

## Beitrag aus dem ASYLMAGAZIN 3/2013, S. 74–84

**Nora Markard**

### **Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der »Diskretion«**

Aktuelle Entwicklungen beim Flüchtlingsschutz  
aufgrund der sexuellen Orientierung

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Februar 2013. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autorin sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

#### **ASYLMAGAZIN, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht**

Das ASYLMAGAZIN liefert aktuelle Hintergrundinformationen zu rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration. Weitere Informationen finden Sie bei [www.asyl.net](http://www.asyl.net).

Das ASYLMAGAZIN erscheint zehnmal im Jahr zusammen mit dem Asyl-Info von Amnesty International zum gemeinsamen Abonnement-Preis von 72 € jährlich. Ein kostenloses Probeexemplar können Sie unverbindlich bei [asyl@amnesty.de](mailto:asyl@amnesty.de) anfordern.

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbunds Asyl und Migration.



In Kooperation mit



## Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der »Diskretion«

### Aktuelle Entwicklungen beim Flüchtlingsschutz aufgrund der sexuellen Orientierung

#### Inhalt

- I. Das Diskretionsprinzip
  1. Keine Verfolgung bei »zurückhaltendem Lebenswandel«?
  2. Ausnahme: »Unentrinnbare schicksalhafte Festlegung«
- II. EuGH zur Verfolgungsvermeidung
  1. Religion: Möglichkeit der Verfolgungsvermeidung irrelevant
  2. Homosexualität: Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Religion?
- III. Britische Leitentscheidung *HJ (Iran)*: »Diskretion« unzumutbar
- IV. UNHCR-Richtlinie Nr.9: Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität
- V. Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung im Einzelnen
  1. Homosexuelle als bestimmte soziale Gruppe
  2. Strafbarkeit homosexueller Handlungen als diskriminierende Verfolgung
  3. Schutzlosigkeit vor privater Verfolgung
  4. Unspezifische Sanktionen für sexuelle Handlungen als diskriminierende Verfolgung?
  5. Begründete Furcht und »Diskretion«
- VI. Nachweis der homosexuellen Orientierung
- VII. Zusammenfassung

Kann es von einem Menschen verlangt werden, seine sexuelle Orientierung geheim zu halten, um dadurch der Verfolgung zu entgehen? Diese Frage hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) im Dezember 2012 nun endlich mit Nein beantwortet:

»Einem Antragsteller ist es grundsätzlich nicht zumutbar, gefahrenträchtige Verhaltensweisen zu vermeiden, um einer Verfolgung auszuweichen, die ihm andernfalls, z. B. wegen seiner sexuellen Ausrichtung, drohen würden.«<sup>1</sup>

Es erfolge ab sofort »kein Verweis auf gefahrvermeidendes, diskretes Verhalten« mehr.<sup>2</sup> Diese Änderung kommt pünktlich zur Erscheinung einer neuen UNHCR-Richtlinie, die sich mit der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität auseinandersetzt.<sup>3</sup>

Wie nachfolgend im Einzelnen dargestellt wird, war der Anlass für diese Kehrtwende des BAMF der »Fall G.«, die Begründung stützte sich auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Sachen religiöser Verfolgung. Ein Vorabentscheidungsverfahren zur Homosexualität ist beim EuGH anhängig. Dabei steht zu hoffen, dass der EuGH sich an dem in vielerlei Hinsicht vorbildlichen *HJ (Iran)*-Urteil des britischen Supreme Court orientieren wird. Dieser Aufsatz stellt die Bedeutung der Umkehr des BAMF dar und geht auf die Fragen ein, die das anhängige Vorabentscheidungsverfahren aufwirft. Die neue Anerkennungspolitik stellt nun die Frage der Glaubhaftmachung der Homosexualität ins Zentrum der Prüfung; hier ist insbesondere vor Stereotypisierungen zu warnen.

#### I. Das Diskretionsprinzip

##### 1. Keine Verfolgung bei »zurückhaltendem Lebenswandel«?

G., eine junge Iranerin, hatte 2010 in Deutschland internationalen Schutz beantragt, da ihr aufgrund ihrer lesbischen Orientierung in ihrem Heimatstaat Verfolgung drohe. Sie begründete die individuelle Verfolgungsfurcht mit der Stürmung einer privaten Homosexuellen-Party durch Revolutionswächter, bei der ihre Orientierung bekannt geworden sei. Auf homosexuelle Aktivitäten von Frauen stehen im Iran 100 Peitschenhiebe, bei der vierten Verurteilung droht die Todesstrafe. Sexuelle Handlungen zwischen Männern können sofort mit dem Tode bestraft

\* Dr. Nora Markard ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen und derzeit Visiting Fellow an der Columbia Law School, New York.

<sup>1</sup> Schreiben des BAMF vom 27.12.2012 an MdB Volker Beck, abrufbar unter <http://lsvd.de/852.0.html> (alle Links zuletzt besucht am 25.2.2013).

<sup>2</sup> Auskunft gegenüber der taz, vgl. Wrusch, Kein Zwang zum Versteck, taz vom 3.2.2013, abrufbar unter <http://www.taz.de/!110294/>.

<sup>3</sup> UNHCR, Guidelines on International Protection No.9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/12/09, abrufbar unter <http://www.unhcr.org/50ae466f9.pdf>; dazu die Zusammenfassung von UNHCR in diesem Heft, S. 70.

werden.<sup>4</sup> Nach ihren Angaben wurde G. auch von ihrem Vater mit dem Tod bedroht. Das Bundesamt<sup>5</sup> befand die lesbische Orientierung, nicht aber die Verfolgungsgeschichte für glaubhaft. Es ging daher davon aus, dass G. unverfolgt ausgereist sei. Was ihre Rückkehr als Lesbe in den Iran angehe, bestehe keine beachtliche Verfolgungswahrscheinlichkeit. Eine Verurteilung erfordere die übereinstimmende Aussage vierer männlicher Zeugen<sup>6</sup> und sei daher nicht zu erwarten. Zudem sei das Leben im Iran für Homosexuelle »unproblematisch, falls diese nicht mit ihren Neigungen auf der Straße provozieren.«

Das VG Bayreuth<sup>7</sup> bestätigte diese Einschätzung, obwohl es zugestand, dass nach Auskunft des Auswärtigen Amtes keine Aussagen darüber getroffen werden könnten, mit welcher Intensität die Strafnormen durchgesetzt würden, und 2011 zumindest eine Hinrichtung wegen Homosexualität stattgefunden habe.<sup>8</sup> Die Klägerin habe seit ihrem 15. Lebensjahr unbehelligt homosexuell leben können und habe bis zu ihrer Flucht eine dreijährige lesbische Beziehung geführt:

»Bei einer Rückkehr hat sie bei entsprechend zurückhaltendem Lebenswandel, den alle Homosexuellen im Iran praktizieren, die unbehelligt leben wollen, auch bei einer irreversiblen Veranlagung keine im Sinne des § 60 Abs. 1 AufenthG relevanten Verfolgungsmaßnahmen zu befürchten. Dass die Klägerin an einem freien und friedlichen Leben in der Bundesrepublik Deutschland festhalten will, mag menschlich nachvollziehbar sein, liegt jedoch außerhalb der Reichweite des Asylrechts.«<sup>9</sup>

## 2. Ausnahme: »unentrinnbare schicksalhafte Festlegung«

Grundlage für diese Erwartung, dass G. sich »zurückhalte«, ist eine Leitentscheidung aus dem Jahr 1988. Darin hatte das BVerwG festgestellt, grundsätzlich sei die »Beschränkung« der sexuellen Betätigung durch die Gesetzeslage im Iran, die (tatbestandlich)<sup>10</sup> derjenigen in Deutschland nur 20 Jahre zuvor entspreche, hinzunehmen:

<sup>4</sup> Art. 127-134, 110 des iranischen StGB.

<sup>5</sup> Bescheid vom 8.4.2011.

<sup>6</sup> Sie kann auch aufgrund »eigenen Wissens des Richters« erfolgen; Art. 114, 117, 119 des iranischen StGB.

<sup>7</sup> VG Bayreuth, Urteil vom 5.3.2012 – B 3 K 11.30113 –, abrufbar unter [http://www.vgh.bayern.de/VGBayreuth/documents/documents/3k11.30113\\_web.pdf](http://www.vgh.bayern.de/VGBayreuth/documents/documents/3k11.30113_web.pdf).

<sup>8</sup> Ebd., S. 10 des Urteils.

<sup>9</sup> Ebd., S. 15 des Urteils.

<sup>10</sup> Nicht dagegen im Hinblick auf die Sanktionen, die in der Bundesrepublik der 1960er Freiheitsstrafe oder Zuchthaus (erst ab 1973 Geld- oder Freiheitsstrafe), im Iran der 1980er dagegen auch körperliche Misshandlungen oder gar die Todesstrafe umfassten. Der einschlägige deutsche § 175 StGB wurde erst 1995 aufgehoben.

»Das Asylrecht hat nicht die Aufgabe, möglicherweise gewandelte moralische Anschauungen in der Bundesrepublik über homosexuelles Verhalten in anderen Staaten durchzusetzen.«<sup>11</sup>

Ein Menschenrecht, die sexuelle Orientierung zu leben, wird damit implizit verneint.<sup>12</sup>

Nur in Ausnahmefällen, wenn »sich der Kläger einer homosexuellen Betätigung gar nicht enthalten kann,«<sup>13</sup> sei ausnahmsweise Asyl zu gewähren. Die Forschung beweise, dass Homosexualität vielfach eine irreversible Prägung sei.<sup>14</sup> Auch beim Kläger, einem iranischen Mann, handle es sich »nicht um eine bloße Neigung [...], der nachzugeben mehr oder weniger im Belieben des Klägers stünde«; vielmehr sei »in dessen Person im Sinne einer irreversiblen Prägung eine unentrinnbare schicksalhafte Festlegung auf homosexuelles Verhalten gegeben [...], die das Gefühlsleben des Klägers einschließlich seines sexuellen Verhaltens seit seinem 15. oder 16. Lebensjahr bestimmt.«<sup>15</sup> Der Kläger werde daher trotz der Strafnormen »seinem unentrinnbaren Geschlechtstrieb auf absehbare Zeit mehr oder weniger zwangsläufig nachgeben.«<sup>16</sup>

Seitdem<sup>17</sup> erwartete die deutsche Rechtsprechung überwiegend<sup>18</sup>, dass sich homosexuelle Flüchtlinge in ihrem Heimatland öffentlich erkennbarer Äußerungen ihrer sexuellen Orientierung enthalten oder, wie es das VG Bayreuth formulierte, »einen zurückhaltenden Lebenswandel führen«: Der *closet*<sup>19</sup> wird hier zu einer Art »innerstaatlicher Schutzalternative«.<sup>20</sup> Tröstend wurde den Flüchtlingen gelegentlich anheimgestellt, in öffentli-

<sup>11</sup> BVerwGE 79, 143 (149).

<sup>12</sup> Hruschka/Portmann, in: Achermann/Hruschka (Hg.), *Geschlechtsspezifische Verfolgung*, Bern 2012, S. 147-170 (160).

<sup>13</sup> Ebd., 151; Herv. im Original.

<sup>14</sup> Ebd., 147.

<sup>15</sup> Ebd. Titze, ZAR 2012, 93 (94), weist auf die Anschlüsse zum Homosexuellen-Urteil von 1957 (BVerfGE 6, 389-443) hin.

<sup>16</sup> Ebd., 152.

<sup>17</sup> Zur menschenrechtlich orientierten vorherigen Rspr. Titze (a. a. O., Fn. 15), 100 f.

<sup>18</sup> Anders etwa VG Düsseldorf, Urteil vom 23.3.2012 – 13 K 1217/11.A.; VG München, Urteil vom 30.1.2007 – M 21 K 04.51494 (asyl.net, M10835); VG Schleswig, Urteil vom 20.11.2006 – 4 A 244/05 (asyl.net, M9858); VG Oldenburg, Urteil vom 13.11.2007 – 1 A 1824/07 (asyl.net, M1191). W. Nw. bei Titze (a. a. O., Fn. 15) 95.

<sup>19</sup> Der Begriff *closet* (Schrank) bezeichnet metaphorisch die Geheimhaltung der homosexuellen Orientierung; ihre Öffentlichmachung heißt daher auch *coming out* (*of the closet*). Maßgeblich für die Gender Studies hierzu Sedgwick, *Epistemology of the Closet*, Berkeley 1990.

<sup>20</sup> So auch Jansen/Spijkerboer, *Fleeing Homophobia: Asylanträge mit Bezug zur Sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität in Europa*, 2011, S. 8, abrufbar unter: [http://www.asyl.net/fileadmin/user\\_upload/redaktion/Dokumente/1111FH-DE.pdf](http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/redaktion/Dokumente/1111FH-DE.pdf). Unter demselben Titel erscheint im Mai 2013 bei Routledge ein Sammelband, hg. v. Th. Spijkerboer. Der vom Informationsverbund Asyl und Migration beantwortete deutsche Fragebogen ist abrufbar unter [http://www.recht.en.vu.nl/nl/Images/Germany%20questionnaire\\_tcm22-240406.pdf](http://www.recht.en.vu.nl/nl/Images/Germany%20questionnaire_tcm22-240406.pdf).

chen Parks zu *cruisen*.<sup>21</sup> Diese Rechtsprechung stand im Einklang mit der zur religiösen Verfolgung, bei der nur der Kernbereich des »religiösen Existenzminimums«, das sog. *forum internum* geschützt sein sollte, nicht aber die öffentliche Betätigung.<sup>22</sup> Auch der EGMR hatte in *F/Vereinigtes Königreich* diese Auslegung nicht verurteilt.<sup>23</sup>

Einzige Alternative zum gerichtlich verschriebenen *closet* war eine Selbstpathologisierung, wobei durch psychologische oder medizinische Gutachten nachgewiesen werden musste, dass ein Flüchtling derart schicksalhaft-triebhaft auf homosexuelle Aktivitäten festgelegt ist, dass er nicht in der Lage wäre, sich in der nahegelegten Weise »zurückzuhalten«. Die aus solchen Verfahren hervorgehenden Urteile lesen sich bizarr:

»Der Landgerichtsarzt hat aber in seinem Gutachten gleichzeitig festgestellt, daß es bei [dem Kläger] keinen »Zwang« [zur homosexuellen Aktivität] gebe. [...] Vielmehr sei er in der Lage, seinen Sexualtrieb, sofern dies erforderlich ist, durch Selbstbefriedigung auszuleben. [...] Der Kläger sei nicht in einer krankhaften Weise homosexuell veranlagt. Jedermann, der nicht krankhaft veranlagt sei, sei in der Lage, seinen Sexualtrieb durch Selbstbefriedigung zu kompensieren oder generell zu unterdrücken. Dies ist nachvollziehbar und überzeugend und entspricht dem, was jedermann aus eigener Erfahrung ohnehin weiß.«<sup>24</sup>

Zeitungsberichte über den Fall G.<sup>25</sup> riefen massive Proteste aus der schwul-lesbischen Community hervor. Über 2000 Unterschriften erreichten das BAMF, das die Antragstellerin schließlich klaglos stellte.<sup>26</sup>

## II. EuGH zur Verfolgungsvermeidung

### 1. Religion: Möglichkeit der Verfolgungsvermeidung irrelevant

Seine Kehrtwende stützte das Bundesamt auf das Urteil des EuGH vom 5. September 2012 in der Sache *Y und Z/Bun-*

*desrepublik Deutschland*.<sup>27</sup> Dem Urteil lagen zwei Vorabentscheidungsersuchen des BVerwG aus dem Jahr 2010 zur Verfolgung von Angehörigen der Ahmadiyya-Gemeinde in Pakistan zugrunde. Diese islamische Bewegung wird in Pakistan für ihre Abweichung vom muslimischen Mehrheitsglauben sowohl von staatlicher als auch von privater Seite verfolgt. Die Kläger hielten es für einen unverzichtbaren Bestandteil ihres Glaubens, diesen öffentlich zu praktizieren. Die deutschen Instanzgerichte hatten die Schutzanträge abgelehnt, da nur der »Kernbereich« der religiösen Betätigung, das sogenannte *forum internum* geschützt sei. Es könne daher von den Klägern verlangt werden, die öffentliche Betätigung im *forum externum* zu unterlassen, um so der Verfolgung zu entgehen.

Das BVerwG legte dem EuGH die Frage vor, ob im Hinblick auf Art. 9 Ia) QRL der Begriff der Verfolgung in dieser Weise auf Eingriffe in einen Kernbereich der Religionsfreiheit beschränkt werden könne, der sich auf »das Glaubensbekenntnis und auf Glaubensbetätigungen im häuslichen und nachbarschaftlichen Bereich beschränkt«, oder ob auch der Verzicht auf die öffentliche Glaubensbetätigung unter Gefahr für Leib, Leben und Freiheit als Verfolgung einzuordnen sei. Schließlich<sup>28</sup> fragte es, ob unter solchen Bedingungen eine Verfolgungsfurcht zu bejahen sei, oder ob es »dem Antragsteller zuzumuten [sei], auf solche künftigen Betätigungen zu verzichten.«

Der EuGH antwortete, nicht jeder Eingriff in die in Art. 10I GRCh und Art. 9 EMRK garantierte Religionsfreiheit stelle Verfolgung dar, er müsse vielmehr nach Art. 9 Ia) QRL »schwerwiegend« sein.<sup>29</sup> Zur Ermittlung des Gewichts der Verletzung könne aber die Unterscheidung zwischen *forum internum* und *forum externum* nichts beitragen, die zudem mit dem weiten Religionsbegriff in Art. 10Ib) QRL nicht übereinzubringen sei. Dieser schütze auch die öffentliche Glaubensbezeugung und -betätigung.<sup>30</sup> Abzustellen sei vielmehr auf die Art und Folgen der zu befürchtenden Repressionen, die mit solchen Aktivitäten verbunden seien.<sup>31</sup>

Damit könne aber auch der Verzicht auf solche Betätigungen nicht verlangt werden. Zu prüfen sei allein, ob ein Antragsteller in seiner individuellen Lage Verfolgungshandlungen tatsächlich zu befürchten habe. Keine der für diese Beurteilung maßgeblichen Regeln des Art. 4 QRL deute darauf hin, dass hierbei berücksichtigt werden müsse,

<sup>21</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 11.3.2009 – 5 K 1875/08.A (asyl.net, M18011).

<sup>22</sup> BVerwG, NVwZ 1996, 82; BVerwGE 74, 31 (38, 40); 87, 52; 120, 16; BVerfGE 76, 143 (158 f.) – *Ahmadiyya*; BVerfG-K, InfAuslR 1995, 210 m. w. N.; übertragen auf Homosexualität in VG Düsseldorf, Urteil vom 11.3.2009 – 5 K 1875/08.A.; beendet durch EuGH, *Y und Z* (unten Fn. 27).

<sup>23</sup> EGMR, *F/Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 22.6.2004, Beschwerde Nr. 17341/03. Krit. zu Recht Titze (a. a. O., Fn. 15), 100.

<sup>24</sup> VG Regensburg, Urteil vom 4.8.1998 – RN 11 K 97.31221 (unveröff.).

<sup>25</sup> Z. B. Jakob, Ein Leben im Schatten des Rechts, taz vom 28.3.2012; Gauto, Eine unauffällige Lesbe bekommt keine Probleme, ZEIT vom 26.7.2012.

<sup>26</sup> Wrusch, Kein Zwang zum Versteck (a. a. O., Fn. 2).

<sup>27</sup> EuGH (Gr. Kammer), *Y und Z/Bundesrepublik Deutschland*, Urteil vom 5.9.2012, Rs. C-71/11 und C-99/11, InfAuslR 2012, 444 = ZAR 2012, 433 (m. Anm. Lübke) = EuGRZ 2012, 638.

<sup>28</sup> Das BVerwG fragte zudem, ob die individuelle Unverzichtbarkeit ausreichend sei, oder dies auch von der Religionsgemeinschaft als ganzer so gesehen werden müsse.

<sup>29</sup> EuGH (GK), *Y und Z/Bundesrepublik Deutschland* (a. a. O., Fn. 27), Rn. 56-61.

<sup>30</sup> Ebd., Rn. 62f, 71.

<sup>31</sup> Ebd., Rn. 65-69.

»[...] ob der Antragsteller die Gefahr einer Verfolgung möglicherweise dadurch vermeiden kann, dass er auf die betreffende religiöse Betätigung und folglich auf den Schutz, den ihm die Richtlinie mit der Anerkennung als Flüchtling garantieren soll, verzichtet. Sobald feststeht, dass sich der Betroffene nach Rückkehr in sein Herkunftsland in einer Art und Weise religiös betätigen wird, die ihn der tatsächlichen Gefahr einer Verfolgung aussetzen wird, müsste ihm daher [...] die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt werden. *Dass er die Gefahr durch Verzicht auf bestimmte religiöse Betätigungen vermeiden könnte, ist grundsätzlich irrelevant.*«<sup>32</sup>

Bei der Prüfung, so die Große Kammer in ihrer Antwort auf die Vorlagefrage, könnten »die Behörden dem Antragsteller *nicht zumuten, auf diese religiösen Betätigungen zu verzichten.*«<sup>33</sup>

## 2. Homosexualität: Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Religion?

Die Parallelen zur Verfolgung wegen der Homosexualität liegen auf der Hand: Auch hier, so wäre zu argumentieren, ist allein zu fragen, ob ein/e Schutzsuchende/r eine homosexuelle Orientierung in Zukunft verbergen werde oder nicht; ist dies nicht der Fall und wären deswegen Verfolgungshandlungen erheblicher Schwere zu befürchten, ist der Flüchtlingsstatus zu bejahen.

Eine entsprechende Vorlage aus Deutschland mit der Frage, ob die QRL auch im Bereich der sexuellen Orientierung ein *forum externum* schütze<sup>34</sup>, war 2011 daran gescheitert, dass der EuGH die Rechtssache unter dem Namen des iranischen Klägers auf seiner Website verzeichnete, sodass ein Verbergen der Orientierung nicht mehr in Betracht kam.<sup>35</sup>

Ein neuerliches, anonymisiertes Vorabentscheidungsersuchen aus den Niederlanden, das einen senegalesischen Ausgangsfall betrifft, ist nun seit April 2012 beim EuGH anhängig.<sup>36</sup> Der Raad van State fragt zunächst, ob Homosexuelle eine »bestimmte soziale Gruppe« darstellen können (eine Frage die Art. 10 I d) QRL bejaht). Dann geht er auf die Verfolgungsvermeidung ein:

»a) Kann von homosexuellen Ausländern erwartet werden, dass sie ihre sexuelle Ausrichtung in ih-

rem Heimatland vor jedermann geheim halten, um eine Verfolgung zu vermeiden?

- b) Falls die vorstehende Teilfrage zu verneinen ist: Kann von einem homosexuellen Ausländer erwartet werden, dass er sich beim Ausleben seiner sexuellen Ausrichtung in seinem Heimatland zurückhält, um eine Verfolgung zu vermeiden, und wenn ja, in welchem Maße? Kann insoweit von Homosexuellen mehr Zurückhaltung als von Heterosexuellen erwartet werden?
- c) Falls in diesem Zusammenhang zwischen Äußerungen, die den Kernbereich der sexuellen Ausrichtung betreffen, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, unterschieden werden kann: Was ist unter dem Kernbereich der sexuellen Ausrichtung zu verstehen und wie kann dieser bestimmt werden?«<sup>37</sup>

Schließlich fragt der Raad van State, ob die diskriminierende Kriminalisierung homosexueller Handlungen und ihre Bedrohung mit Freiheitsstrafe im Hinblick auf Art. 9 II c) QRL bereits an sich eine Verfolgungshandlung darstelle, oder unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein könne.<sup>38</sup>

## III. Britische Leitentscheidung *HJ (Iran)*: »Diskretion« unzumutbar

Der britische Supreme Court hat die Vorlagefragen des Raad van State für sich bereits beantwortet, ohne den EuGH anzurufen. In der Sache *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. SSHD*<sup>39</sup> beendete der Supreme Court die bisherige britische Praxis, von Homosexuellen bei der Rückkehr in ihr Heimatland »Diskretion« zu verlangen. Das Urteil geht jedoch über die neue Linie des BAMF mit einer wichtigen Klarstellung hinaus: Zu fragen ist nicht nur, ob eine Schutzsuchende Person ihre homosexuelle Orientierung bei der Rückkehr verbergen wird, sondern auch, ob sie dies aus privaten Gründen tun wird (etwa um die Familie nicht zu belasten oder aus Furcht vor niedrigschwelliger Stigmatisierung), oder nur, um Verfolgung zu entgehen.

Dem Urteil lagen die Klage zweier homosexueller Männer zugrunde. Der Kameruner HT hatte angegeben, er werde im Fall seiner Rückkehr nach Kamerun seine Homosexualität geheim halten; er war dort nach einem Kirchenbesuch von einer aufgebracht Meute angegrif-

<sup>32</sup> Ebd., Rn. 76–79 (Herv. d. Verf.).

<sup>33</sup> Ebd., Ziff. 2 des Tenors (Herv. d. Verf.).

<sup>34</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23.11.2010 – 13 A 1013/09.A, Rs. C-563/10, *Kashayar Khavand/Bundesrepublik Deutschland*, ASYLMAGAZIN 2011, 81.

<sup>35</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15.2.2011 – 13 A 1013/09.A.

<sup>36</sup> Ersuchen vom 27.4.2012 – Rs. C-201/12, *Z/Minister voor Immigratie en Asiel*.

<sup>37</sup> Ebd., Frage 2.

<sup>38</sup> Ebd., Fragen 1 und 3.

<sup>39</sup> Supreme Court, Urteil vom 7. 7.2010, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. SSHD*, [2010] UKSC 31; sämtl. brit. Urteile verfügbar auf <http://www.baillii.org>. Dazu bereits ausf. Markard/Adamietz, KJ 2011, 294-302; s. a. Titze (a. a. O, Fn. 15).

fen und von eingreifenden Polizisten krankenhaushausreif geschlagen worden, weil er in seinem Garten seinen Partner geküsst hatte.<sup>40</sup> Der Court of Appeal hatte daraufhin eine Verfolgungsfurcht abgelehnt und ein solches »diskretes« Verhalten auch dem nicht vorverfolgten Iraner HJ anheim gestellt.<sup>41</sup> Der Prozessvertreter HJs sprach in diesem Zusammenhang in Anlehnung an die sogenannte innerstaatliche Schutzalternative von »internal flight within the self.«<sup>42</sup> Die Idee der »Diskretion« prägt(e) die angloamerikanische Rechtsprechung nicht nur in Großbritannien; ähnlich wie im Fall G. bezeichneten manche Gerichte die öffentliche Erkennbarkeit homosexueller Orientierung abwertend als »Zurschaustellung« oder sogar als Einladung zur Verfolgung.<sup>43</sup>

Der Supreme Court entschied im Einklang mit internationaler Rechtsprechung<sup>44</sup> und der Position von UNHCR<sup>45</sup>, eine dauerhafte Verheimlichung der sexuellen Orientierung sei nicht zumutbar. Die Flüchtlingskonvention gehe davon aus, dass Menschen frei von Furcht vor schweren Verletzungen wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Überzeugung leben können sollten.<sup>46</sup> Der Zwang, eines dieser Merkmale aus Furcht vor Verfolgung zu verbergen, beraube den Flüchtling genau des Schutzes, den die Konvention ihm bieten solle,<sup>47</sup> nämlich der Realisierung eines Menschenrechtes<sup>48</sup>, hier des Rechts auf freie Entfaltung der sexuellen Orientierung.

Die Lordrichter ziehen dabei eine bereits in einem australischen Fall verwandte Analogie zum Fall Anne Frank.<sup>49</sup> Der Vertreter der Regierung hatte argumentiert, dass für Anne Frank in ihrem Versteck im Dachboden eines Amsterdamer Hauses keine Verfolgungsgefahr bestanden hätte, solange (hypothetisch) hätte unterstellt

werden können, dass sie in ihrem Versteck vor Entdeckung weitgehend sicher gewesen wäre – es sei denn, das Leben im Versteck stelle selbst Verfolgung dar (was Lord Walker bejahen würde). Lordrichter Collins weist diese Konstruktion mit deutlichen Worten zurück:

»Simply to re-state the Secretary of State's argument shows that it is not possible to characterise it as anything other than absurd and unreal. It is plain that it remains the threat to Jews of the concentration camp and the gas chamber which constitutes the persecution.«<sup>50</sup>

Die Verfolgungsgefahr hört nach Ansicht des Supreme Courts daher nicht auf zu bestehen, nur weil man sich vor ihr versteckt, und sie ist entsprechend auch nicht davon abhängig, wie wahrscheinlich die Entdeckung ist.

Entscheidend sei daher erstens nicht, ob ein Flüchtling seine sexuelle Orientierung verbergen *könne*, sondern ob er es *werde*. Gebe der Flüchtling an, er werde seiner sexuellen Orientierung keinen erkennbaren Ausdruck verleihen, sei zweitens zu fragen, ob der dies aus freier Entscheidung tun werde, etwa um gesellschaftlicher oder familiärer Erwartungen willen, oder nur, weil er andernfalls Verfolgung fürchten muss.<sup>51</sup> Im letzteren Fall sei eine Verfolgungsgefahr trotz der Verhaltensmodifikation zu bejahen.

#### IV. UNHCR-Richtlinie Nr. 9: Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität

Im Oktober 2012 hat UNHCR die bisherige Leitlinie zum Thema sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität von 2008<sup>52</sup>, auf die sich der britische Supreme Court berief, durch die neunte UNHCR-Richtlinie zum Internationalen Schutz ersetzt.<sup>53</sup> Die Richtlinie enthält umfangreiche Nachweise zur internationalen und vergleichenden Rechtsprechung; insbesondere das Urteil *HJ (Iran)* wird wiederholt positiv zitiert. Sie beginnt denn auch mit einer *menschenrechtlichen Verankerung* des Schutzes von LGBTI-Personen<sup>54</sup> vor Diskriminierung und Gewalt

<sup>40</sup> *HJ (Iran)*, ebd., Rn. 41.

<sup>41</sup> Court of Appeal, [2009] EWCA Civ 172.

<sup>42</sup> *HJ (Iran)* (a. a. O., Fn. 39), Rn. 20. Grdl. zur Zumutbarkeit *J v SSHD*, [2007] Imm AR 73, Rn. 16.

<sup>43</sup> Ausf. Nw. bei Millbank, Int'l J. Hum. Rts. 13 (2009), 391-414 (393).

<sup>44</sup> Insb.: Austral. High Court, *Appellant S395/2002*, [2003] HCA 71, Rn. 41; neuseel. R. SAA, *Refugee Appeal No. 74665/03*, [2005] INLR 68; US 9th Cir., *Karouni v. Gonzalez*, 399 F.3d 1163 (2005); kanad. FC, *Atta Fosu v Canada (MCI)*, [2008] FC 1135; *Okoli v MCI*, [2009] FC 332. Zu den ersten beiden ausf. Titze (a. a. O., Fn. 15), 96-98.

<sup>45</sup> UNHCR, Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 2008, Rn. 12, 25 f., verfügbar auf <http://www.refworld.org>; dazu ausf. und krit. LaViolette, IJRL 22 (2010), 173-208. Nun ersetzt durch die neue Richtlinie (a. a. O., Fn. 3).

<sup>46</sup> *HJ (Iran)* (a. a. O., Fn. 39), Rn. 52, per Lord Rodger.

<sup>47</sup> Ebd., Rn. 110, per Lord Collins. Ebenso Sir John Dyson SCJ, Rn. 113.

<sup>48</sup> Siehe nur CCPR, *Toonen v. Australia*, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 vom 4.4.1994 (Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung als Verletzung von Art. 17 Zivilpakt); Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007), abrufbar unter <http://www.yogyagartaprinciples.org>; Human Rights Council, Human rights, sexual orientation and gender identity, UN Doc. A/HRC/17/L.9/Rev.1 vom 17.6.2011.

<sup>49</sup> Ebd., Rn. 96, per Lord Walker; ebenso Lord Collins, Rn. 106 f, Sir John Dyson SCJ, Rn. 117 f. S. auch *Win v MIMA* [2001] FCA 132, wo es um politische Orientierung ging.

<sup>50</sup> Ebd., Rn. 107.

<sup>51</sup> *HJ (Iran)* (a. a. O., Fn. 39), Rn. 35, per Lord Hope, 82, per Lord Rodger. Zust. Lord Walker, Rn. 98.

<sup>52</sup> UNHCR Guidance Note (a. a. O., Fn. 45); s. auch Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity, 2010, verfügbar auf <http://www.refworld.org>.

<sup>53</sup> UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3); die übrigen Guidelines sind verfügbar auf <http://www.unhcr.de/recht/i1-internat-fluechtlingsrecht/11-voelkerrecht.html>.

<sup>54</sup> Das inzwischen gängige Kürzel steht für »Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex« und umfasst Homo- und Bisexuelle, Personen mit von dem zugeschriebenen Geschlecht abweichender Geschlechtsidentität (Transsexuelle oder Transgender-Personen) so-

(§§ 5–7). Ausgangspunkt der flüchtlingsrechtlichen Prüfung müsse sein, dass Antragsteller/innen das Recht haben in ihrer Gesellschaft als die zu leben, die sie seien, und dies nicht verbergen müssen (§ 12).

Die Richtlinie macht in ihrer Begriffsklärung insbesondere deutlich, dass sich sexuelle Orientierung auf einem Spektrum von exklusivem und nicht exklusivem Hingezogenheit zum eigenen oder anderen Geschlecht bewegt, was sich früh im Leben oder auch später herausstellen und auch ändern könne. Die Äußerungen solcher Orientierungen variierten stark und könnten nicht in stereotype Erwartungen gepresst werden (§§ 4, 10). Manche aufgrund ihrer sexuellen Kontakte gefährdeten Flüchtlinge lehnten – z. B. aufgrund internalisierter Homophobie – zudem selbst die Einordnung als schwul/lesbisch oder bisexuell ab (§§ 3, 11).<sup>55</sup> Die Richtlinie erinnert zugleich daran, dass sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität mit Erscheinungs- oder Verhaltensweisen einhergehen können, die nicht den gesellschaftlichen (heteronormativen<sup>56</sup>) Geschlechterrollen entsprechen. Die Ablehnung von LGBTI beschränke sich in der Regel nicht auf verpönte Sexualpraktiken, die mit Homosexualität verbunden werden, sondern gründe in der Nonkonformität mit kulturellen, sozialen und Geschlechterrollen-Erwartungen (§§ 13–15). Die Richtlinie verweist zudem richtigerweise darauf, dass sich die Lebensrealität für LGBTI-Personen aufgrund der Überschneidung (sog. Intersektionalität) mit anderen Faktoren – Geschlecht, Alter, Ethnizität, Religion, u. a. – sehr unterschiedlich darstellen kann, wobei sich die Verletzlichkeit durch das Zusammenwirken von Faktoren verstärken kann (§ 3).<sup>57</sup>

UNHCR-Richtlinien sind für die Vertragsstaaten der GFK nicht unmittelbar rechtsverbindlich, da UNHCR zwar die Durchführung der GFK überwacht (§ 8 lit. a UNHCR-Satzung), nach überwiegender Ansicht aber nicht zu ihrer authentischen Auslegung berufen ist.<sup>58</sup> Allerdings trifft die Vertragsstaaten nach Art. 35(1) GFK eine Kooperationspflicht, aus der sich zumindest eine Berücksichtigungspflicht gegenüber den Positionen von

UNHCR ergibt.<sup>59</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind diese bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen, eine Abweichung zwischen ihnen und obergerichtlicher Rechtsprechung indiziert eine Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage.<sup>60</sup> Der EuGH hat dagegen bisher keine Bezüge zu existierenden UNHCR-Richtlinien hergestellt, obwohl die QRL die GFK konkretisiert und mit ihr im Einklang auszulegen ist.<sup>61</sup> Hierfür bietet die anhängige Vorlagefrage nun erneut Gelegenheit.

## V. Verfolgung wegen der Homosexualität im Einzelnen

Im Folgenden soll unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der UNHCR-Richtlinie auf die wesentlichen vor dem EuGH anhängigen Fragen eingegangen werden.

Dabei ist zunächst zu betonen, dass die gesetzliche Kriminalisierung von Homosexualität nur ein Aspekt der Verfolgung wegen der Homosexualität ist, wie die Aufzählung in der UNHCR-Richtlinie verdeutlicht:<sup>62</sup> Die wahrgenommenen Abweichungen von gesellschaftlichen Normen begegnen häufig Drohungen, Erpressung oder Gewalt einschließlich sexualisierter Gewalt; in Familienzusammenhängen werden auch Zwangsehen, erzwungene Schwangerschaften oder Vergewaltigungen eingesetzt. Soweit die Normabweichungen als »krankhaft« wahrgenommen werden, sind LGBTI-Personen mit Institutionalisierung, Zwangsmedikation und/oder Operationen gegen oder ohne ihren Willen konfrontiert, um sie zu »heilen«. In Haft sind LGBTI-Personen besonders verletzlich, ihre Isolierung von allen anderen Häftlingen kann dagegen ebenfalls schweres psychisches Leiden erzeugen. Im täglichen Leben sind LGBTI-Personen häufig Diskriminierung ausgesetzt, was den Zugang zu bürgerlichen und politischen, aber auch sozialen und kulturellen Rechten betrifft. Solche Diskriminierungen können kumulativ Verfolgungsintensität erreichen (vgl. Art. 9 II QRL).

wie Personen mit uneindeutigem körperlichem Geschlecht (Intersexuelle).

<sup>55</sup> Für Männer, die sexuelle Kontakte mit dem eigenen Geschlecht haben, eine schwule oder bisexuelle Identität jedoch ablehnen, wird z. T. der Begriff »Männer die Sex mit Männern haben« (MSM) verwendet, entsprechendes gilt für Frauen.

<sup>56</sup> Heteronormativität bezeichnet die Normativität der Erwartung, dass Menschen eines Geschlechtes sich zu dem als komplementär empfundenen anderen Geschlecht hingezogen fühlen. Eingehend Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, Nomos 2011, insb. 250–253.

<sup>57</sup> Für die wesentlichen Inhalte der RL im Übrigen siehe den Beitrag von UNHCR, in diesem Heft, S. 70, sowie die nachstehenden Fn.

<sup>58</sup> Dagegen Kälin, in: Feller et al. (Hg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, 613 (627), m. w. N.; dafür Türk, UNHCR, Berlin 1992, S. 165, sowie Masing, in: FS Böckenförde (1995), 51 (79). Keine Quelle nachfolgender Staatenpraxis: Goodwin-Gill, in: ders./Lambert (Hg.), *The Limits of Transnational Law*, Cambridge 2010, 204 (212).

<sup>59</sup> Fischer-Lescano/Horst, ZAR 2011, 81 (85), m. w. N.; so auch Löhr, *Kinderspezifische Auslegung*, Baden-Baden 2009, S. 50–52; Markard, *Kriegsflüchtlinge*, Tübingen 2012, S. 25 f.

<sup>60</sup> BVerfG, Urteil vom 12.3.2008 – 2 BvR 378/05, InfAusR 2008, 263 f, Rn. 38 (asyl.net, M12981). Dies entspricht der deutschen Rechtsprechung auch in Fällen, in denen die Bundesrepublik nicht Prozesspartei ist, da die entsprechenden internationalen Gerichte zur Konkretisierung der jeweiligen Vertragsbestimmungen berufen sind: BVerfGE 111, 307 – *Görgülü* zu EGMR, *Görgülü* / *Bundesrepublik Deutschland*, NJW 2004, 3401, 3407; BVerfGK 9, 174 – *LaGrand/Avena* = EuGRZ 2006, 684 = NJW 2007, 499. Dazu Viellechner, EuGRZ 2011, 203. Wie hier Fischer-Lescano/Horst (a. a. O., Fn. 59), 84 f, m. w. N.; Markard (a. a. O., Fn. 59), S. 26.

<sup>61</sup> EuGH (Gr. Kammer), *Abdulla/Bundesrepublik Deutschland*, Urteil vom 2.3.2010, Rs. C-175/08, ASYLMAGAZIN 2010, S. 124 (Wegfall der Umstände); *Bundesrepublik Deutschland/B und D*, Urteil vom 9.11.2010, Rs. C-57/09, C-101/09, InfAusR 2011, 40 = ZAR 2011, 142 (Ausschlussklausel).

<sup>62</sup> UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3), Rn. 20–25.

## 1. Homosexuelle als bestimmte soziale Gruppe

Die Homosexualität kann nach Art. 10 I d) Satz 2 QRL »je nach den Gegebenheiten des Herkunftslandes« Grundlage einer »bestimmten sozialen Gruppe« sein, denn sie stellt nach allgemeiner Ansicht entweder ein »angeborenes Merkmal« dar oder eines, das »so bedeutsam für die Identität ... [ist], dass der Betreffende nicht gezwungen werden sollte, auf [es] zu verzichten.«<sup>63</sup> Landesspezifisch unterschiedlich zu beurteilen ist ebenso die Frage, ob die Gruppe »in dem betreffenden Land eine deutlich abgegrenzte Identität hat, da sie von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird« (Art. 10 I d) 2. Spiegelstrich QRL). Zwar ist richtigerweise davon auszugehen, dass die GFK lediglich die alternative Erfüllung dieser kumulativ genannten Kriterien erfordert,<sup>64</sup> doch werden diese gerade im Falle der Verfolgung der Homosexualität nur selten voneinander abweichen.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Konventionsmerkmale keine tatsächliche Zugehörigkeit zu einer Gruppe voraussetzen; auch die Zuschreibung einer solchen Zugehörigkeit genügt.<sup>65</sup> So wies das VG Ansbach 2008 zu Unrecht eine Klage u. a. deswegen ab, weil die ausgeübte homosexuelle Orientierung des Klägers eine »bloße Neigung« neben der weiterhin praktizierten Heterosexualität darstelle und daher nicht hinreichend »identitätsprägend« für die Zugehörigkeit zur bestimmten sozialen Gruppe der Homosexuellen sei.<sup>66</sup>

Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch andere Konventionsgründe, gegebenenfalls zusätzlich, in Betracht kommen. So können Homosexuelle etwa aus religiösen Gründen verfolgt werden, wenn gleichgeschlechtliche Beziehungen als Verstoß gegen religiöse Gebote gewertet werden. Der Kampf gegen die Diskriminierung von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transpersonen und Intersexuellen (LGBTI) kann als politisch unerwünschtes »Werben für Homosexualität« aus politischen Gründen Verfolgungsmaßnahmen auf sich ziehen.<sup>67</sup>

## 2. Strafbarkeit homosexueller Handlungen als diskriminierende Verfolgung

Sind homosexuelle Handlungen, d. h. Zärtlichkeiten oder Geschlechtsverkehr zwischen Männern oder zwischen Frauen mit Strafe bedroht, steht außer Zweifel, dass diese Strafe jedenfalls »wegen [...] der Zugehörigkeit zu einer

bestimmten sozialen Gruppe« zu befürchten ist. Dass auch gesetzmäßige Strafen insbesondere in diskriminierenden Normen Verfolgung darstellen können, stellen Art. 9 II b) und c) QRL klar. Die Schwelle zur Verfolgung ist dabei in der Regel unproblematisch überschritten, da Strafnormen gegen homosexuelle Handlungen in der Regel Freiheitsstrafe, körperliche Züchtigungen oder gar die Todesstrafe vorsehen<sup>68</sup> – wie im Fall G. oder dem des Iraners HJ. Allerdings können auch niedrigschwellige »Nadelstiche« in ihrer Kumulation Verfolgungsintensität erreichen, wie Art. 9 I b) QRL klarstellt.

Die Existenz von Strafnormen, die auch durchgesetzt werden, begründet daher eine Verfolgungsfurcht für Personen, die homosexuelle Kontakte unterhalten.<sup>69</sup> Dabei ist im Hinblick auf die begründete Furcht zu berücksichtigen, dass fehlende Informationen über die Durchsetzung solcher Strafgesetze nicht als Beweis ihrer Nichtdurchsetzung gelten können.<sup>70</sup> Begrüßenswert sind daher die diesbezüglichen Ausführungen des VG Bayreuth im Fall G. Das Gericht stellte zwar fest:

»Aussagen darüber, in welchem Umfang und mit welcher Intensität strafrechtliche Ermittlungen wegen Homosexualität betrieben werden, sind wegen der mangelnden Transparenz des iranischen Gerichtswesens nicht möglich.«<sup>71</sup>

Von Razzien werde nichts berichtet, UNHCR habe über eine Steinigung wegen wiederholter homosexueller Handlungen und Ehebruchs zuletzt aus dem Jahr 1995 berichtet. UNHCR habe jedoch betont, es sei

»[...] nicht angebracht, das Bestehen der Todesstrafe wegen der hohen Anforderungen der Beweisregeln und die [sic] angeblich geringe Zahl von Hinrichtungen nur als theoretische Gefährdung anzusehen.«<sup>72</sup>

Zudem sei nach einer Hinrichtung dreier Männer 2011 »[...] erstmals Homosexualität als Grund für eine Hinrichtung nicht auszuschließen.«<sup>73</sup> weswegen eine Verfolgungsgefahr grundsätzlich zu bejahen sei. Der Fehlschluss des Gerichts liegt im Hinweis auf die vermeintlich verfolgungsvermeidende Geheimhaltung.

Die Existenz solcher Strafnormen führt jedoch dazu, dass – wie anhand des in der britischen Rechtsprechung diskutierten »Anne-Frank-Prinzips« deutlich wird – der

<sup>63</sup> So auch Hruschka/Portmann (a. a. O., Fn. 12), S. 160.

<sup>64</sup> Vgl. UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 45; s. auch Bank/Schneider, Beilage zum ASYLMAGAZIN 6/2006, 1 (14); Löhr, Kinderspezifische Auslegung, Baden-Baden 2009, 142; Markard (a. a. O., Fn. 59), S. 258 ff.

<sup>65</sup> Zum unzulässigen »Gruppismus« (Brubaker) solcher Annahmen s. a. Markard, ebd., S. 261–263. Vgl. a. UNHCR, ebd., Rn. 41.

<sup>66</sup> VG Ansbach, Urteil vom 21.8.2008 – AN 18 K 08.30201 – (asyl.net, M14124).

<sup>67</sup> Vgl. a. UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 40; Hruschka/Portmann (a. a. O., Fn. 12), S. 166.

<sup>68</sup> Vgl. a. UNHCR, ebd., Rn. 26.

<sup>69</sup> So auch VG Potsdam, Urteil vom 11.9.2006 – 9 K 189/03.A – (asyl.net, M17511); VG Frankfurt/O., Urteil vom 11.11.2010 – VG 4 K 772/10.A – (asyl.net, M18015).

<sup>70</sup> Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 31.

<sup>71</sup> VG Bayreuth (a. a. O., Fn. 7), S. 10; Lagebericht des AA.

<sup>72</sup> Ebd., S. 10 f.

<sup>73</sup> Ebd., S. 11; Zitat aus Lagebericht des AA.

*closet* ein sehr unsicherer Ort ist.<sup>74</sup> In solchen Situationen sind Menschen, die gleichgeschlechtliche Kontakte unterhalten, jederzeit erpressbar und müssen Entdeckung fürchten. Wie der Fall des Kameruners HT zeigt, kann die homosexuelle Orientierung auch ohne den Willen einer Person öffentlich (gemacht) werden; dadurch besteht eine ständige latente Verfolgungsgefahr.<sup>75</sup> Damit kann die »innere Emigration« keineswegs eine »innerstaatlichen Schutzalternative« darstellen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bereits das Verbot an sich eine Menschenrechtsverletzung darstellt.<sup>76</sup> Jansen und Spijkerboer argumentieren zu Recht, dass

»[...] die ständige Situation von Qual und Furcht, die das Verheimlichen eines fundamentalen Aspektes [ihres] Lebens zur Folge hat, selbst inhuman und erniedrigend ist, selbst wenn eine LGBTI-Person erfolgreich [ihre] sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität verbirgt.«<sup>77</sup>

Ist aufgrund sozialer Kontrolle und staatlicher und/oder sozialer Sanktionen das Menschenrecht auf den Schutz der Familie und des Privatlebens verletzt, das nach völkerrechtlicher Rechtsprechung das Intimleben umfasst<sup>78</sup>, ist auch diese schwere Menschenrechtsverletzung selbst als Verfolgung i. S. d. Art. 9 I a) QRL zu bewerten.

### 3. Schutzlosigkeit vor privater Verfolgung

Die Existenz von Strafnormen indiziert zudem die Schutzlosigkeit gegenüber privater Verfolgung.<sup>79</sup> Staatlicher Schutz gegen private Gewalt muss effektiv und tatsächlich erreichbar sein (Art. 7 II QRL). Wie der Fall des Kameruners HT illustriert, können Homosexuelle in Staaten, in denen Homosexualität strafbar ist und auch behördlich verfolgt wird<sup>80</sup>, nicht auf den Schutz der Behörden vor Diskriminierung und Gewalt zählen. Im Gegenteil riskieren sie oft zusätzliche Demütigungen oder Gewalttaten von Seiten der Polizei. Das Zusammenwirken von staatlicher und privater Repression machen etwa die – ablehnenden – Ausführungen des VG Ansbach deutlich:

»Homosexualität werde als westliches Phänomen abgetan, als in Pakistan nicht existierend angesehen und daher tabuisiert. Eine Person, deren Homosexualität entdeckt worden ist, werde Opfer von Drohungen, Schlägen und Ausgrenzung. Homosexuelle hielten deshalb ihre sexuelle Ausrichtung geheim. Es gebe kein Gesetz zum Schutz von sexuellen Minderheiten. Vor allem Polizisten erpressten Homosexuelle um Geld und Sex, damit sie diese nicht anzeigen. [...] Komme es zu [einem Outing], führe dies zu einer Ausgrenzung durch die Gesellschaft und oft auch durch die Familie. Die betroffene Person sei dann häufig Einschüchterungen, Bedrohungen oder gewalttätigen Übergriffen ausgesetzt.«<sup>81</sup>

Sind daher private homophobe Gewalttaten real zu befürchten und kann gegen sie kein staatlicher Schutz erlangt werden, weil der Staat zum Schutz nicht in der Lage ist, dieser Homosexuellen generell verweigert wird oder weil die Schutzsuche zusätzliche Gefahren birgt, ist Flüchtlingsstatus zu gewähren. Von letzterem ist auszugehen in Staaten in denen Homosexualität kriminalisiert wird; eine erfolglose Schutzsuche zum Beweis der Schutzlosigkeit darf in solchen Fällen nicht verlangt werden.<sup>82</sup>

Dabei genügt bereits die diskriminierende Motivation der Gewalttaten, doch kann die Anknüpfung auch durch die diskriminierende Schutzverweigerung bewiesen werden, wie seit der Neufassung durch Art. 9 III der Qualifikationsrichtlinie klargestellt wird.<sup>83</sup>

### 4. Unspezifische Sanktionen für sexuelle Handlungen als diskriminierende Verfolgung?

Sind homosexuelle Handlungen nicht speziell unter Strafe gestellt, sind zunächst zwei Szenarien zu unterscheiden: Erstens die Kriminalisierung bestimmter sexueller Handlungen wie Analverkehr oder Oralverkehr ohne Unterschied nach der Geschlechtskombination der Partner, sowie zweitens die Kriminalisierung sexueller Handlungen in bestimmten Situationen, z. B. außerhalb der Ehe oder in der Öffentlichkeit. In beiden Konstellationen stellt sich die Frage, ob dennoch eine Verfolgung wegen der homosexuellen Orientierung vorliegen kann, obwohl die Vorschriften den Anschein der Neutralität haben.<sup>84</sup>

In der ersten Konstellation ist aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht darauf hinzuweisen, dass die Kriminalisierung gerade solche sexuellen Handlungen betrifft, die allgemein mit männlicher Homosexualität as-

<sup>74</sup> Vgl. Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 8, 30. Vgl. a. UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 27.

<sup>75</sup> UNHCR-RL, ebd., Rn. 32.

<sup>76</sup> Grundlegend EGMR *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, 22.10.1981; zur diesbezüglichen Rechtsprechung ausf. Markard/Adamietz (a. a. O., Fn. 39), 296 f.; s. a. Titze (a. a. O., Fn. 15), 100.

<sup>77</sup> Vgl. Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 8; s. a. UNHCR-RL, ebd., Rn. 33.

<sup>78</sup> EGMR *Dudgeon* (a. a. O., Fn. 76).

<sup>79</sup> UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 36.

<sup>80</sup> Allerdings können auch selten oder nicht durchgesetzte Strafnormen eine gesellschaftliche Akzeptanz für Diskriminierung, Gewalt und Schutzlosigkeit erzeugen; UNHCR-RL, ebd., Rn. 27 f.

<sup>81</sup> VG Ansbach, Urteil vom 20.12.2012 – AN 11 K 12.30387 –, gestützt auf Lageberichte.

<sup>82</sup> UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 36. S. auch Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20) S. 37; dort (S. 35) wird berichtet, dass dies in Deutschland auch so gehandhabt wird.

<sup>83</sup> S. auch UNHCR-RL, ebd., Rn. 39.

<sup>84</sup> Zu denken ist auch hier stets an mögliche andere Verfolgungsgründe, z. B. falls die Strafbarkeit von Ehebruch religiös begründet wird.

soziiert werden. Das südafrikanische Verfassungsgericht hat hierzu in der Sache *National Coalition* ausgeführt, das Verbot des Analverkehrs bestrafe »a form of sexual conduct which is identified in our broader society with homosexuals. Its symbolic effect is to state that in the eyes of our legal system all gay men are criminals;« diese gesellschaftliche Herabsetzung verletze das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot.<sup>85</sup> Auch die US-amerikanische Supreme-Court-Richterin O'Connor argumentierte in *Lawrence v. Texas*: »[...] there can hardly be more palpable discrimination against a class than making the conduct that defines the class criminal.«<sup>86</sup> Daher kann bei solchen Strafnormen eine mehr oder weniger gut verdeckte staatliche Diskriminierungsabsicht vorliegen.

Die zweite Konstellation verweist auf das antidiskriminierungsrechtliche Konzept der indirekten Diskriminierung. Indirekte oder mittelbare Diskriminierung ist gegeben, wenn eine neutral formulierte Norm eine bestimmte Bevölkerungsgruppe in besonderer Weise trifft. Bei der Bestrafung sexueller Handlungen in der Öffentlichkeit etwa ist zu prüfen, ob gerade gleichgeschlechtliche Sexualkontakte auf heimliche Treffen an öffentlichen Orten angewiesen sind, die dann aber die Gefahr der Strafverfolgung nach sich ziehen.<sup>87</sup>

Schließlich ist zu fragen, ob bei im Hinblick auf die Gruppenzugehörigkeit neutralen Vorschriften die Bestrafung für Gruppenzugehörige unverhältnismäßig schärfer ausfällt, oder der Rechtsschutz verweigert wird, oder ob die Norm in der Praxis vor allem gegen Homosexuelle angewandt wird. Hierauf weisen die (dogmatisch unsauber dem Verfolgungsbegriff zugeordneten) Art. 9 II b)-d) QRL hin. Wird beispielsweise der Ehebruch schärfer bestraft, wenn er mit einer Person desselben Geschlechts begangen wird, liegt hierin Verfolgung wegen der Homosexualität, soweit die Sanktion die Schwelle zur Verfolgung erreicht.

## 5. Begründete Furcht und »Diskretion«

Schließlich ist zu fragen, ob eine solche Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zur bestimmten sozialen Gruppe der Homosexuellen auch individuell droht, d. h. eine begründete Furcht besteht.<sup>88</sup> Der EuGH hat mit Bezug auf die religiöse Verfolgung zutreffend klargestellt, dass die Mög-

lichkeit der Verfolgungsvermeidung kein Kriterium des hierfür maßgeblichen Art. 4 QRL darstellt;<sup>89</sup> dies ist ohne Weiteres auf die Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung übertragbar. Ob die Handlungen im öffentlichen oder privaten Bereich stattfinden, macht aus menschenrechtlicher Sicht keinen Unterschied.<sup>90</sup>

Die Möglichkeit der verfolgungsvermeidenden »Diskretion« darf daher im Rahmen der begründeten Furcht nicht berücksichtigt werden.<sup>91</sup> Allein das tatsächliche zukünftige Verhalten des Flüchtlings ist entscheidend<sup>92</sup> – in Anschluss an den britischen Supreme Court unter Ausblendung eines zwangsweisen Verzichts zur Vermeidung von Gefahren für Leib, Leben und Freiheit. Jede andere Betrachtung würde mit dem Verfolger gemeinsame Sache machen und den Schutz der GFK leer laufen lassen.<sup>93</sup>

Auch das BAMF hat nun klargestellt, dass für die Bestimmung des Verfolgungsrisikos irrelevant ist, ob die sexuelle Orientierung geheim gehalten werden kann, da – wie auch im Bereich der Religionsfreiheit – kein Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Handlungen gemacht werden kann:

»Für Personen mit einer bestimmten, nicht der sozialen Norm im Herkunftsland entsprechenden sexuellen Orientierung hat sich die Prüfung jetzt danach zu richten, ob und in welchem Umfang Sanktionen drohen. Grundsätzlich unerheblich ist es danach, in welche Komponente der sexuellen Selbstbestimmung – die sexuelle Ausrichtung an sich oder bestimmte, auch öffentliche Handlungen – eingegriffen wird. Einem Antragsteller ist es grundsätzlich nicht zumutbar, gefahrenträchtige Verhaltensweisen zu vermeiden, um einer Verfolgung auszuweichen, die ihm andernfalls, z. B. wegen seiner sexuellen Ausrichtung, drohen würde.«<sup>94</sup>

## VI. Nachweis der homosexuellen Orientierung

Ist nun durch das BAMF anerkannt, dass die Anerkennung homosexueller Flüchtlinge nicht an der Möglichkeit der »Diskretion« scheitern darf, stellt sich die Frage

<sup>85</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517. Zur Diskriminierungswirkung ausf. Markard, *Private but Equal? Why the right to privacy will not bring full equality for same-sex couples*, in: Frankenberg (Hg.), *Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Edward Elgar Publ. 2013 (i. E.).

<sup>86</sup> *Lawrence and Garner v Texas* 539 US 558 (583), mit einem Zitat aus *Padula v. Webster*, 822 F.2d 97 (103) D.C. Cir. (1987) in *Romer v. Evans* 517 US 620 (641), Scalia J, dissenting.

<sup>87</sup> Zu einer antidiskriminierungsrechtlichen Auslegung des Kausalitätserfordernisses in Art. 1(A)(2) GFK vgl. Markard (Fn. 59), S. 269 ff.

<sup>88</sup> Für eine rein objektive Auslegung der »begründeten Furcht« ausf. Markard, ebd., S. 210-215, m. w. N.

<sup>89</sup> EuGH, *Y und Z* (a. a. O., Fn. 27); oben II.1.

<sup>90</sup> UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 30.

<sup>91</sup> Ebd., Rn. 30 f.; s. a. bereits die UNHCR-Richtlinien zur bestimmten sozialen Gruppe und zur Religion (s. Fn. 53); Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 45 f.; Hruschka/Portmann (a. a. O., Fn. 12), S. 162 f.

<sup>92</sup> Vorverfolgung ist nicht erforderlich; UNHCR-RL, ebd., Rn. 18.

<sup>93</sup> Vgl. auch Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 7. Siehe auch VG München, Urteil vom 30.1.2007 – M 21 K 04.51404, Anm. Dienelt, <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-asylrecht/1178-eu-qualifikationsrichtlinie-rl-200483eg-religion-verfolgung.html>.

<sup>94</sup> BAMF (a. a. O., Fn. 1). Ähnlich bereits 2010 die Bundesregierung in der Antwort auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 17/1722 v. 18.5.2010.

nach dem Nachweis der homosexuellen Orientierung. In Australien und Großbritannien wurde hier teilweise eine Verlagerung der Probleme »from discretion to disbelief« – von der Diskretion in das Misstrauen/den Zweifel – beobachtet.<sup>95</sup> Ähnliche Probleme stellen sich auch im Bereich der religiösen Verfolgung, vor allem, wenn die Konversion als Nachfluchtgrund geltend gemacht wird.

Für die deutsche Praxis war nach der eingangs zitierten Rechtsprechung des BVerwG maßgeblich, ob es sich bei der behaupteten Homosexualität um eine »bloße Neigung« oder eine »im Sinne einer irreversiblen Prägung [...] unentrinnbare schicksalhafte Festlegung auf homosexuelles Verhalten« handelt.<sup>96</sup> Dies wirft nicht nur für solche Personen Probleme auf, die nicht ausschließlich homosexuelle Kontakte unterhalten (sog. Bisexuelle) oder die z. B. zum Schutz vor Entdeckung verheiratet sind, wie im oben zitierten Fall des VG Ansbach aus dem Jahr 2008.<sup>97</sup>

Hierfür wurden zum Teil auch amtsärztliche Gutachten erstellt, wie im ebenfalls zitierten Fall vor dem VG Regensburg, in denen untersucht wurde ob ein Kläger »in einer krankhaften Weise homosexuell veranlagt« ist.<sup>98</sup> Diese Untersuchungen stellen nicht nur eine Demütigung dar, die medizinisch aufgrund der Entpathologisierung der Homosexualität nicht zu rechtfertigen ist. Sie sind auch mit intensiven Eingriffen in die Privatsphäre des Flüchtlings verbunden. Gerade für Personen, die das Sprechen vor Fremden über ihre sexuelle Orientierung (oder Geschlechtsverkehr überhaupt) nicht gewohnt sind, die diese möglicherweise über lange Zeit verborgen haben und sich ihrer möglicherweise selbst schämen, können solche Begutachtungen quälend und entwürdigend sein.<sup>99</sup> In der Tschechischen Republik wurden Flüchtlinge sogar der Messung ihrer sexuellen Reaktionen auf pornografische Darstellungen ausgesetzt, eine Praxis, die in eklatanter Weise die Menschenrechte verletzt.<sup>100</sup> Recherchen im Herkunftsort, die einen Flüchtling dort outen würden, hat das BVerfG bereits 2005 für verfassungswidrig erklärt.<sup>101</sup> Das BAMF schiebt nun den übelsten medizinischen Praktiken einen Riegel vor:

»Das Bundesamt verzichtet dabei grundsätzlich auf eine – im Übrigen auch wissenschaftlich nicht un-

umstrittene – Begutachtung der sexuellen Ausrichtung, zumal diese vom Verfolger auch nur unterstellt werden kann.«<sup>102</sup>

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Homosexualität als Teil des Anerkennungstatbestands nicht im Rahmen des Möglichen bewiesen werden muss. Das Bundesamt fügt daher hinzu: »Soweit Antragsteller von sich aus gutachterliche Stellungnahmen oder Bestätigungen von Lesben- und Schwulenverbänden sowie entsprechenden Beratungsstellen vorlegen, finden diese selbstverständlich Eingang in die Entscheidungen.«<sup>103</sup> Die Glaubhaftigkeit der sexuellen Orientierung bleibt damit ein relevantes Problem.<sup>104</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch Menschen, die kein durchgängiges Narrativ einer wahren und ausschließlichen homosexuellen Identität präsentieren können, von Verfolgung wegen sexueller Handlungen bedroht sein können. Die sexuelle Identität ist keineswegs immer stabil und ausschließlich.<sup>105</sup>

Zudem ist insbesondere vor stereotypen Annahmen über Schwule und Lesben auf Seiten der Entscheidungsträger/innen zu warnen,<sup>106</sup> wenn Ablehnungen darauf gestützt werden, dass Flüchtlinge Fragen nach Schwulenbars im Aufnahmeland nicht beantworten können, männliche Flüchtlinge sich nicht feminin verhalten, ihr Umgang mit ihrem Partner nicht pärcchenhaft genug wirkt, oder eine lesbische Frau zu attraktiv und weiblich wirkt.<sup>107</sup> Umgekehrt kann die Erfüllung klischeehafter Vorstellungen die asylrechtliche Anerkennung bedeuten, wie etwa vor dem VG Düsseldorf:

»Nach dem Eindruck, den das Gericht gewonnen hat, kann der Kläger seine sexuelle Orientierung nämlich nicht verbergen. Sie kommt nicht etwa in aufdringlicher Aufmachung, wie es in der in diesem Verfahren eingeholten gutachterlichen Stellungnahme des Deutschen Orient-Instituts [...] vermutet wird, zum Ausdruck, sondern in seiner ihn prägenden körperlichen Erscheinung und Körpersprache, die er nach dem Eindruck, den das Gericht in den Terminen zur mündlichen Verhandlung nachhaltig gewonnen hat, nicht verstellen kann.«<sup>108</sup>

<sup>95</sup> Millbank (a. a. O., Fn. 43), 399.

<sup>96</sup> BVerwGE 79, 143 (147).

<sup>97</sup> VG Ansbach, Urteil vom 21.8.2008 – AN 18 K 08.30201.

<sup>98</sup> VG Regensburg, Urteil vom 4.8.1998 – RN 11 K 97.31221.

<sup>99</sup> Zum Ganzen auch Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 55–60.

<sup>100</sup> Ausf. ORAM: Testing Sexual Orientation, San Francisco 2011, verfügbar auf <http://oraminternational.org/en/publikationen>; UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic, Genf 2011, verfügbar auf <http://refworld.org>. Die tschechische Regierung wendet die Praxis nach eigenen Angaben seit Anfang 2010 nicht mehr an. In Ungarn werden oder wurden pseudowissenschaftliche Expertengutachten z. B. zur Hirnform erstellt, vgl. Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20) S. 57.

<sup>101</sup> BVerfGK 5, 60 = NVwZ 2005, 681.

<sup>102</sup> BAMF (a. a. O., Fn. 1).

<sup>103</sup> Ebd.

<sup>104</sup> Ausf. Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 53 ff.

<sup>105</sup> Dazu ausf. bereits Markard/Adamietz (a. a. O., Fn. 39); vgl. auch UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 3–4, 8–11.

<sup>106</sup> So auch UNHCR, ebd., Rn. 4; Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 9 f.

<sup>107</sup> Jansen/Spijkerboer, ebd., S. 9 f und 65–69. S. a. für Kanada: Millbank (a. a. O., Fn. 43), 400 f.; Rehaag, McGill L.J. 53 (2008), 59–102 (71–73).

<sup>108</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 1.9.2004 – 5 K 1367/00.A. S. auch VG Stuttgart, Urteil vom 29.6.2006 – A 11 K 10841/04 (asyl.net, M8706), EZAR NF 62 Nr. 9 = ZAR 2007, 107 (Anm. Parhisi, ebd., 96–99): männlich erscheinende lesbische Frau im Iran.

Die Nichterfüllung westlicher bzw. orientalistischer Stereotype über Aufmachung, Gestik und Lebensweisen darf jedoch nicht zur Ablehnung führen.<sup>109</sup> UNHCR betont daneben zu Recht, dass detaillierte Fragen nach bisherigen Sexualpartner/innen oder -praktiken für die Prognoseentscheidung nicht erforderlich und daher zu vermeiden seien.<sup>110</sup> Zu widersprechen ist UNHCR dagegen darin, dass es vielmehr um die *Identität* eines Flüchtlings gehe; da diese gerade fluide sein kann oder eine Festlegung vom Flüchtling abgelehnt werden kann, sollte stattdessen die Frage leitend sein, wie ein Flüchtling bei der Rückkehr leben wollen würde.<sup>111</sup>

Wird die Verfolgungsfurcht wegen der Homosexualität erst spät im Verfahren vorgebracht, unterliegt sie oft zusätzlichen Zweifeln an der Glaubwürdigkeit.<sup>112</sup> Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Schutzsuchende nicht immer über die Möglichkeit der Anerkennung wegen der sexuellen Orientierung unterrichtet sind oder diese aus Scham solange wie möglich nicht zu thematisieren suchen, wenn sie anderweitig auf Anerkennung hoffen.<sup>113</sup> Aufgrund ihrer komplexen Natur, so UNHCR zutreffend, eignen sich Schutzanträge wegen der Geschlechtsidentität oder der sexuellen Orientierung nicht für beschleunigte Verfahren oder Sicheres-Herkunftsland-Verfahren.<sup>114</sup> Sie erfordern im Gegenteil eine vertrauliche Atmosphäre frei von diskriminierender Sprache oder ablehnender Körpersprache.<sup>115</sup>

<sup>109</sup>Rehaag (a. a. O., Fn. 107), 73: »[...] to speak of the ›gay reality‹ as being built around queer bookstores and discotheques demonstrates a serious lack of sensitivity to intersectional considerations such as gender, race, class, linguistic background, and immigration status.« (Herv. im Orig.)

<sup>110</sup>UNHCR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 63 vii. S. auch Hruschka/Portmann (a. a. O., Fn. 12), S. 165.

<sup>111</sup>So auch Hruschka/Portmann, ebd., S. 165. Ausf. zur Problematik der Homosexualität als »Identität« und »Schicksal« Markard/Adamietz (a. a. O., Fn. 39).

<sup>112</sup>Ausf. Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 73–78.

<sup>113</sup>Vgl. die Ausführungen im Fragebogen zu Fleeing Homophobia (a. a. O., Fn. 20); UNCHR-RL (a. a. O., Fn. 3) Rn. 59, 61.

<sup>114</sup>UNHCR, ebd., Rn. 59.

<sup>115</sup>Ebd. Rn. 60, 63, mit dem Hinweis dass auch die Bezeichnung als »homosexuell« für Flüchtlinge aus bestimmten Kontexten diskriminierend wirken kann, oder Flüchtling eine identitäre Zuordnung generell ablehnen können.

## VII. Zusammenfassung

Die neue Anerkennungspolitik des Bundesamtes ist ausdrücklich zu begrüßen. Sie beendet die Praxis der Erwartung eines Verzichts auf grundlegende Menschenrechte, die dem Verfolger in die Hände spielt. Nun ist vielmehr richtigerweise davon auszugehen, dass bei einer sexuell aktiven Person, die (auch) homosexuelle Kontakte sucht, Verfolgungsgefahr wegen der Zugehörigkeit zur bestimmten sozialen Gruppe der Homosexuellen besteht, wenn behördliche Sanktionen zu befürchten sind oder private Verfolgungshandlungen, gegen die der Staat keinen Schutz gewährt. Von einer Schutzlosigkeit ist in Staaten, die Homosexualität kriminalisieren oder bei denen eine homophobe Einstellung der Behörden vorherrschend ist, auszugehen. Es steht zu erwarten, dass der EuGH in der Rechtssache *Z/Minister voor Immigratie en Asiel* der in *Y und Z/Bundesrepublik Deutschland* eingeschlagenen Linie folgen und die Praxis des BAMF für unionsrechtlich verbindlich erklären wird.

Zudem hat das BAMF die demütigende Pathologisierung der Homosexualität durch ärztliche Gutachten beendet. Was den Nachweis der Homosexualität angeht, ist jedoch auch weiterhin vor stereotypen Erwartungen zu warnen, »wie Homosexuelle sind«. Zudem erfordert die Verfolgungsgefahr keineswegs die Ausschließlichkeit homosexueller Kontakte oder eine unentrinnbare Festlegung auf solche Kontakte.

Die Entscheidung des EuGH wird hier voraussichtlich bald unionsweit Klärung bringen; doch ist zumindest bis dahin zu berücksichtigen, dass die Anerkennungspraxis für Schutzgesuche aufgrund der sexuellen Orientierung zwischen den Mitgliedstaaten in erheblichem Maße auseinander geht, wie der 2011 erschienene Bericht »Fleeing Homophobia« dokumentiert.<sup>116</sup> Zur Vermeidung von Refoulement ist daher auch bei der Anwendung der Dublin-Verordnung darauf zu achten, wie sich die Entscheidungspraxis anderer Länder gestaltet.

<sup>116</sup>Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 20), S. 7 und passim.

Der Beitrag wurde gefördert durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) aus Mitteln der Europäischen Union – Europäischer Flüchtlingsfonds. Er gibt die Meinung der Verfasserin wieder. Das BAMF und die Europäische Kommission zeichnen für die Verwendung der Informationen nicht verantwortlich.





**Informationsverbund**  
ASYL & MIGRATION

---

## Unsere Angebote

**ASYLMAGAZIN** Die Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht. Enthält Rechtsprechung, Länderinformationen, Beiträge für die Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen sowie Nachrichten. Das ASYLMAGAZIN erscheint zehnmal im Jahr mit dem Asyl-Info von Amnesty International zum gemeinsamen Abonnement-Preis von 72 € jährlich.

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration, Greifswalder Str. 4, 10405 Berlin, Fax 030/467 93 329, [redaktion@asyl.net](mailto:redaktion@asyl.net).

**www.asyl.net** Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählte Rechtsprechung und Länderinformationen, Adressen, Arbeitsmittel und Tipps.

**www.ecoi.net** Online-Datenbank mit den wichtigsten öffentlich zugänglichen Informationen zu Herkunftsländern.

**Schulungen und Vorträge** Einführungen in Rechtsgebiete, Vorträge zu besonderen rechtlichen Fragestellungen oder zur Recherche von Herkunftsländerinformationen.

**Dokumenten- und Broschürenversand** Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei [www.asyl.net](http://www.asyl.net) erwähnt werden, können bezogen werden bei IBIS – Interkulturelle Arbeitsstelle e. V., Klävemannstraße 16, 26122 Oldenburg, Fax: 0441/9849606, [info@ibis-ev.de](mailto:info@ibis-ev.de).



---

In Kooperation mit

