herr Dari tatsächlich in die Türkei zurückgekehrt wären und dort erneut einen Antrag auf Erlaubnis der Einreise in das Vereinigte Königreich aufgrund ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit während ihres illegalen Aufenthalts gestellt hätten,

könnten sie sich trotzdem nicht auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen. Würde man einen derartigen Anspruch anerkennen, gefährdete man die Wirksamkeit und Glaubwürdigkeit des nationalen Einwanderungsrechts.

V — Rechtliche Würdigung

27. Wie bereits einleitend in diesen Schlussanträgen bemerkt, lautet die grundlegende Frage in dieser Sache, ob Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls, der nach dem Inkrafttreten des Zusatzprotokolls in dem betroffenen Mitgliedstaat die Einführung neuer Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs verbietet, die Mitgliedstaaten auch daran hindert, die Bedingungen für die Einreise türkischer Staatsangehöriger restriktiver zu gestalten.

28. Alle Verfahrensbeteiligten stützen sich bei ihren verschiedenen Stellungnahmen auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Savas [9], um ihre diametral entgegengesetzten Auffassungen dazu, ob diese Frage zu bejahen oder zu verneinen sei, zu begründen. Es ist daher zunächst notwendig, den wesentlichen Sachverhalt und das Urteil des Gerichtshofes zusammenzufassen.

9 — Zitiert in Fußnote 7.

A — *Die Rechtssache Savas*

29. Herrn Savas [10], der türkischer Staatsangehöriger ist, wurde die Erlaubnis erteilt, für einen Monat als Besucher in das Vereinigte Königreich einzureisen. Die Einreiseerlaubnis erfolgte unter der ausdrücklichen Auflage, dass es ihm verboten war, eine Beschäftigung anzunehmen, ein Gewerbe zu betreiben oder eine freie Berufstätigkeit aufzunehmen. Obwohl seine Erlaubnis abgelaufen war, verließ Herr Savas das Vereinigte Königreich nicht und verstieß damit gegen die nationalen Einwanderungsbestimmungen. Einige Jahre später nahm er den Betrieb einer Hemdenfabrik auf, ohne eine Arbeitserlaubnis oder eine Erlaubnis zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit beantragt zu haben. Nachdem er diesen Betrieb eine Zeit lang geführt hatte, stellte er einen Antrag bei den nationalen Einwanderungsbehörden, um seine Situation zu bereinigen. Sein Antrag auf Aufenthaltserlaubnis wurde jedoch abgelehnt, und ihm wurde eine Ausweisungsverfügung zugestellt. Herr Savas legte gegen die Verfügung Widerspruch ein, der jedoch zurückgewiesen wurde.

30. Während Herr Savas seine Anträge anfangs ausschließlich auf nationales Recht gestützt hatte, berief er sich später auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls und machte geltend, seine Rechtsstellung müsse gemäß den Einwanderungsvorschriften von 1973 beurteilt werden. Die Einwanderungsbehörden wiesen dieses neue Vorbringen mit der Begründung zurück, Herr Savas sei zu dem Zeitpunkt, zu dem

10 — Eigentlich befand sich Herr Savas bei der Einreise in das Vereinigte Königreich in Begleitung seiner Ehefrau. Zur Vereinfachung der Darstellung schildere ich den Sachverhalt jedoch im Singular.

er den Antrag wegen Regularisierung seines Aufenthalts im Vereinigten Königreich gestellt habe, nicht mehr im Besitz einer Erlaubnis zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat gewesen, so dass die Einwanderungsbestimmungen von 1973 nicht auf ihn hätten angewandt werden können. Herr Savas legte daraufhin Rechtsmittel beim High Court of Justice, Queen's Bench Division, ein. Dieses Gericht hatte Zweifel, ob das Assoziierungsabkommen Ausländern, die sich wie Herr Savas illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten, Rechte verleiht. Es beschloss daher, dem Gerichtshof Fragen zur unmittelbaren Wirkung von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls und zum Schutzumfang dieser Vorschrift zur Vorabentscheidung vorzulegen.

31. Für die vorliegende Rechtssache kommt es lediglich auf die Ausführungen des Gerichtshofes zur Tragweite von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls an. Der Vollständigkeit halber möchte ich jedoch darauf hinweisen, dass der Gerichtshof ohne weiteres feststellte, dass die Vorschrift durchaus auch vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden kann [11].

32. Was die Tragweite von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls anbetrifft, so hatte Herr Savas in seinen schriftlichen Erklärungen anfänglich unmittelbar aus dieser Vorschrift ein Niederlassungsrecht sowie ein damit verbundenes Aufenthaltsrecht abgeleitet, ungeachtet dessen, dass er im Vereinigten Königreich unter Verstoß gegen das nationale Einwanderungsrecht einer selbständigen beruflichen Tätigkeit nachgegangen war. Später, in der mündlichen Verhandlung, ließ er jedoch dieses Argument fallen und machte stattdessen geltend, er könne aufgrund dieser Vorschrift ein nationales Gericht mit der Bitte um Prüfung anrufen, ob die auf ihn angewandten Vorschriften im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit und das Aufenthaltsrecht strenger seien als diejenigen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls im Vereinigten Königreich gegolten hätten. In seinem Urteil ging der Gerichtshof auf beide Argumente ein.

33. Das erste Argument von Herrn Savas veranlasste den Gerichtshof, an seine in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Stellung türkischer Staatsangehöriger zu erinnern. Diese Grundsätze sind:

— „[D]ie Vorschriften über die Assoziation EWG–Türkei [lassen] beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt ..., Vorschriften sowohl über die Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet als auch über die Voraussetzungen für deren erste Beschäftigung zu erlassen, und [regeln] lediglich die Stellung türkischer Arbeitnehmer ..., die bereits ordnungsgemäß in den Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten eingegliedert sind ...“ [12]

— „[T]ürkische Arbeitnehmer [genießen] im Gegensatz zu den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten keine Freizügigkeit

11 — Vgl. Randnrn. 46 bis 54 des Urteils.

12 — Randnr. 58 des Urteils.

innerhalb der Gemeinschaft ..., sondern [besitzen] nur bestimmte Rechte in dem Aufnahmemitgliedstaat ..., in dessen Hoheitsgebiet sie rechtmäßig eingereist sind und in dem sie eine bestimmte Zeit lang eine ordnungsgemäße Beschäftigung ausgeübt haben ...“ [13]

— Die „den türkischen Arbeitnehmern auf dem Gebiet der Beschäftigung eingeräumten Rechte [implizieren] zwangsläufig, dass den Betroffenen ein Aufenthaltsrecht zusteht, weil sonst das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt und auf Ausübung einer Beschäftigung völlig wirkungslos wäre ...“ [14]

— „[D]ie Ordnungsmäßigkeit der Beschäftigung eines türkischen Staatsangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat [setzt] eine gesicherte und nicht nur vorläufige Position auf dem Arbeitsmarkt dieses Staates voraus und erfordert hierzu das Bestehen eines nicht bestrittenen Aufenthaltsrechts ...“ [15]

— „Beschäftigungszeiten, die ein türkischer Staatsangehöriger aufgrund einer Aufenthaltserlaubnis zurückgelegt hat, die er allein durch eine Täuschung, die zu seiner Verurteilung geführt hat, erwirkt hat, [beruhen] nicht auf einer gesicherten Position ..., sondern [sind] als in einer nur vorläufigen Position zurückgelegt zu betrachten ..., da ihm während dieser Zeiten von Rechts wegen kein Aufenthaltsrecht zustand ... [Es ist] ausgeschlossen ..., dass die Ausübung einer Beschäftigung durch einen türkischen Arbeitnehmer im Rahmen einer Aufenthaltserlaubnis, die aufgrund einer solchen Täuschung erteilt wurde, Rechte für ihn entstehen lassen kann ...“ [16]

34. Sodann stellte der Gerichtshof fest: „Diese Grundsätze, die im Rahmen der Auslegung der Vorschriften der Assoziation EWG–Türkei, die auf eine schrittweise Herbeiführung der Freizügigkeit der türkischen Arbeitnehmer in der Gemeinschaft abzielen, aufgestellt wurden, müssen analog auch im Rahmen der Vorschriften dieser Assoziation betreffend die Niederlassungsfreiheit gelten.“ [17]

35. Daraus folgerte der Gerichtshof, dass „die Stillhalteklausel des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls ... nicht aus sich selbst heraus einem türkischen Staatsangehörigen das Niederlassungsrecht und das damit einhergehende Aufenthaltsrecht verleihen kann“ [18].

36. Des Weiteren führte der Gerichtshof aus: „Die erstmalige Zulassung der Einreise

13 — Randnr. 59 des Urteils.
14 — Randnr. 60 des Urteils.
15 — Ebenda.
16 — Randnrn. 61 und 62 des Urteils.
17 — Randnr. 63 des Urteils.
18 — Randnr. 64 des Urteils.

eines türkischen Staatsangehörigen in einen Mitgliedstaat unterliegt ausschließlich dem Recht dieses Staates, und der Betroffene kann sich auf bestimmte Rechte auf dem Gebiet der Ausübung einer Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit und damit verbunden auf dem Gebiet des Aufenthalts von Gemeinschaftsrechts wegen nur berufen, wenn er sich in dem betreffenden Mitgliedstaat in einer ordnungsgemäßen Situation befindet." [19]

37. Angesichts seiner aufenthaltsrechtlichen Lage konnte Herr Savas aus Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls kein unmittelbares Recht auf Niederlassung bzw. Aufenthalt herleiten.

38. Zum zweiten Argument von Herrn Savas verwies der Gerichtshof auf seine frühere Feststellung, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls dem Einzelnen Rechte verleiht, die die nationalen Gerichte zu wahren haben, und dass diese Vorschrift „es einem Mitgliedstaat verwehrt, neue Maßnahmen zu erlassen, die den Zweck oder die Folge haben, dass die Niederlassung und damit verbunden der Aufenthalt eines türkischen Staatsangehörigen in diesem Mitgliedstaat strengeren Bedingungen als denjenigen unterworfen werden, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Zusatzprotokolls gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat galten" [20]. Die Feststellung, ob dies der Fall ist, ist Sache des nationalen Gerichts.

39. Der Gerichtshof fasste seine Ausführungen zur Tragweite von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls wie folgt zusammen:

— „Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls ist als solcher nicht geeignet, einem türkischen Staatsangehörigen ein Niederlassungsrecht und damit verbunden ein Recht auf Aufenthalt in dem Mitgliedstaat, in dem er sich unter Verstoß gegen das nationale Einwanderungsrecht aufgehalten und als Selbständiger berufliche Tätigkeiten ausgeübt hat, zu verleihen.

— Dagegen verbietet Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls die Einführung neuer nationaler Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des Aufenthaltsrechts der türkischen Staatsangehörigen ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Protokolls im Aufnahmemitgliedstaat. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Recht auszulegen, um festzustellen, ob die auf den Kläger des Ausgangsverfahrens angewandte Regelung ungünstiger ist als diejenige, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls galt." [21]

19 — Randnr. 65 des Urteils.

20 — Randnr. 69 des Urteils.

21 — Randnr. 71, dritter und vierter Gedankenstrich, des Urteils.

B — *Würdigung*

1. In der Rechtssache Savas offen gebliebene Fragen

40. Wie oben erwähnt, legen Herr Tum und Herr Dari — unterstützt von der Kommission und der slowakischen Regierung — das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Savas dahin gehend aus, dass ein türkischer Staatsbürger sich auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen kann, um sicherzustellen, dass auf seine Situation unabhängig davon, ob er sich rechtmäßig im Vereinigten Königreich aufhält, die Niederlassungsvorschriften angewandt werden, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in diesem Mitgliedstaat galten. Sie machen geltend, dass zu den Niederlassungsvorschriften zwangsläufig auch die Voraussetzungen für die Einreise in den Mitgliedstaat gehörten. Dass der Gerichtshof in diesem Urteil auf die Voraussetzungen für die Einreise nicht eingegangen sei, erkläre sich aus der Tatsache, dass Herr Savas rechtmäßig in das Vereinigte Königreich eingereist sei. Die Ausführungen des Gerichtshofes zur Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die erstmalige Zulassung der Einreise türkischer Staatsangehöriger seien als Antwort auf Herrn Savas' erstes Vorbringen in seinen schriftlichen Erklärungen zu betrachten und seien für die Ausführungen des Gerichtshofes zu Herrn Savas' zweitem Vortrag unerheblich.

41. Im Gegensatz hierzu verweist die Regierung des Vereinigten Königreichs — unterstützt von der niederländischen Regierung — darauf, dass der Gerichtshof die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung der erstmaligen Zulassung der Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet besonders betont habe. Ein türkischer Staatsangehöriger könne den Schutz des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls erst dann für sich in Anspruch nehmen, nachdem ihm die Einreise gemäß den Einwanderungsvorschriften, die zum Zeitpunkt seines Antrags auf Erteilung der Einreiseerlaubnis gültig gewesen seien, gestattet worden sei. Die Regierung des Vereinigten Königreichs meint, dass der Gerichtshof in Randnummer 69 des Urteils Savas (oben zitiert in Nr. 38) lediglich das Niederlassungsrecht und damit verbunden das Aufenthaltsrecht als von Artikel 41 Absatz 1 erfasst angesehen habe, in diesem Zusammenhang aber nicht die Einreisevoraussetzungen erwähnt habe.

42. Dass das Urteil Savas von allen Verfahrensbeteiligten zur Begründung offensichtlich unvereinbarer Auffassungen herangezogen wird, ist nicht überraschend, da die in dem Urteil getroffenen Feststellungen des Gerichtshofes selbst widersprüchlich zu sein scheinen. Einerseits hebt der Gerichtshof die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung der erstmaligen Zulassung der Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet hervor und bestätigt, dass sich türkische Staatsangehörige auf Rechte zur Ausübung einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit nur berufen können, wenn ihre Situation in dem betreffenden Mitgliedstaat den gesetzlichen Bestimmungen entspricht. Andererseits geht der Gerichtshof davon aus, dass ein türkischer Staatsangehöriger Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls geltend machen kann, um sicherzustellen, dass seine Niederlassung und sein Aufenthalt keinen strengeren Bedingungen als denjenigen unterworfen werden, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Protokolls in dem Aufnahmemitgliedstaat galten, selbst wenn sich der betreffende

türkische Staatsangehörige dort illegal aufhält. Falls einem türkischen Staatsangehörigen nach den nationalen Vorschriften ein Recht auf Niederlassung zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nur zusteht, wenn seine Situation den gesetzlichen Bestimmungen entspricht, warum, so fragt man sich, kann er selbst dann verlangen, dass sein Antrag anhand einer älteren, großzügigeren Regelung geprüft wird, wenn er sich unter Verstoß gegen nationales Einwanderungsrecht in dem Mitgliedstaat aufhält.

43. Fest steht jedenfalls, dass der Gerichtshof in seinem Urteil Savas nicht ausdrücklich auf die präzise Frage eingegangen ist, ob türkische Staatsangehörige sich auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen können, um die Erlaubnis zur *Einreise* in einen Mitgliedstaat zum Zwecke der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu erlangen. Das Problem im damaligen Fall bestand darin, dass Herr Savas nach seiner Einreise in das Vereinigte Königreich, die aufgrund eines Besuchervisums rechtmäßig war, dort unter Verstoß gegen die nationalen Einwanderungsvorschriften *verblieb.* Demgegenüber gelten Herr Tum und Herr Dari trotz ihrer tatsächlichen Anwesenheit im Vereinigten Königreich im juristischen Sinne als noch nicht in diesen Mitgliedstaat eingereist; ihnen ist lediglich der vorübergehende Aufenthalt dort gestattet worden.

44. Die beiden von den Verfahrensbeteiligten verfolgten Lösungsansätze entsprechen zwei unterschiedlichen, aber miteinander zusammenhängenden Fragen zur Auslegung von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls, die der Gerichtshof in seinem Urteil Savas offen gelassen hat:

1. Ist die Berufung auf die Schutzwirkung dieser Vorschrift nur möglich, wenn die Zulassung des betroffenen türkischen Staatsangehörigen in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats rechtmäßig war?

2. Umfasst der Begriff „Niederlassungsfreiheit" in dieser Vorschrift die Bedingungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat?

2. Rechtmäßiger Aufenthalt als Voraussetzung für die Berufung auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls?

45. Generell fällt die Regelung der Einwanderung von Drittstaatsangehörigen, wozu auch türkische Staatsangehörige gehören, immer noch in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten, soweit nicht die nationalen Einwanderungsvorschriften durch Maßnahmen gemäß Artikel 63 Nummer 3

EG harmonisiert worden sind [22] und diese Maßnahmen in dem betreffenden Mitgliedstaat Anwendung finden [23]. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten befugt sind, die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen in ihr Hoheitsgebiet zu bestimmen und solche Staatsangehörige insbesondere erst nach einer individuellen Überprüfung des Betroffenen und der Gründe, die er für seinen Wunsch zur Einreise in ihr Hoheitsgebiet vorträgt, zuzulassen.

46. Dass die Einwanderung türkischer Staatsangehöriger weiterhin in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung sowohl in Bezug auf türkische Arbeitnehmer als auch in Bezug auf türkische Staatsangehörige, die eine selbständige Tätigkeit ausüben, besonders betont. Zu verweisen ist auf die oben in Nummer 33 zitierten Ausführungen im Urteil Savas, die im Urteil Abatay und Sahin [24] bestätigt wurden. Die Mitgliedstaaten sind daher befugt, über die Zulassung türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet anhand der Kriterien zu entscheiden, die in ihren nationalen Einwanderungsvorschriften niedergelegt sind.

47. Dieser Punkt ist zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens auch unstrittig. Im Streit ist, ob eine Berufung auf die Schutzwirkung des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls nur möglich ist, wenn dem betreffenden türkischen Staatsangehörigen die Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig gestattet worden ist und er sich dort rechtmäßig aufhält. Mit anderen Worten: Muss er Zugang zum Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats gemäß den nationalen Einwanderungsvorschriften erlangt haben, ehe er Zugang zu den inländischen Märkten des Mitgliedstaats erlangen kann, um dort eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben?

48. Diese Frage hat der Gerichtshof, wiederum im Urteil Savas, eindeutig dahin entschieden, dass sich ein türkischer Staatsangehöriger auf wirtschaftliche Rechte in einem Aufnahmemitgliedstaat nur berufen kann, wenn er sich in dem betreffenden Mitgliedstaat in einer Situation befindet, die den gesetzlichen Bestimmungen entspricht [25]. Für sich genommen verleiht Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls türkischen Staatsangehörigen keine unmittelbaren wirtschaftlichen Rechte, sondern schreibt lediglich vor, dass die Rechte, die diese Staatsangehörigen in einem Aufnahmemitgliedstaat geltend machen können, nach dem Stand des nationalen Rechts zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in dem Mitgliedstaat zu bestimmen sind. Jedenfalls gibt es, da die Entscheidung, welches Recht auf einen Antrag zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem Mitgliedstaat anwendbar ist, unverkennbar eine materiell-rechtliche Kompo-

22 — Gemäß dieser Vorschrift ist eine Reihe von gemeinschaftlichen Maßnahmen über die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zu bestimmten Zwecken getroffen worden. Siehe etwa die Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst (ABl. L 375, S. 12) und die Richtlinie 2005/71/EG des Rates vom 12. Oktober 2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung (ABl. L 289, S. 15).

23 — Gemäß den Artikeln 1 und 2 des Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands im Anhang zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften ist keine dieser beiden Richtlinien auf das Vereinigte Königreich anwendbar.

24 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-317/01 und C-369/01 (Abatay und Sahin, Slg. 2003, I-12301, Randnr. 65).

25 — Randnr. 65 des Urteils, zitiert in Nr. 36 dieser Schlussanträge.

nente enthält, weil sich danach der Umfang der nach nationalen Vorschriften gewährten Rechte richtet, keinen Grund, warum der im Urteil Savas entwickelte Grundsatz der vorherigen rechtmäßigen Einreise und der Ordnungsgemäßheit des Aufenthalts des türkischen Staatsangehörigen nicht für Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls gelten sollte.

49. Dies scheint sogar die einzige Möglichkeit einer widerspruchsfreien Auslegung des Urteils Savas zu sein. Soweit der Gerichtshof ausgeführt hat, dass es Sache des nationalen Gerichts ist festzustellen, ob die von den zuständigen Einwanderungsbehörden auf Herrn Savas angewandten innerstaatlichen Rechtsvorschriften, verglichen mit den Einwanderungsbestimmungen von 1973, seine Situation verschlechtert haben [26], ist davon auszugehen, dass sich dies nur auf die Situation beziehen kann, in der sich Herr Savas befand, nachdem er die förmliche Erlaubnis zur Einreise in das Vereinigte Königreich erhalten hatte, um sich dort zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederzulassen. Die Tatsache, dass Herr Savas die Einreise in das Vereinigte Königreich mit einem Besuchervisum gestattet worden war, sollte als nicht ausreichend angesehen werden, da Niederlassung begriffsnotwendig einen längeren Aufenthalt impliziert. Folgte man hingegen der Auffassung, dass es nicht Absicht des Gerichtshofes gewesen sei, diese Voraussetzung für Herrn Savas aufzustellen, würden er und andere türkische Staatsangehörige, die sich unter Verstoß gegen das nationale Einwanderungsrecht des Vereinigten Königreichs dort aufhalten, günstiger gestellt als türkische Staatsangehörige, die die Erteilung einer Einreiseerlaubnis zum Zwecke der Niederlassung gemäß den derzeit gültigen Einwanderungsbestimmungen beantragen. Dies kann nicht die Absicht des Gerichtshofes gewesen sein. Gemeinschaftsrecht sollte nicht so ausgelegt und angewandt werden, dass dadurch eine Umgehung nationaler Bestimmungen, die zudem noch in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, ermöglicht oder gar ein Anreiz dazu geschaffen wird.

50. Sodann wurde vorgetragen, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls im Vergleich zu anderen Stillhalteklauseln wie etwa Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 keine Beschränkungen oder Bedingungen zur Begrenzung seiner Anwendbarkeit enthalte. Es ist daran zu erinnern, dass Artikel 13 den Mitgliedstaaten verbietet, neue Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt für türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen einzuführen, „deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind".

51. Ich finde dieses Argument nicht überzeugend. Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 gehört zu den detaillierten Vorschriften, die der Assoziationsrat nach Artikel 36 des Zusatzprotokolls erlassen hat, der Maßnahmen des Assoziationsrats vorsieht, um schrittweise die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Türkei herzustellen.

26 — Vgl. Randnr. 70 des Urteils.

Derartige Vorschriften wurden für türkische Staatsangehörige, die sich in einem Mitgliedstaat zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederlassen wollen, bisher noch nicht erlassen. Ihre Rechte bestimmen sich allein nach der Stillhalteklausel des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls. Meiner Meinung nach kann aus dem Fehlen vergleichbarer detaillierter Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit nicht der Schluss gezogen werden, dass türkische Staatsangehörige, die sich in den Mitgliedstaaten zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederlassen wollen, weitergehende Rechte haben als türkische Staatsangehörige, die einer Erwerbstätigkeit — möglicherweise sogar gleicher Art — im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses nachgehen wollen. Anstatt in dieser Weise zwischen den Vorschriften über Arbeitnehmer und über Selbständige zu differenzieren, bedarf es einer konvergenten Auslegung dieser Bestimmungen. Dies gilt umso mehr, als die Interessenlage der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Zulassung dieser beiden Kategorien türkischer Staatsangehöriger ähnlich, wenn nicht gar identisch ist.

52. Aus all diesen Gründen können sich türkische Staatsangehörige meiner Meinung nach nur dann auf den Schutz des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen, um sicherzustellen, dass ihre Anträge auf Niederlassung in einem Mitgliedstaat nach dem Recht geprüft werden, das zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls im Aufnahmemitgliedstaat galt, wenn ihnen zunächst gemäß dem innerstaatlichen Einwanderungsrecht rechtmäßig die Einreise in den Mitgliedstaat gestattet worden ist und sie sich rechtmäßig dort aufhalten.

3. Umfasst die Niederlassungsfreiheit im Rahmen des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls ein Recht auf Einreise in einen Mitgliedstaat?

53. Die Verfahrensbeteiligten, die sich für eine Bejahung der vom House of Lords zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage ausgesprochen haben, verweisen auf Artikel 13 des Assoziierungsabkommens, in dem es heiße, dass sich die Vertragsparteien zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit untereinander von Artikel 43 EG leiten ließen. Der Gerichtshof habe in ständiger Rechtsprechung zu Artikel 43 EG festgestellt, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten zwangsläufig das Recht auf Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat voraussetze [27]. Das Gleiche müsse auch im Rahmen des Assoziierungsabkommens gelten.

54. Ferner sei das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Barkoci und Malik [28] zu beachten, wo es um die Niederlassungsfreiheit im Rahmen des Europäischen Abkommens mit der Tschechischen Republik ge-

27 — Siehe die in Fußnote 6 zitierte Rechtsprechung.

28 — Zitiert in Fußnote 6.

gangen sei und der Gerichtshof unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung zum EG-Vertrag und zum Assoziierungsabkommen mit der Türkei ausgeführt habe, dass „das Recht auf Inländerbehandlung bei der Niederlassung ... als Nebenrecht zum Niederlassungsrecht der tschechischen Staatsangehörigen, die gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten in einem Mitgliedstaat ausüben wollen, durchaus ein Einreise- und Aufenthaltsrecht voraus[setzt]“ [29].

55. Ich halte es jedoch für fraglich, ob die für die Niederlassungsfreiheit innerhalb der Gemeinschaft geltenden Grundsätze ohne weiteres auf die Inanspruchnahme dieser Freiheit durch Drittstaatsangehörige im Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und Drittländern übertragen werden können. Die Regeln und Grundsätze zur Niederlassungsfreiheit innerhalb der Gemeinschaft beruhen auf dem fundamentalen Ziel der Gemeinschaft, einen Binnenmarkt zu schaffen, der — wie man sich erinnern wird — in Artikel 14 EG beschrieben wird als ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen [des EG-]Vertrags gewährleistet ist“. Angesichts dieser Zielsetzung ist das Recht auf Einreise in die Mitgliedstaaten zur Wahrnehmung der durch den EG-Vertrag garantierten Freiheiten unverzichtbar. Könnten die Mitgliedstaaten die Einreise von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten an Bedingungen knüpfen, würde der Binnenmarkt illusorisch.

56. Mit der Assoziation mit der Türkei wird hingegen ein ganz anderes Ziel verfolgt. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 des Assoziierungsabkommens besteht dieses Ziel darin, „eine beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien unter voller Berücksichtigung der Notwendigkeit zu fördern, dass hierbei der beschleunigte Aufbau der türkischen Wirtschaft sowie die Hebung des Beschäftigungsstandes und der Lebensbedingungen des türkischen Volkes gewährleistet werden“. Letztendlich soll durch das Abkommen zur Besserung der Lebenshaltung des türkischen Volkes beigetragen werden, was den späteren Beitritt der Türkei zur Gemeinschaft erleichtern wird [30].

57. Bislang hat die Zusammenarbeit zwischen der Gemeinschaft und der Türkei zur Gründung einer Zollunion geführt, nicht jedoch zur Schaffung eines gemeinsamen Marktes oder eines Binnenmarktes, der durch das Fehlen interner Grenzen gekennzeichnet ist. Im Gegensatz zu einer Zollunion, die auf die Liberalisierung des Warenverkehrs zwischen den beteiligten Staaten beschränkt ist, dient ein Binnenmarkt der Verwirklichung des freien Verkehrs von Waren, Dienstleistungen und Produktionsfaktoren. Er muss daher den freien Arbeitnehmer- und Kapitalverkehr sowie die Niederlassungsfreiheit garantieren. Die Vorschriften des Assoziierungsabkommens und des Zusatzprotokolls sind in dieser Hinsicht im Wesentlichen programmatisch und stellen einen Ausgangspunkt für eine Liberalisierung zu einem späteren Zeitpunkt dar.

29 — Randnr. 50 des Urteils.

30 — Vgl. den vierten Erwägungsgrund und Artikel 28 des Assoziierungsabkommens.

Selbst in Bereichen, in denen detailliertere Absprachen getroffen worden sind, etwa dem der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Artikel 6 f. des Beschlusses 1/80), lassen sich diese Bestimmungen nicht mit den durch den EG-Vertrag garantierten parallelen Rechten vergleichen (Artikel 39 EG und Verordnung Nr. 1612/68). Aus dem Fehlen vergleichbarer Vorschriften zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit ergibt sich umso klarer, dass die Niederlassungsbestimmungen im Rahmen des Assoziierungsabkommens nicht entsprechend Artikel 43 EG ausgelegt werden können. Da die Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten und der Türkei nicht abgeschafft worden sind, um einen freien Verkehr wie im Binnenmarkt der Gemeinschaft zu garantieren, kann das Einreiserecht nicht als notwendige Voraussetzung für die Ausübung der Niederlassungsrechte im Rahmen der Assoziation mit der Türkei betrachtet werden.

58. Ein weiterer Unterschied zwischen den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit im EG-Vertrag und im Assoziierungsabkommen sowie im Zusatzprotokoll besteht darin, dass der Vertrag ein Niederlassungsrecht verleiht, das direkt über die nationalen Gerichte durchsetzbar ist, während türkische Staatsangehörige — wie der Gerichtshof im Urteil Savas festgestellt hat — aus Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls kein unmittelbares Niederlassungsrecht herleiten können. Sie können sich auf diese Vorschrift nur berufen, um sicherzustellen, dass diejenigen nationalen Niederlassungsvorschriften auf sie angewendet werden, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in dem Aufnahmemitgliedstaat galten. Daraus ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten solche nationalen Niederlassungsvorschriften auf türkische Staatsangehörige unabhängig von der Frage anwenden können, ob die Anwendung dieser Vorschriften im Rahmen des EG-Vertrags zulässig wäre. Dieser bedeutende Wesensunterschied zwischen dem Niederlassungsrecht gemäß dem EG-Vertrag und dem gemäß dem Assoziierungsabkommen ist der zweite Grund dafür, warum eine konvergente Auslegung von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls und Artikel 13 des Assoziierungsabkommens einerseits und des Artikels 43 EG andererseits nicht zwingend ist.

59. Da türkische Staatsangehörige im Unterschied zu den Angehörigen der Mitgliedstaaten nicht unmittelbar und ohne weiteres das Recht haben, sich in einem Mitgliedstaat niederzulassen, folgt daraus zwangsläufig, dass sie weder ein implizites noch ein abgeleitetes Recht haben, in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einzureisen, um dort eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Außerhalb des Kontextes des innergemeinschaftlichen Verkehrs ist zu unterscheiden zwischen der Frage des Zugangs zu dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und der Frage des Zugangs zu den Märkten dieses Mitgliedstaats. Das Recht auf Einreise in einen Mitgliedstaat kann nicht als notwendiges Nebenrecht zur Niederlassungsfreiheit im Rahmen des Assoziierungsabkommens mit der Türkei betrachtet werden. Das bedeutet, dass die Vorschriften für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls fallen

und daher von den Mitgliedstaaten entsprechend ihren sozioökonomischen und demografischen Interessen angepasst oder verschärft werden können.

60. Zwar hat der Gerichtshof im Urteil Barkoci und Malik tatsächlich erklärt, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag und dem Assoziierungsabkommen mit der Türkei die Niederlassungsfreiheit ein Einreise- und Aufenthaltsrecht voraussetzt. Bezüglich der türkischen Staatsangehörigen hat der Gerichtshof insoweit auf sein Urteil in der Rechtssache Savas verwiesen. In den Randnummern, die der Gerichtshof in seinem Urteil zitiert [31], ist jedoch lediglich von einem Aufenthaltsrecht als zwangsläufiges Nebenrecht zur Niederlassungsfreiheit die Rede, während die Einreise überhaupt nicht erwähnt wird. Wie bereits oben bemerkt, geht das Urteil Savas in der Tat auf die Frage der Einreise nicht ausdrücklich ein, weil es darauf in jenem Fall nicht ankam. Das Recht auf Einreise eines Drittstaatsangehörigen in einen Mitgliedstaat ist etwas vollkommen anderes als das Aufenthaltsrecht im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit und kann ohne weitere Erläuterungen des Gerichtshofes nicht einfach als von der Niederlassungsfreiheit umfasst angesehen werden. Der Hinweis im Urteil Barkoci und Malik auf das Einreiserecht türkischer Staatsangehöriger in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit findet somit keine Stütze in der Rechtsprechung des Gerichtshofes.

31 — Randnrn. 60 und 63, zitiert in Nrn. 33 f. dieser Schlussanträge.

61. Ich gelange daher zu dem Ergebnis, dass der Begriff „Niederlassungsfreiheit" in Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls nicht die Bedingungen für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in die Mitgliedstaaten umfasst. Das bedeutet, dass diese Vorschrift nicht herangezogen werden kann, um die Anwendung von Einreisevoraussetzungen für türkische Staatsangehörige zu verhindern, die strenger sind als die, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in dem betreffenden Mitgliedstaat galten.

4. Problem der Festlegung von Niederlassungsvoraussetzungen in Einwanderungsvorschriften

62. Wenn sich türkische Staatsangehörige nicht auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen können, um sich gegen die Anwendung strengerer Einwanderungsbedingungen zu wehren, sondern die Wirkung der Vorschrift sich darauf beschränkt, diese Staatsangehörigen gegen die Anwendung strengerer Niederlassungskriterien zu schützen, stellt sich die Frage, wie dieser Grundsatz auf Bestimmungen wie die hier in Rede stehenden Einwanderungsbestimmungen des Vereinigten Königreichs anzuwenden ist, denn nach diesen Bestimmungen hängt die Entscheidung über die Einreise türkischer Staatsangehöriger, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben wollen, in das Vereinigte Königreich davon ab, ob bestimmte Voraussetzungen für eine gewerbliche Niederlassung in diesem Land erfüllt sind.

63. Bei der Beantwortung dieser Frage ist noch einmal zu betonen, dass die Mitgliedstaaten beim heutigen Stand des Gemeinschaftsrechts im Bereich der Einwanderung weiterhin zuständig und daher befugt sind, die erstmalige Zulassung der Einreise von Drittstaatsangehörigen in ihr Hoheitsgebiet zu regeln. Sodann können, wie ich oben dargelegt habe, türkische Staatsangehörige im Rahmen des Assoziierungsabkommens mit der Türkei wirtschaftliche Rechte erst geltend machen, nachdem ihnen gemäß den Einwanderungskriterien und -verfahren des betreffenden Mitgliedstaats die Einreise in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats förmlich erlaubt worden ist und sie sich dort rechtmäßig aufhalten. Umgekehrt können die wirtschaftlichen Rechte, die türkischen Staatsangehörigen in diesem Rahmen potenziell zustehen, nicht zur Begründung eines Rechts auf Einreise in einen Mitgliedstaat geltend gemacht werden.

64. Tatsache ist, dass die Einwanderungspolitik der Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaatsangehörigen, einschließlich türkischer Staatsangehöriger, seit der wirtschaftlichen Stagnation in Westeuropa in den 1970er Jahren restriktiver geworden ist. Unter dem Gesichtspunkt des Gemeinschaftsrechts bot diese Entwicklung kaum Anlass zu Streitigkeiten, weil die Einwanderungspolitik zum ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten gehört. Im Rahmen ihrer Einwanderungspolitik dürfen die Mitgliedstaaten nicht nur Kriterien der öffentlichen Ordnung anwenden, sondern auch Kriterien festlegen, die den Zweck der beantragten Einreise betreffen, z. B. Studium, Beschäftigungsverhältnis oder Niederlassung, und sie dürfen vor der Erteilung einer Einreiseerlaubnis überprüfen, ob diese Kriterien erfüllt sind. Auf diese Weise können die Mitgliedstaaten nicht nur sicherstellen, dass nationale politische Interessen gewahrt bleiben, sondern auch, dass der Antragsteller aus einem Drittstaat seine Ziele wahrscheinlich erreichen wird und dass der Antrag ernst gemeint ist. Es liegt auf der Hand, dass ein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zur Einreise in einen Mitgliedstaat zum Zwecke der Niederlassung eingehender geprüft werden muss als ein Antrag, als Besucher einreisen zu dürfen, und dass Letzterer nicht Grundlage für Tätigkeiten sein kann, die einem anderen Zweck dienen. Die Mitgliedstaaten sind aufgrund der ihnen zustehenden ausschließlichen Zuständigkeit zur Regelung der Einwanderung von Drittstaatsangehörigen berechtigt, die Kriterien, die sie für die Erteilung einer Einreiseerlaubnis für ihr Hoheitsgebiet anwenden, entsprechend den politischen Erfordernissen im Bereich der öffentlichen Ordnung und der Änderung ihrer sozioökonomischen und demografischen Interessen anzupassen und erforderlichenfalls zu verschärfen.

65. Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze ist festzustellen, dass sich ein türkischer Staatsangehöriger nicht auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen kann, um sicherzustellen, dass sein Antrag auf Zulassung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zum Zwecke der Gründung eines Unternehmens anhand der Kriterien geprüft wird, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in dem betreffenden Mitgliedstaat galten. Die Anerkennung eines solchen Rechts würde die — vom Gerichtshof im Urteil Savas bestätigte — ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur

Regelung der ersten Zulassung der Einreise türkischer Staatsangehöriger untergraben. Diese Zuständigkeit erstreckt sich nicht nur auf die Befugnis zur Prüfung eines Einreiseantrags, sondern sie umfasst auch die Befugnis zur Änderung der entsprechenden Prüfungskriterien. In einem Bereich wie der Einwanderungspolitik sollte das Gemeinschaftsrecht so ausgelegt und angewendet werden, dass die Mitgliedstaaten die ihnen verbleibenden Befugnisse wirksam ausüben können [32].

66. Darüber hinaus wäre es in Situationen, in denen es aus wirtschaftlicher Sicht unerheblich ist, ob ein türkischer Staatsangehöriger wirtschaftliche Tätigkeiten im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses oder als Selbständiger ausübt, unlogisch, wenn die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Zulassung der Einreise im letzteren Fall einer Stillhalteklausel unterlägen, nicht aber im ersteren Fall.

67. Ich bin mir der Tatsache bewusst, dass diese Lösung de facto dazu führt, dass türkische Staatsangehörige bei der Gründung eines Unternehmens in einem Mitgliedstaat strengere Voraussetzungen zu erfüllen haben, als es bei Inkrafttreten des Zusatzprotokolls im Aufnahmemitgliedstaat der Fall war. Dies ist jedoch die zwangsläufige Folge der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft im Bereich der Einwanderung. Nachdem einem türkischen Staatsangehörigen die Einreise in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats gestattet worden ist, kann er sich unter Berufung auf die Schutzwirkung des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls gegen die Anwendung anderer, im Laufe der Zeit verschärfter Niederlassungsvoraussetzungen wehren. Dieses Recht ist insbesondere für türkische Staatsangehörige von Bedeutung, denen als Arbeitnehmer die Einreise in einen Mitgliedstaat erlaubt worden ist, die sich nach einiger Zeit zur Gründung eines eigenen Unternehmens entschließen und die dann weniger restriktiven Niederlassungsbedingungen unterliegen. Dies scheint mir der Hauptzweck von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls zu sein.

68. Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls auf Einwanderungsbestimmungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht anwendbar ist.

5. Abgelehnte Asylbewerber

69. Für den Fall, dass der Gerichtshof diese Auffassung nicht teilt, muss als Nächstes das Hilfsvorbringen des Vereinigten Königreichs geprüft werden, dass abgelehnte Asylbewerber nicht das Recht erhalten sollten, sich auf

32 — Vgl. in diesem Sinne auch meine Schlussanträge vom 27. April 2006 in der Rechtssache C-1/05 (Jia, Nr. 63).

den Schutz des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls zu berufen, da dies rechtsmissbräuchlich wäre.

70. Insoweit ist der Hinweis wichtig, dass sowohl eine Entscheidung, einem türkischen Staatsangehörigen Asyl zu verwehren und demzufolge seine Ausweisung in einen anderen Mitgliedstaat gemäß der gemeinschaftlichen Asylregelung anzuordnen, als auch eine Entscheidung, einem türkischen Staatsangehörigen die Einreise in das Hoheitsgebiet zum Zwecke der Niederlassung zu verwehren, allein auf nationalem Recht beruhen. Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls regelt lediglich, nach welchem zeitlich anwendbaren Recht diese Entscheidung zu treffen ist. Er verleiht kein eigenständiges Niederlassungsrecht.

71. Es kann dahingestellt bleiben, ob Herrn Tums und Herrn Daris Berufung auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls als rechtsmissbräuchlich zu betrachten ist, denn auch wenn der Gerichtshof entscheiden sollte, dass sie sich auf diese Vorschrift berufen können, um ihre Anträge auf der Grundlage der Einwanderungsbestimmungen von 1973 prüfen zu lassen, würde dies — jedenfalls aus Sicht des Gemeinschaftsrechts — in keiner Weise die Gültigkeit der ursprünglichen Entscheidung der britischen Einwanderungsbehörden über die Asylanträge berühren.

72. Selbst wenn sie die in den Einwanderungsbestimmungen von 1973 niedergelegten Voraussetzungen erfüllten, darf nicht übersehen werden, dass sie hierzu nur aufgrund von Tätigkeiten in der Lage waren, die sie während eines Zeitraums ausgeübt haben, in dem ihnen die Einreise in das Hoheitsgebiet des Vereinigten Königreichs noch nicht förmlich erlaubt worden und ihre Rechtsstellung nicht bereinigt war. Eine in dieser Weise durch illegalen Aufenthalt geschaffene faktische Situation kann meiner Meinung nach keine geeignete Grundlage sein für die Entstehung wirtschaftlicher Niederlassungsrechte oder für ein Recht auf Prüfung des Antrags auf Zulassung zu nationalen Märkten anhand günstigerer nationaler Vorschriften, die in der Zwischenzeit geändert worden sind. Anträge auf Erteilung einer Erlaubnis zur Einreise in einen Mitgliedstaat zum Zwecke der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, die von türkischen Staatsangehörigen gestellt werden, die zuvor unter Verstoß gegen das Einwanderungsrecht dieses Mitgliedstaats eingereist sind und/oder sich unter Verstoß gegen das Einwanderungsrecht dort aufhalten, sind ebenso zu behandeln wie entsprechende Anträge anderer türkischer Staatsangehöriger, die die Einreise unter Einhaltung dieser nationalen Einwanderungsvorschriften begehren. Was die Vereinbarkeit dieser Lösung mit dem Urteil Savas betrifft, verweise ich auf meine Ausführungen oben in Nummer 49.

VI — Ergebnis

73. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen bin ich der Ansicht, dass die vom House of Lords vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten ist:

Artikel 41 Absatz 1 des am 23. November 1970 in Brüssel unterzeichneten Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen untersagt es einem Mitgliedstaat nicht, von dem Tag an, an dem das Protokoll in diesem Mitgliedstaat in Kraft getreten ist, für einen türkischen Staatsangehörigen, der sich in diesem Mitgliedstaat zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederlassen will, neue Beschränkungen in Bezug auf die Bedingungen und das Verfahren für die Einreise in sein Hoheitsgebiet einzuführen.