



universität
wien

DIPLOMARBEIT

Titel der Diplomarbeit

Sexuelle Orientierung als Asylgrund

Entwicklungen der europäischen Asylrechtspraxis am Beispiel Deutschlands

Verfasserin

Jessica Johanna Hempel

angestrebter akademischer Grad

Magistra (Mag.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 057 390

Studienrichtung lt. Studienblatt:

Individuelles Diplomstudium Internationale Entwicklung

Betreuerin:

ao.Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Holzleithner

Für meine Eltern

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
Einleitung	4
E.1. Gang der Untersuchung/ Weg der Argumentation	5
E.2. Terminologie – zentrale Begriffe	8
E.2.1. Der UNHCR.....	8
E.2.2. Sexuelle Orientierung/ sexuelle Ausrichtung.....	9
E.2.3. Geschlechtliche und sexuelle Identität.....	10
E.2.4. Homosexualität	11
E.2.5. LGB – lesbian, gays and bisexuals	12
1. Internationale Entwicklungen im Flüchtlingsrecht	12
1.1. Der Flüchtlingsbegriff gemäß Art. 1 A Abs. 2 GFK	14
1.2. Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe	15
1.3. Verfolgung	21
2. Europa und Asyl – Entwicklung zu einem ‚Gemeinsamen Europäischen Asylsystem‘?	23
2.1. Die asylrechtliche Relevanz der europäischen Grundrechtecharta.....	26
2.2. RL 83/2004/EU – Die sog. Qualifikationsrichtlinie	27
2.2.1. Einleitung	27
2.2.2. Sind LGB-Personen „Flüchtlinge“?	28
2.2.3. Die „bestimmte soziale Gruppe“ – sexuelle Ausrichtung als Verfolgungsgrund gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. d RL 2004/83/EG.....	28
2.2.4. Subsidiärer Schutz gemäß Art. 15 QRL	30
2.3. Die sog. EU-Verfahrensrichtlinie – wirksame und faire Verfahren?.....	31
3. Sexuelle Orientierung im Asylrecht Deutschlands – Theorie	32
3.1. Einleitung	32
3.1.1. Recht auf Asyl? – Das Asylgrundrecht laut Art. 16 a Grundgesetz	33
3.1.2. Deutschlands erste Schritte in ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem – Überblick der Asylrechtsreformen seit 2005.....	34
3.1.3. Auswirkungen der Qualifikationsrichtlinie seit 2005.....	35
3.1.4. Das deutsche Asylverfahren im europäischen Kontext – eine Überleitung	37
4. „Irreversibel und schicksalhaft“ – Fallbeispiele der deutschen Asylrechtspraxis.....	39
4.1. „Irreversibilität“ – Pathologisierung von Homosexualität.....	39
4.2. Das sog. „Diskretionsgebot“	40
4.3. Die Glaubwürdigkeit – Beweisbarkeit der sexuellen Orientierung?	41

4.4. Judikatur-Analyse der deutschen Asylrechtsprechung	42
4.4.1. Einleitende Bemerkung	42
4.4.2. Asylrelevante Verfolgung: Irreversibilität und strafrechtliche Verfolgung	44
4.4.3. Staying in the Closet? – Deutsche Rechtsprechungslinien seit 1988	48
4.5. Sexuelle Identität als existenzielles Minimum? – Die parlamentarischen Anfragen von 2006 und 2010 und die Antworten der Bundesregierung	56
4.6. Deutschland und der EuGH – 2010	61
4.7. Deutschland und der EuGH – 2012	66
4.7.1. Go back and hide? – Der EuGH 2012 zur Unzumutbarkeit der Diskretion	73
5. Das EuGH-Urteil vom 7. November 2013.....	76
5.1. Frage 1: Homosexualität als Merkmal einer bestimmten sozialen Gruppe	78
5.2. Frage 2: Keine „Diskretion“ als „innere Fluchtalternative“	80
5.3. Tatsächlich verhängte Freiheitsstrafe stellt Verfolgung dar	82
5.4. Strafbarkeit allein als Verfolgung?	83
6. „Die Karten sind neu gemischt!“	86
Literaturverzeichnis	89
Online-Quellen:.....	93
Rechtsquellenverzeichnis:.....	93
Internationale Quellen:	93
Europarechts-Quellen:	93
Deutsche Quellen:.....	94
Abstract	96
Abstract (English)	97
Lebenslauf.....	98

Vorwort

Diese Diplomarbeit ist die Fortsetzung einer mehrjährigen Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zwischen Recht und sexueller Identität. Während meines Studiums der Internationalen Entwicklung interessierte ich mich zunehmend dafür, wie sexuelle Orientierung, die von heteronormativen Vorstellungen abweicht, auf rechtlicher und gesellschaftlicher Ebene verhandelt wird. Dabei hat mich stets die historische Einbettung gegenwärtiger Entwicklungen interessiert und die Frage geleitet, welche globalen Implikationen die Expansion des u. a. europäischen Rechts der vergangenen Jahrhunderte mit sich brachte und wie sich Vorstellungen von „Geschlecht“ und „Sexualität“ in Raum und Zeit wandelten und wandeln.

An dieser Stelle möchte ich mich bei allen bedanken, die mit ihrer Unterstützung zum Zustandekommen dieser Arbeit beigetragen haben.

Mein Dank gilt vor allem meinen Eltern für ihre fortwährende finanzielle und geistige Unterstützung während meines Studiums. Meinem Bruder Florian danke ich für die vielen persönlichen Gespräche, in denen er mich bestärkte.

Für die Betreuung dieser Arbeit möchte ich Prof.in Elisabeth Holzleithner sehr danken. Sie vertraute auf meine Fähigkeiten und bestärkte mich mit konstruktiver Kritik und fachlicher Expertise und half mir nicht zuletzt mit pragmatischen Hilfestellungen und ihrer mentalen Unterstützung.

Außerdem danke ich meinen Studienkolleg_innen und Freund_innen, allen voran Marie-Christin-Wölbitsch und Johanna Schlintl, die mir bei dieser Arbeit außerordentlich wertvolle Ratschläge und Hilfestellungen gaben und mir in entscheidenden Momenten stets mental zur Seite standen.

Jessica Johanna Hempel

Wien, Februar 2014

Einleitung

„Jeder hat, unabhängig von der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität, das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäußerung. Dies beinhaltet den Ausdruck der Identität oder Persönlichkeit durch verbale Äußerungen, Verhalten, Kleidung, körperliche Merkmale, Namenswahl oder sonstige Mittel, sowie die Freiheit, Informationen und Ideen jeglicher Art, einschließlich im Hinblick auf Menschenrechte, sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, über Medien jeder Art und ohne Rücksicht auf Grenzen zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten“ (Prinzipien von Yogyakarta 2007. Prinzip 19).

Es war im Jahre 2003. Ich hatte drei junge Männer, die Söhne von Freunden aus Paris bei mir zu Besuch. Ich kannte sie aus meiner Zeit in Frankreich, doch als sie hier in mein Haus kamen und meine Gäste waren, spürte ich sofort, dass sie keine Ahnung haben, und dass ich mit ihnen reden muss – am besten gleich heute. Um die Gefahr einschätzen zu können, musste ich sie aufklären, sodass sie sich dementsprechend verhalten könnten. Das ist Kamerun, sagte ich ihnen. Hier ist das nicht so wie bei euch in Frankreich. Ihr müsst sehr aufpassen. Am sichersten seid ihr, wenn ihr euch auf der Straße überhaupt nicht berührt. Versucht euch in der Öffentlichkeit so zu verhalten, wie Jungs in eurem Alter es üblicherweise tun. Dann wird euch nichts passieren. – Ich erinnere mich noch genau, wie entsetzt sie mich anstarrten. Die darauffolgende Woche fasste ich meinen Entschluss.¹

Alice Nkom ist Menschenrechtspreisträgerin des Amnesty International Award 2014 und die erste schwarze Frau, die in Kamerun je als Anwältin zugelassen wurde. Seit 2003 arbeitet sie als Anwältin für Angehörige sexueller Minderheiten und versucht, sie vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen – in Douala, Kamerun, einem von um die 76 Ländern weltweit, in denen Homosexualität noch unter Strafe steht.² Im Pressebüro von Amnesty International in Berlin saß mir im Januar 2014 eine sehr freundliche Dame mit kämpferischem Blick gegenüber. Auf meine Frage, ob sie auch Fälle lesbischer LGB-Personen vertrete und wie das Verhältnis zwischen Schwulen und Lesben in ihrer Anwaltspraxis sei, erzählte sie mir von dem einen Fall, von dem auch im Dokumentarfilm „born this way“³ über die Lage der LGB-Community in Kamerun berichtet wird. Es sei der erste Fall, in welchem sie LGB-Frauen vertritt. Die Unsichtbarkeit innerhalb der Gesellschaft sei bei Lesben weit größer als bei

¹ Persönliches Interview der Verf. mit Alice Nkom im Büro von Amnesty International, Berlin, 24. Januar 2014.

² ILGA, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (2013): State sponsored Homophobia, a world survey of laws: criminalisation, protection and recognition of same-sex love, S. 3.

³ „Born this Way“ (USA, 2013, Shaun Kadlec/Deb Tallmann), Dokumentarfilm über die Situation von LGBTs in Kamerun.

Schwulen. In diesem Fall versucht sie die Aufhebung von § 347a des Strafgesetzbuches von Kamerun zu erwirken, da er auf nicht verfassungskonformem Wege erlassen worden wäre. Das Verfahren ist noch anhängig.

„Von Standesamt bis Galgen“⁴, so lautet die Headline der Eddy-Hirschfeld-Stiftung in Berlin, wenn sie über die Rechtslage von LGBT-Personen weltweit berichtet. Während hier in Europa die Antidiskriminierungspolitik für sexuelle Minderheiten ihre ansteigenden Erfolge feiern darf und für die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen gekämpft wird, ist in anderen Teilen der Welt das Leben von LGB-Personen durch strafrechtliche Verfolgung in Gefahr. In sieben der 76 Länder, in denen konsensuelle gleichgeschlechtliche Handlungen unter Strafe stehen, droht die Todesstrafe.⁵

E.1. Gang der Untersuchung/ Weg der Argumentation

Trotz internationaler Menschenrechtsverträge und der Entkriminalisierung durch Gesetzesreformen in vielen Ländern ist die sexuelle Orientierung noch immer ein Thema, welches sehr kontrovers diskutiert wird. Als Ergebnis der Unterdrückung und Verfolgung flüchten viele LGB-Personen aus ihrer Heimat und suchen im Ausland um internationalen Schutz an. Tausende von lesbischen, schwulen, bisexuellen Personen flüchten jährlich nach Europa, um der Verfolgung in ihrem Herkunftsland zu entkommen.⁶ Dass die Genfer Flüchtlingskonvention als Herzstück des internationalen Flüchtlingsschutzes auch den Schutz der Homosexualität umfasst, ist inzwischen durch internationale Rechtsprechung anerkannt.⁷ Homosexualität stellt danach ein unveränderliches Merkmal dar oder jedenfalls eines, das so bedeutsam für die Identität ist, dass ein Verzicht nicht verlangt werden kann, und das auch im Herkunftsland eine abgegrenzte Gruppe als andersartig markiert. Anknüpfungspunkt ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe gemäß Artikel 1 lit. A Abs. 2 Genfer Flüchtlingskonvention. Diese Interpretation wird durch das europäische Recht verstärkt: Laut Art. 10 Qualifikationsrichtlinie gilt sexuelle Orientierung als ein anerkannter

⁴ <http://www.hirschfeld-eddy-stiftung.de/stiftung/stiftungsarbeit/laender/>? (Stand: 9.2.2014).

⁵ Iran, Jemen, Mauretanien, Saudi-Arabien, Sudan, Teile von Nigeria und Somalia, ILGA 2013: 5.

⁶ Jansen/Spijkerboer, 2011, S. 8; Siehe UN Menschenrechtsrat, „Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity“, 17. November 2011.

⁷ Wessels, Janna (2011): Sexual Orientation in Refugee Status Determination, RSC Working Paper series No.74, Oxford 2011, S. 9.

Verfolgungsgrund. Die Mitgliedsstaaten der EU haben diese Vorgabe in ihren nationalen Rechtsordnungen zu integrieren.

Im Zuge dieser Arbeit widme ich mich dem Thema sexuelle Orientierung als Asylgrund und untersuche die Auswirkungen EU-rechtlicher Entwicklungen am Beispiel der Asylrechtspraxis Deutschlands. Die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 bildet als Kernstück internationalen Flüchtlingsschutzes die Grundlage dieser Untersuchung. Von ihr ausgehend wird die Idee eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems anhand der Präzisierungen des europäischen Flüchtlingsschutzes innerhalb gesetzlicher Bestimmungen dargestellt. Die sog. Qualifikationsrichtlinie steht hierbei im Zentrum. Ihre Auswirkungen auf das nationale Flüchtlingsrecht Deutschlands soll anhand von Beispielen aus behördlicher Verwaltungs- und Gerichtspraxis nachgezeichnet werden.

Die Fragestellungen hierbei sind folgende: Wie schaut die EU-rechtliche Anerkennung von sexueller Orientierung als Verfolgungsgrund in der Praxis aus? Findet eine innerstaatliche Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinien in der nationalen Gesetzgebung und Asylrechtspraxis Deutschlands statt? Lässt sich daraus die rechtliche Anerkennung von Asylsuchenden, die aufgrund von (begründeter Furcht vor) Verfolgung wegen ihrer sexuellen Orientierung in ihrem Herkunftsland Schutz in Deutschland suchen, ableiten? Existiert eine Diskrepanz zwischen den rechtlichen Vorgaben einerseits und der inhaltlichen Umsetzung innerhalb der deutschen Asylrechtspraxis?

Ich argumentiere, dass es beträchtliche Diskrepanzen gibt hinsichtlich rechtlicher Vorgaben einerseits und der Weise, wie europäische Staaten LGB-Asylanträge untersuchen andererseits. Diese Unterschiede zwischen EU-Recht und Implementierung in der Praxis möchte ich anhand der deutschen Asylpraxis verdeutlichen. Die Praxis zeigt, dass spezifische Hürden und Verfahrensschwierigkeiten, die sich im Zuge von LGB-Asylanträgen in beträchtlichem Ausmaß ergeben, auf bestimmte Schlüsselthemen zurückzuführen sind. Diese möchte ich als zentrale Fragen an die Untersuchung wie folgt stellen:

- Inwiefern ist es von Relevanz, ob die Gesetzeslage im Herkunftsland einvernehmliche gleichgeschlechtliche Handlungen unter Strafe stellt?
- Kann von einer LGB-Person, die einen Asylantrag stellt, verlangt werden, ihre sexuelle Identität zu verheimlichen und im Verborgenen auszuleben, um Gewalt und Diskriminierung zu entgehen?

- Dürfen Asylbehörden annehmen, dass LGB-Flüchtlinge bei den staatlichen Behörden ihres Herkunftslandes Schutz suchen können, obwohl diese als homophob bekannt sind?
- Wie ist der behördliche Umgang mit LGB-Flüchtlingen, die nicht unmittelbar bei der Antragstellung ihre sexuelle Orientierung enthüllt und als Fluchtgrund angegeben haben?
- Inwieweit spielen hinsichtlich der Glaubwürdigkeitsprüfung stereotype Vorstellungen von Homosexualität im Verfahren eine Rolle?
- Wie steht es um Herkunftslandinformationen bezüglich der Menschenrechtssituation von LGB-Personen?

Bei meiner Bearbeitung der Thematik sind einige Einschränkungen notwendig. Obwohl von grundlegender allgemeiner Bedeutung des europäischen Flüchtlingsschutzes und somit auch für LGB-Flüchtlinge hinsichtlich des Anspruchs auf ein faires Verfahren und effektive Rechtsmittel entscheidend, kann im Rahmen dieser Arbeit auf die im Zuge des gemeinsamen europäischen Asylsystems (GEAS) rechtlich manifestierte Annahme einheitlicher Standards nicht weiter eingegangen werden. Die Dublin-Verordnung, die im Zuge der zweiten Harmonisierungsphase 2013 erneuert wurde (Dublin-III, Stichwort „europäisches Asylpaket 2013“) geht von gleichen Voraussetzungen für Asylsuchende bezüglich Anerkennungsvoraussetzungen, sozialen Aufnahmebedingungen, wie auch Aufnahmeverfahren in allen EU-Mitgliedsstaaten und somit von einem „illusorischen gemeinsamen Standard in der Anwendung von Flüchtlingsrecht aus, der leider fehlt“.⁸ Für weitere Informationen muss an dieser Stelle auf einschlägige weiterführende Literatur verwiesen werden.⁹

Eine weitere Einschränkung muss hinsichtlich der flüchtlingsrechtlichen Bestimmungen gemacht werden. Wie bereits erwähnt, ist die zweite Phase der Harmonisierung im Flüchtlingsrecht seit Mitte 2013 vollzogen. Daraus ergeben sich einige rechtliche Neuerungen, die sich auch in den nationalen Bestimmungen Deutschlands niedergeschlagen und die zu grundlegenden und umfassenden Gesetzesänderungen geführt haben. Die

⁸ Jansen/Spijkerboer 2011: 7.

⁹ Siehe u. a. EU-Asyl-Paket: Neuregelungen der Asyl-Richtlinien und –Verordnungen. Erste Einschätzungen von PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgemeinschaft für Flüchtlinge e. V. Frankfurt/Main, 12.6.2013.

Qualifikationsrichtlinie von 2004 (RL 2004/83/EG) hat im Jahre 2011 eine Neufassung erfahren. Diese vom Europäischen Parlament und dem Rat erlassene zweite Fassung (RL 2011/95/EU) ist seit 21. Dezember 2013 EU-weit in Geltung. Im Zuge der Gewährleistung einer fristgerechten Umsetzung in nationales Recht u. a. dieser Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber im August 2013 u. a. auch das nationale Flüchtlingsrecht umfassend novelliert. Dabei sind weitestgehend alle materiellen Bestimmungen aus dem Aufenthaltsgesetz a. F. in das Asylverfahrensgesetz n. F. transferiert und mit der Neufassung der Qualifikationsrichtlinie in Einklang gebracht worden. Diese nationalen Änderungen werden im Ausblick soweit wie möglich hinsichtlich ihrer Relevanz für LGB-Fälle überblicksartig dargestellt. Hinsichtlich meiner Untersuchung der deutschen Spruchpraxis sind sie für den gewählten Zeitraum (2004-2013) nicht relevant, da ihr Regelungsinhalt in den meisten Fällen aufgrund der Übergangsregelungen (vgl. § 87 AsylVfG n. F.) erst für Asylanträge gilt, die ab dem Inkrafttreten am 1. Dezember 2013 gestellt wurden.

E.2. Terminologie – zentrale Begriffe

E.2.1. Der UNHCR

Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR) wurde 1950 gegründet und setzt sich als „Hüterin“ der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (GFK) und des Zusatzprotokolls von 1967 dafür ein, dass die nationalen Gesetze und Regelungen der Vertragsstaaten im Einklang mit der Konvention im Sinne internationaler Standards des Flüchtlingsschutzes stehen. Die Auslegungshilfen des UNHCR zum Schutz der sexuellen Orientierung im Flüchtlingsschutz sind für diese Arbeit maßgebend. Das „Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft“ (im Folgenden Handbuch) gilt als zentrales Instrument, um nationale Verschiedenheiten bei der Auslegung der Konvention, im Speziellen der Definition des Flüchtlingsstatus im Sinne des Artikels 1 lit. A Abs. 2 GFK und der diesbezüglichen Rechtsprechung in eine konventionskonforme Anleitung zu gießen. Es wurde erstmals 1979 auf Verlangen der Mitgliedsstaaten des Exekutivkomitees für das Programm des Hohen Flüchtlingskommissars herausgegeben und ist 2011 (die deutsche Fassung 2013) anlässlich des sechzigjährigen

Jubiläums der GFK in der dritten Auflage erschienen.¹⁰ Angesichts der Diskrepanzen in der Spruchpraxis gibt der UNHCR zusätzliche Rechtspositionen heraus, um eine gleichmäßige Umsetzung zu gewährleisten. Diese „Richtlinien zum internationalen Schutz“ gelten als Ergänzung und Aktualisierung des Handbuchs und sollen laut UNHCR in Verbindung mit diesem gelesen werden.¹¹ Für die Fragestellungen der vorliegenden Arbeit ist neben dem Handbuch vor allem die Richtlinie bezüglich „Geschlechtsspezifische Verfolgung“¹², die Richtlinie Nr. 2 „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“¹³, sowie die jüngst veröffentlichte Richtlinie Nr. 9 „Sexuelle Orientierung und Gender Identität“¹⁴, aus dem Jahr 2012 von Bedeutung. Letztere ersetzt zudem den „Leitfaden zu Asylgesuchen aufgrund sexueller Orientierung“ aus dem Jahre 2008.¹⁵ Diese Richtlinien haben als Hilfsmittel zur Rechtsauslegung für Regierungen, Entscheidungsträger und Gerichte Einfluss auf das Flüchtlingsanerkennungsverfahren von LGB-Personen und bilden daher ein wichtiges Element dieser Arbeit.

E.2.2. Sexuelle Orientierung/ sexuelle Ausrichtung

Der Begriff der sexuellen Orientierung hat mittlerweile im Flüchtlingsrecht eine Definition erfahren. Laut „UNHCR-Leitlinien zu Anträgen auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestützt auf sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität“¹⁶ bezeichnet er „die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben oder eines anderen Geschlechts oder mehr als einem Geschlecht hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen“.

¹⁰ UNHCR (2013): Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäß dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Neuauflage Genf, Dezember 2011, deutsche Version UNHCR, Wien 2013, S. 10.

¹¹ UNHCR Handbuch 2013: 11.

¹² UNHCR-Richtlinien zum Internationalen Schutz Nr. 1 – Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1A(2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/01.

¹³ UNHCR-Richtlinien zum Internationalen Schutz Nr. 2 – Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im Zusammenhang mit Artikel 1A(2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/02.

¹⁴ UNHCR-Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9 – Asylanträge basierend auf sexueller Orientierung und/oder geschlechtlicher Identität im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 23. Okt. 2012, HCR/GIP/12/09.

¹⁵ vgl. HCR/GIP/12/09.

¹⁶ UNHCR-Leitlinien zu Anträgen auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestützt auf sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, November 2008, S. 5.

Die Rechtswissenschaftlerinnen Catherine Dauvergne und Jenni Millbank argumentieren, dass innerhalb der Rechtsprechungspraxis sexuelle Identität vorrangig auf der Ebene (stereotype) sexuelle Interaktion verhandelt wird. Die Rechtsprechungslinien – flüchtlingsrechtlich, menschenrechtlich – reduzierten tendenziell die (normabweichende) sexuelle Orientierung auf den Sex, der eher auf den privaten Raum beschränkt werden kann. Dabei werden Lebensweisen, die über das Geschlechtsleben hinausgehen, zu meist ausgeblendet, da sie bei Heterosexuellen zumeist „unsichtbar“ sind, da sie gesellschaftlich akzeptiert sind und daher als „neutral“ gelten. Dass Verhaltensweisen, an denen die sexuelle Orientierung abgelesen werden kann, viele Lebensbereiche erfassen, wird von der Rechtsprechung oft nicht beachtet. Sexuelle Orientierung bedeute nicht allein die freie Wahl des Sexualpartners oder der Sexualpartnerin, sondern vielmehr „an embodied identification or relational activity that is shaped within a specific historical and cultural context“.¹⁷

E.2.3. Geschlechtliche und sexuelle Identität

Der Begriff „Geschlecht“ beinhaltet verschiedene Bedeutungen. Es wird grundsätzlich zwischen dem biologischen (engl. „sex“) und dem sozialen (engl. „gender“) Begriff des Geschlechts unterschieden; laut UNHCR¹⁸ wie folgt:

„Der Begriff ‚Geschlecht‘ in seiner sozialen Bedeutung bezeichnet die Beziehungen zwischen Frauen und Männern auf der Grundlage gesellschaftlich oder kulturell üblicher oder definierter Identitäten, Rechtsstellungen, Rollen und Aufgaben, die dem einen oder anderen Geschlecht zugewiesen sind, während ‚Geschlecht‘ im biologischen Sinn unterschiedliche biologische Merkmale bezeichnet.“

Wesentlich ist, dass der Ausdruck „gender“ nicht als etwas Statisches, eine fortwährend allgemeingültige Wahrheit verstanden sein soll, sondern als ein soziales Konstrukt sich verändernde („fluide“) Inhalte, Normen, Werte und Moralvorstellungen transportieren kann. Somit bilden und verändern sich die Geschlechterbilder durch gesellschaftliche Transformationen kontinuierlich weiter, immer in Interaktion mit dem kulturellen und zeitlichen Kontext. Die gesellschaftlichen Dynamiken haben daher große Auswirkungen auf das Geschlechterverhältnis innerhalb der sozialen Sphären und sind entscheidend dafür, ob

¹⁷ Dauvergne, Catherine/Millbank, Jenni (2003): Burdened by Proof: How the Australian Refugee Review Tribunal has Failed Lesbian and Gay Asylum Seekers, Federal Law Review, Vol. 31, 2003, S. 304.

¹⁸ UNHCR, HCR/GIP/02/01, 2002: 2, RZ 3.

Frauen die gleichen Rechte wie Männern zustehen oder ob sie dieselben Möglichkeiten und Chancen im öffentlichen wie auch im privaten Leben genießen.¹⁹

Unter ‚geschlechtlicher Identität‘ versteht man „das tief empfundene innere und persönliche Gefühl der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht, das mit dem Geschlecht, das der betroffene Mensch bei seiner Geburt hatte, übereinstimmt oder auch nicht; dies schließt die Wahrnehmung des eigenen Körpers (darunter auch die freiwillige Veränderung des äußeren körperlichen Erscheinungsbildes oder der Funktionen des Körpers durch medizinische, chirurgische oder andere Eingriffe), sowie andere Ausdrucksformen des Geschlechts, z. B. durch Kleidung, Sprache und Verhaltensweisen, ein“.²⁰

E.2.4. Homosexualität

Der Begriff „Homosexualität“ umfasst die gleichgeschlechtliche Liebe unter Frauen und unter Männern. Auch wenn der Ausdruck häufig primär mit männlicher Homosexualität in Verbindung gebracht wird, beinhaltet die Definition die weibliche Homosexualität gleichermaßen.²¹ „Homosexualität“ ist in der binären Konstruktion sexueller Identität der Gegenpart zu „Heterosexualität“, in der eine Person entweder das eine oder das andere „ist“. Ich verwende den Begriff in dieser Arbeit vor allem dann anstatt der Begriffe „LGB“ oder „sexuelle Minderheiten“, um die Darstellungen, Imaginationen und Argumentationsweisen in der internationalen, europäischen und deutschen Spruchpraxis zu verdeutlichen und der Frage nachzugehen, ob sich die Rechtsprechung – als ein dynamischer Prozess im Zuge einer sich verändernden gesellschaftlichen Haltung gegenüber Homosexualität – ebenso weiterentwickelt hat. Wie schaut die Rechtsprechungslinie hinsichtlich LGB-Fällen im Asylrecht der letzten Jahre aus? Wird innerhalb der europäischen Länder eine Tendenz sichtbar, die (auch rechtlich manifestierte) Hierarchie²² von Hetero- und Homosexualität aufrecht zu erhalten, oder geht es im Zuge umfangreicher Antidiskriminierungspolitik in

¹⁹ Ainetter-Brautigam, Christine (2002): International human rights law : the relevance of gender. In: Wolfgang Benedek, Esther M. Kisaakye and Gerd Oberleitner (Hrsg.): The human rights of women: international instruments and African experiences, 2002: 21f., London, Zed Books Ltd.

²⁰ HCR/GIP/12/09; Vgl. International Commission of Jurists (ICJ), Vorwort der Yogyakarta Principles – Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, März 2007.

²¹ Wiemann, Rebekka (2013): Sexuelle Orientierung im Völker- und Europarecht: Zwischen kulturellem Relativismus und Universalismus, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin. 28-29.

²² El-Tayeb, Begrenzte Horizonte. Queer Identity in der Festung Europa, in Steyerl/Gutiérrez Rodríguez (Hrsg), Spricht die Subalterne Deutsch? Migration und postkoloniale Kritik (2003), S. 130.

anderen Rechtsbereichen auch im Asylrecht immer weiter in Richtung einer hierarchiefreien rechtlichen Gleichstellung von Personen mit unterschiedlicher sexueller Orientierung?

E.2.5. LGB – lesbian, gays and bisexuals

Das Thema LGBTI ist in der flüchtlingsrechtlichen Diskussion nicht neu, das Akronym LGBTI hingegen schon.²³ Es bezeichnet „Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex“. „LGB“ sind Ausdrucksformen der sexuellen Orientierung, während „TI“ Merkmale bezeichnen, in denen entweder das biologische Geschlecht nicht dem sozialen Geschlecht entspricht („trans“) oder das biologische Geschlecht sich nicht in das dualistische System „Mann“/„Frau“ einordnen lässt, da Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter vorhanden sind („inter“).²⁴ Ich selbst verwende in dieser Arbeit nur jenen Teil des Akronyms, der für die Menschen passt, auf welche ich mich in meiner Asylrechtsanalyse beziehe. Bisexualität ist nahezu unsichtbar und kommt auch in der Asyl- und Flüchtlingsdebatte kaum vor. Ich habe mich dennoch entschieden, dass „B“ für „Bisexuelle“ mitzuverwenden, möglicherweise mit einer kleinen Hoffnung, dass die Benennung die Aufmerksamkeit für diese sexuell minorisierte Gruppe erhöht, gerade auch weil aufgrund ihrer Unsichtbarkeit und geringen Anerkennung als sexuelle Minderheit bestimmte Verfahrenshindernisse besonders gravierende Auswirkungen haben. Diesen speziellen Hürden für Bisexuelle widme ich mich im Rahmen dieser Arbeit allerdings aus Gründen der Fokussierung bloß am Rande.

1. Internationale Entwicklungen im Flüchtlingsrecht

Während in den 1980er Jahren bei der Geltendmachung von LGB-Rechten gegenüber staatlichen Behörden die Instrumentalisierung grundlegender Persönlichkeitsrechte wie dem Recht auf Privatsphäre erstmals erstritten werden musste²⁵, gilt dieses Schutz- und Selbstbestimmungsrecht in der Gegenwart in weiten Teilen der internationalen Gemeinschaft als unbestritten anerkannt. Diese Entwicklung hat vor dem Rahmenwerk des internationalen Flüchtlingsschutzes – der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 – nicht Halt gemacht. Die internationale Gemeinschaft hat sich weitgehend zur dynamischen Interpretation der

²³ Achermann/Hruschka 2012: 148-149.

²⁴ UNHCR-Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9 – Zusammenfassung, Asylmagazin 3/2013: 70-73.

²⁵ S. EGMR, Dudgeon v. Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 7525/76 (1981), Rn. 52, zitiert nach: Markard/Adamietz 2011: 297.

Konvention und des Protokolls von 1967 bekannt.²⁶ Nur so könne auf globale Konflikte und deren Veränderungen hinsichtlich Flüchtlingsströmen und den Gründen für Verfolgung angemessen reagiert werden. Denn die Tatsache, dass die Verfasser der Konvention in erster Linie auf die Nazi-Verfolgungen und die auf den Zweiten Weltkrieg folgenden Flüchtlingsströme aus den kommunistisch beherrschten mittel- und osteuropäischen Staaten reagierten, sollte laut herrschender Meinung nicht als Freispruch dafür dienen, andere Formen von Unrecht und Menschenrechtsverletzungen vom Schutzbereich der Flüchtlingskonvention auszuschließen.²⁷ Verschiedene nationale bzw. internationale Gerichte haben festgestellt, dass die GFK „im Kontext des Menschenrechtsschutzes und unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Flüchtlingsrealität in objektiver und insbesondere effektiver Weise interpretiert werden sollte“.²⁸ Das englische höchstinstanzliche Berufungsgericht, der Court of Appeal, hat hierzu klargestellt: „*In our view the Convention has to be regarded as a living instrument: just as, by the Strasbourg jurisprudence, the European Convention on Human Rights is so regarded*“.²⁹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), auf den hier Bezug genommen wird, hat in seinem berühmtem Soering-Entscheid festgehalten: „*[T]he Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions*“.³⁰ Die Zementierung der Konvention auf die Verhältnisse, wie sie zum Zeitpunkt ihrer Ausarbeitung vorherrschten, ist daher nicht angebracht.³¹

Laut den zahlreichen veröffentlichten Rechtspositionen des UNHCR zur Auslegungs- und Anwendungspraxis der Genfer Konvention sowie einschlägiger Literatur und der ständigen nationalen und internationalen Rechtsprechung im Flüchtlingsschutz gilt das Prinzip eines menschenrechtlichen Prüfungsmaßstabes in Asylanerkennungsverfahren als anerkannt.³² In der Region Europa hat sich insbesondere der Europarat der Thematik des menschenrechtlichen Schutzes für sexuelle Minderheiten angenommen und als Motor für einen verstärkten Schutz von LGBTI-Personen erwiesen.³³ Der Europarat wurde nach dem Zweiten Weltkrieg mit dem Ziel gegründet, die Staaten Europas hinsichtlich

²⁶ UNHCR Handbuch, 2013: 10.

²⁷ UNHCR, Summary Conclusions, 2010: 1f.

²⁸ Binder 2001: 26.

²⁹ R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan and Others, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 23 July 1999, zitiert nach Binder 2001: 26.

³⁰ Soering v. United Kingdom 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1989), zitiert nach: Binder 2001: 26.

³¹ Vgl. VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51494, zitiert nach: Binder 2001: 26.

³² Siehe u. a. UNHCR, 2010, S. 1f.; UNHCR Handbuch 2013, S. 9; Wessels 2011, S. 3f.

³³ Achermann, Alberto/Hruschka, Constantin (2012): Geschlechtsspezifische Verfolgung. Die schweizerische Praxis vor dem Hintergrund der europäischen und globalen Entwicklungen Editions Weblaw, Bern, S. 152.

„Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Menschenrechte und soziale Entwicklung“ in der europäischen Region zu fördern.³⁴ Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurde im Jahr 1950 als Kontrollinstrument des Europarates durch seine Mitglieder verabschiedet. Gemäß Artikel 19 EMRK wurde der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) – wie auch die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte – eingerichtet, um als Kontrollinstanz die Erfüllung der Pflichten gemäß der Konvention durch die jeweiligen Staaten sicherzustellen. Im Oktober 2013 gehörten dem Europarat 47 Mitgliedsstaaten an, von denen (seit 8. Juli 2013) 28 auch EU-Mitgliedsstaaten sind.³⁵ Laut Artikel 1 EMRK „sichern“ die Staaten „allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ die in dem Vertrag verankerten Rechte zu. Darunter fallen auch ausländische Personen.³⁶

Verfolgung aufgrund sexueller Orientierung ist ein Phänomen, das seit langem existiert. Dass erst seit wenigen Jahrzehnten Staaten mit einer steigenden Anzahl von LGB-Flüchtlingen konfrontiert werden, die um Asyl ansuchen, geht einher mit einem wachsenden Bewusstsein in vielen Ländern, dass sexuelle Orientierungen, die von heteronormativen Vorstellungen abweichen, nicht mehr als verwerflich betrachtet werden. Demzufolge hat sich seit den 1990er Jahren die Meinung durchgesetzt, dass Personen, die vor Verfolgung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung fliehen, Flüchtlinge im Sinne des Artikels 1 lit. A Abs. 2 GFK sein können.³⁷

1.1. Der Flüchtlingsbegriff gemäß Art. 1 A Abs. 2 GFK

In der GFK wird weder explizit der Begriff „sexuelle Orientierung“ genannt, noch der Begriff „Geschlecht“ als Verfolgungsgrund gelistet.³⁸ Aus heutiger Sicht wird dies häufig als Mangel und Schwachstelle der GFK bewertet. Sobald jedoch der historische Kontext der Entstehung der Konvention mitgedacht wird, kann man Gründe dafür finden, warum diese – aus heutiger Sicht – „Leerstelle“ existiert. Dem vorherrschenden Verständnis der Entstehungszeit der GFK zufolge war ein Flüchtling ein aus politischen Gründen verfolgter Mann. Zudem waren die

³⁴ FRA Handbuch, 2013: 15.

³⁵ FRA Handbuch, 2013: 15f.

³⁶ Ebd.

³⁷ UNHCR, Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity, November 2010, S.4f., abrufbar unter:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cff99a42.html> (Stand: 18.2.2014).

³⁸ Wiemann 2013: 101.

1950er Jahre eine Zeit, in der in den meisten Ländern der Welt – auch und gerade in Europa – homosexuelle Handlungen (noch) strafrechtlich verboten waren. Es war also eine Zeit, in welcher Homosexualität als eine mögliche „sexuelle Orientierung“ rechtlich und gesellschaftlich geächtet und nicht als Gegenstand der individuellen Selbstbestimmung anerkannt war.

Die Definition des Flüchtlings gemäß Art. 1 A Abs. 2 GFK lautet:

„Im Sinne dieses Abkommens findet der Ausdruck ‚Flüchtling‘ auf jede Person Anwendung: die [...] aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtung nicht in Anspruch nehmen will [...]“

Viele der Konventionsstaaten bedienen sich dieser Definition des Flüchtlingsbegriffes, indem sie sie in ihr nationales Asylrecht integrieren. Auf diese Weise gelangen Bestimmungen des GFK national zu Anwendung. Die jeweilige nationale Auslegung der GFK hat zwar keine bindenden Auswirkungen auf Urteile anderer Staaten, doch wird auf internationaler sowie auf europäischer Ebene deutlich, dass richterliche Entscheidungen über nationale Grenzen hinweg Beachtung finden. Indem diese (Grundsatz-)Entscheidungen aufgrund ihrer argumentativen Überzeugungskraft aufgegriffen werden, entfalten sie eine transnationale Wirkung.³⁹

1.2. Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe

Der Schwerpunkt bei der Argumentation von Flüchtlingsgesuchen, die sich auf die sexuelle Orientierung stützen, wird bei dem Fluchtgrund Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe verortet. Sie ist als anerkannter Fluchtgrund der Konvention die am wenigsten klare Kategorie der fünf Konventionsfluchtgründe, da sie auch in der GFK selbst nicht definiert wird.⁴⁰ Auf Vorschlag des schwedischen Delegierten wurde der Begriff auf der Bevollmächtigtenkonferenz kurz vor der Abstimmung und ohne Diskussion eingeführt. Dies geschah auf die Bemerkung des schwedischen Delegierten hin, die Erfahrung hätte gezeigt, dass bestimmte Flüchtlinge gerade deshalb verfolgt worden seien, weil sie zu bestimmten sozialen Gruppen gehörten. Da diese bestimmten sozialen Gruppen existierten, forderte er

³⁹ Wiemann 2013: 102.

⁴⁰ UNHCR, GIP 02/02/: 2, RZ 1.

deren ausdrückliche Erwähnung in der Konvention.⁴¹ Entstehungsgeschichtlich sind Inhalt, Umfang und Grenzen dieses Verfolgungsgrundes nicht weiter rekonstruierbar, da über den Vorschlag eben nicht weiter diskutiert wurde. Die Flüchtlingskategorie „bestimmte soziale Gruppe“ ist ein Konzept, welches „in keinem nach Verabschiedung der Konvention entwickelten menschenrechtlichen Instrument je wieder verwendet worden ist“.⁴² Ungeachtet dessen haben die Staaten „Frauen, Familien, ethnische Minderheiten, Berufsgruppen und Homosexuelle als bestimmte soziale Gruppe anerkannt“.⁴³

Bezüglich des Terminus „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ haben sich in Lehre und Judikatur zwei unterschiedliche Auffassungen entwickelt. Der „*fundamental characteristics approach*“⁴⁴ besagt, dass die Mitglieder einer Gruppe dieselben fundamentalen - im Sinne von angeborenen - Merkmalen besitzen. Dazu gehört etwa das Geschlecht als ein äußerliches, angeborenes Merkmal. Der UNHCR nennt als zentrale Erkennungszeichen dieser Interpretation „geschützte Merkmale“ sowie „Unveräußerlichkeit“.⁴⁵ Daneben existiert ein zweiter Ansatz, der „*social perception approach*“ genannt wird.⁴⁶ Dieser „Ansatz der sozialen Wahrnehmung“ stellt ein gemeinsames Merkmal einer Gruppe ins Zentrum der Prüfung. Hier geht es um ein gemeinsames Merkmal, „das sie zu einer erkennbaren Gruppe macht oder sie von der Gesellschaft insgesamt unterscheidet“.⁴⁷ Der UNHCR empfiehlt in seiner Richtlinie die Zusammenführung der beiden Ansätze, da sie beide grundlegende Elemente für das Erkennen gegenwärtig aktueller Verfolgungsgründe beinhalten. Diesbezüglich wurde 2002 in San Remo von internationalen Flüchtlingsrechtexpertinnen bei der Erstellung der „Richtlinien zum Internationalen Schutz: ‚Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe‘ im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2)“ GFK folgende Definition als Hilfsinstrument für die Praxis vorgeschlagen:

„Eine bestimmte soziale Gruppe ist eine Gruppe von Personen, die neben ihrem Verfolgungsrisiko ein weiteres gemeinsames Merkmal aufweisen oder von der Gesellschaft als eine Gruppe

⁴¹ Marx 2005: 177.

⁴² Ebd.

⁴³ Marx 2005: 177.

⁴⁴ UNHCR, GIP 02/02/: 3, RZ 6.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ UNHCR, GIP 02/02/: 3, RZ 7.

⁴⁷ Ebd.

wahrgenommen werden. Das Merkmal wird oft angeboren, unabänderlich oder in anderer Hinsicht prägend für die Identität, das Bewusstsein oder die Ausübung der Menschenrechte sein“.⁴⁸

Die Richtlinie 2004/83/EG, die europarechtliche Vorgabe für die Flüchtlingsanerkennung der EU-Mitgliedsstaaten, welche im Europarechts-Kapitel weiter unten noch ausführlich behandelt wird, ist ein „Beispiel für (die) kumulative Anwendung beider Ansätze“.⁴⁹ Diese Ansätze bieten grundsätzlich die Möglichkeit, aufgrund der sexuellen Orientierung Flüchtlingsstatus gewährt zu bekommen. Freilich ist die Gefahr, Personen, die der gesellschaftlichen, stereotypen Vorstellung einer bestimmten Gruppe nicht entsprechen, auch nicht als Mitglieder einer bestimmten sozialen Gruppe wahrzunehmen, umso größer, je stärker ein Ansatz auf äußerlich erkennbare Merkmale abstellt.⁵⁰ Dazu zählt der Ansatz, der als „*social visibility test*“ bezeichnet wird. Hierbei wird von den entscheidenden Behörden nicht darauf geschaut, „wie eine Gruppe wahrgenommen wird, sondern ob die einzelne Person von der Gesellschaft als der Gruppe zugehörig angesehen wird“.⁵¹

Dieser Ansatz wird – auf Flüchtlingsgesuche angewendet, welche auf Verfolgung wegen sexueller Orientierung beruhen – als problematisch betrachtet.⁵² Denn sexuelle Orientierung ist kein äußerliches Merkmal. Vor allem bei LGB-Personen, die ihr Herkunftsland aufgrund von Verfolgung verlassen, kann man mit großer Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass sie weitestgehend vermeiden, ihre sexuelle Orientierung öffentlich zu zeigen, sondern diese aus Furcht verheimlichen. Da sie unter diesen Umständen von der Gesellschaft nicht als Zugehörige der sozialen Gruppe wahrgenommen werden können, fallen sie nach dem Ansatz der „gesellschaftlichen Sichtbarkeit“ nicht unter den geschützten Fluchtgrund. Dies betrifft wiederum vermehrt LGB-Personen, die nicht den stereotypen gesellschaftlichen Imaginationen entsprechen und gerade auch Frauen, da Lesben in vielen Gesellschaften noch weniger sichtbar sind als homosexuelle Männer.⁵³

Die Konvention enthält „keine konkrete Liste sozialer Gruppen“, und es existieren keine Anhaltspunkte, die die Herleitung einer „Reihe identifizierbarer Gruppen“ aus dem Willen der

⁴⁸ UNHCR, GIP 02/02/: 4, RZ 11.

⁴⁹ Wiemann, 2013: 107.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ Fatma E. Marouf 2008: 78f., in Wiemann 2013: 111; vgl. Wessels (2012); siehe auch den kontroversen Beitrag von Hathaway/Pobjoy (2011): *queer cases make bad law*.

⁵² Marouf, Fatma E. 2008, S. 64.

⁵³ Wiemann 2013: 111.

damaligen Normsetzer_innen legitimieren könnte.⁵⁴ Es ist vielmehr ein Begriff, der in seiner Formulierung eine „Entwicklungsoffenheit“ besitzt, „für die vielfältigen und sich wandelnden Erscheinungsformen von Gruppen in verschiedenen Gesellschaften“ und im Kontext der Entwicklungen im Bereich der internationalen Menschenrechtsnormen auszulegen und anzuwenden ist.⁵⁵ In dieser „Offenheit“ der Kategorie liegt nicht zuletzt auch nach Meinung des UNHCR ein großes Potenzial, bestehende „Schutzlücken“ innerhalb der Konvention durch Interpretation zu schließen.⁵⁶ Bisweilen wird moniert, es wäre im Sinne von Rechtssicherheit und Klarheit erforderlich, bestimmte (äußerliche) Merkmale für Angehörige bestimmter sozialer Gruppen wie LGB-Flüchtlinge festzulegen, da sonst sukzessiv der Schutzbereich des Flüchtlingsbegriffs ausgehöhlt werde.⁵⁷ In diesem Zusammenhang steht auch die Forderung nach klaren Trennlinien zwischen vermeintlich schützenswerten Handlungen von LGB-Flüchtlingen und anderen Handlungen, die (nach Meinung der Abgrenzungsbefürworter) vom Flüchtlingsschutz nicht umfasst werden, da ansonsten die „soziale Gruppe“ zu einem Einfallstor für homosexuelle Personen werde.⁵⁸ Diese Diskussion stellt ein Kernthema der internationalen Debatte dar und wird in der anschließenden Judikatur-Analyse der deutschen Asylrechtspraxis u. a. hinsichtlich der jüngsten Entwicklungen vertieft.

Diese Forderung nach einer definitorischen Abgrenzung des Konventionsgrunds „soziale Gruppe“ weist der UNHCR klar zurück. Er stellt fest, dass bei der Anwendung des Fluchtgrundes im Vordergrund stehe, dass seine Auslegung im Einklang mit Ziel und Zweck der GFK erfolge. Dabei sei klar zu stellen, dass die Verfolgung zwar ein wesentliches Merkmal der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe bildet, diese jedoch nicht ursprünglich begründet. Daher könne „diese Kategorie nicht als ‚Sammelbecken‘ für alle

⁵⁴ Ebd.

⁵⁵ Marx 2005: 177.

⁵⁶ UNHCR, GIP 02/02/: 2, RZ 1.

⁵⁷ vgl. Hathaway/Pobjoy, queer cases make bad law, 2011, 315ff.; die darin behauptete These, die Kategorie der sozialen Gruppe würde ein Sammelbecken für Asylanträge begründen hat zu zahlreichen Antworten von Asylrechtsexpertinnen und Rechtswissenschaftlerinnen geführt, siehe u. a. Millbank (2012): The Right of Lesbians and Gay Men to Live Freely, Openly and on Equal Terms is Not Bad Law: A Reply to Hathaway and Pobjoy, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 44, Nr. 2, S. 497-527; Janna Wessels HJ (Iran) and HT (Cameroon) – Reflections on a new test for sexuality-based asylum claims in Britain, 2012.

⁵⁸ Ebd.

Personen, die Verfolgung befürchten, verstanden“ werden.⁵⁹ Eine Klärung hierzu liefert der UNHCR mithilfe eines vielzitierten Urteils zu Abgrenzungsfrage:

„Während Verfolgungshandlungen die soziale Gruppe nicht definieren können, können die Handlungen der Verfolger dazu dienen, eine bestimmte soziale Gruppe in einer Gesellschaft zu identifizieren, ja sogar ihre Bildung verursachen. Linkshänder sind keine bestimmte soziale Gruppe. Wenn sie allerdings verfolgt werden, weil sie Linkshänder sind, würden sie in ihrer Gesellschaft in kürzester Zeit als bestimmte soziale Gruppe erkennbar werden. Ihre Verfolgung, weil sie Linkshänder sind, würde sie in der öffentlichen Wahrnehmung als bestimmte soziale Gruppe erscheinen lassen. Es wäre jedoch die Eigenschaft ihrer Linkshändigkeit, nicht die Verfolgungshandlung, die sie zur bestimmten sozialen Gruppe macht.“⁶⁰

Insofern besteht Einstimmigkeit darüber, dass die bloße gemeinsame Verfolgung nicht ausreicht, um konstitutiv für eine bestimmte soziale Gruppe zu sein, da die in Art. 1 A Abs. 2 GFK angeführten Verfolgungsgründe ansonsten überflüssig wären.⁶¹

Als internationale Vorreiter im Bereich des Flüchtlingsschutzes aufgrund sexueller Orientierung haben sich insbesondere Kanada und Australien hervorgetan. Die Studien der Asylrechtsexpertinnen Catherine Dauvergne und Jenni Millbank zeigen am Beispiel der flüchtlingsrechtlichen Entwicklungen in Australien, Kanada und Neuseeland, dass (Höchst-) Gerichtsentscheide auch im Asylrechtsbereich transnationale Wirkung haben und somit die Weiterentwicklung nationaler Rechtsprechung über Grenzen hinweg beeinflussen können.⁶²

Australien erkennt seit 1994 sexuelle Orientierung als Fluchtgrund gemäß des Konventionsfluchtgrunds der „bestimmten sozialen Gruppe“ an.⁶³ Diese Anerkennung deutet auf die argumentative Überzeugungskraft der Entscheidung des obersten Gerichtshofes von Kanada, welcher in seinem Urteil „Ward vs. Attorney-General“ 1993 explizit sexuelle Orientierung als Konventionsgrund gemäß der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe anerkannt hat (ebd.). Dabei hat er die Kategorie der sozialen Gruppe ausgelegt, indem er drei mögliche Untergruppen geschaffen hat:

„1. Groups defined by an innate or unchangeable characteristic;

⁵⁹ UNHCR, GIP 02/02/: 2, RZ 2.

⁶⁰ McHugh, J., in Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1997) 190 CLR 225, 264, 142 ALR 331, zitiert nach UNHCR, GIP 02/02/: 2, RZ 14.

⁶¹ Hruschka/Löhr, 2006: 206, zitiert nach Wiemann, 2013: 106.

⁶² Dauvergne/Millbank 2003a: 98.

⁶³ Dauvergne/ Millbank, 2003a: 3.

2. Groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and
3. Groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence“.⁶⁴

In diesem Urteil hat der Supreme Court of Canada sexuelle Orientierung ausdrücklich innerhalb der ersten Kategorie verortet und die sexuelle Orientierung damit per se als „angeboren“ und „unveränderlich“ definiert, was hinsichtlich der Behauptung, Sexualität sei ein unveränderliches Identitätsmerkmal, zu heftiger Kritik in einschlägiger Literatur geführt hat.⁶⁵ 1995 folgte Neuseeland Australien und erkannte sexuelle Orientierung als Fluchtgrund innerhalb der Kategorie der sozialen Gruppe an, definierte sie allerdings als ein Kriterium „‘either innate or unchangeable or so fundamental to identity or human dignity (...)’“.⁶⁶ Diesen offeneren und weniger einschränkenden Ansatz bei der Auslegung der Kategorie der sozialen Gruppe zeigte argumentative Wirkung einerseits auf die zukünftigen Urteilsfindungen australischer Gerichte, sowie auf die US-amerikanischer Berufungsgerichte.⁶⁷

Im weiteren Verlauf der Arbeit wird die Kategorie der bestimmten sozialen Gruppe eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit LBG-Asylanträgen spielen. Die Asylrechtpraxis zeigt im internationalen Vergleich, dass Asylanträge zur sexuellen Orientierung seit der 1990er Jahre beinahe ausschließlich aufgrund von Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe gestellt werden.⁶⁸ Dieser Entwicklung Rechnung tragend sind die verbleibenden Fluchtgründe innerhalb dieser Arbeit nur im Falle einer (möglichen) Kumulierung von mehreren Fluchtgründen in die Analyse integriert.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass v. a. der Fluchtgrund „politische Verfolgung“ in Bezug auf sexuelle Orientierung asylrelevant werden kann. Hier geht es um die Fallgruppe von Personen, die sich für LGB-Personen gesellschaftlich bzw. politisch einsetzen und somit eine aktive Rolle innerhalb der (Herkunfts-) Gesellschaft übernehmen. In derartigen Situationen kann dieser geschützte Fluchtgrund sehr brauchbar sein – und zwar unabhängig

⁶⁴ The Supreme Court of Canada (1993) 2 SCR 689, zitiert nach: Dauvergne/ Millbank, 2003: 98.

⁶⁵ Nicole LaViolette: ‘The Immutable Refugee: Sexual Orientation in Canada (AG) v Ward’ (1997) 55 University of Toronto Faculty of Law Review zitiert nach: Dauvergne/ Millbank, 2003a: 98, Fn. 7.

⁶⁶ Re GJ [1995] Refugee Appeal 1312/93, zitiert nach Dauvergne/Millbank, 2003: 99.

⁶⁷ Dauvergne/Millbank, 2003: 99.

⁶⁸ Wessels, Janna (2011): Sexual Orientation in Refugee Status Determination, RSC Working Paper series No.74, Oxford 2011, S. 9f.

von ihrer eigenen sexuellen Orientierung.⁶⁹ Hierbei kann auch der Ansatz der „Sozialen Wahrnehmung“ eine Rolle spielen, wenn eine heterosexuelle Person, die sich für Rechte von LGB-Personen einsetzt, als Zugehörige dieser sozialen Gruppe wahrgenommen wird. Das stellt ein Beispiel dar für die kumulative Anwendung der geschützten Fluchtgründe „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ und der der „politischen Verfolgung“.⁷⁰ Es sind wenige Fälle bekannt, in denen Asylanträge auf einer Kumulierung von Fluchtgründen beruhen und Erfolg haben. Eric Bwire, der im Dezember 2013 als Podiumsgast einer Diskussion im Zuge des Menschenrechtsfilmfestivals „this human world“ in Wien eingeladen war, ist so eine Ausnahme. Der 34jährige Ugander ist Journalist und gründete mit Freunden ein LGB-Netzwerk in Uganda, um gegen die vorherrschende Homophobie zu kämpfen. Im Laufe der Arbeit stellte er fest, dass er selbst bisexuell ist, von seiner Umgebung wurde er durch sein Engagement für LGB-Rechte als Schwuler angesehen. Er heiratete und adoptierte mit seiner Frau eine AIDS-Waise. Als sich die homophobe Gewalt gegen ihn in Uganda zuspitzte, floh er mit einem Journalistenvisum nach Deutschland und beantragte 2010 mit Erfolg Asyl. Auch seine Frau und ihr Kind erhielten gemäß der entsprechenden EU-Bestimmungen für die Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen Schutzanspruch zugesprochen.⁷¹

1.3. Verfolgung

Wie bereits ausgeführt, wird die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe nicht allein dadurch bestimmt, dass ihre Mitglieder verfolgt werden oder gemeinsam Verfolgung befürchten. Dennoch können Verfolgungshandlungen gegen eine Gruppe maßgeblich sein bei der Bestimmung der Erkennbarkeit und Wahrnehmung der Gruppe in einer bestimmten Gesellschaft. Wie das Beispiel mit den Linkshändern verdeutlicht, „können die Handlungen der Verfolger dazu dienen, eine bestimmte soziale Gruppe in einer Gesellschaft zu identifizieren, ja sogar ihre Bildung verursachen“.⁷² Es gibt keine allgemein gültige Definition des Begriffs „Verfolgung“.⁷³ Laut GFK muss die „begründete Furcht“ (vor Verfolgung) der antragstellenden Person ausgelöst werden durch das Risiko, aus einem der anerkannten

⁶⁹ Wiemann 2013: 112.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Siehe <http://thecaravan.org/node/2375> (Stand: 14.2.2014).

⁷² UNHCR GIP/02/02, 2002, Rn. 14.

⁷³ UNHCR Handbuch 2013, S. 24.

Gründe verfolgt zu werden.⁷⁴ Aus Art. 33 GFK, welcher das Zurückweisungsverbot (sog. Refoulement-Verbot) von Flüchtlingen definiert, lässt sich jedenfalls ableiten, dass eine Bedrohung des Lebens oder der Freiheit eines Menschen wegen seiner (...) Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe stets eine Verfolgung darstellt. Aus denselben Gründen würden auch andere schwerwiegende Verstöße gegen die Menschenrechte eine Verfolgung darstellen.⁷⁵ Die UNHCR-Richtlinie zum Internationalen Schutz wegen sexueller Orientierung stellt eine aus dem Fallrecht abgeleitete Definition zur Verfügung:

„Persecution can be considered to involve serious human rights violations, including a threat to life or freedom, as well as other kinds of serious harm, as assessed in light of the opinions, feelings and psychological make-up of the applicant“.⁷⁶

Diese Richtlinie verdeutlicht, dass die gesetzliche Kriminalisierung von Homosexualität nur ein Aspekt der Verfolgung wegen Homosexualität ist.⁷⁷ 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.⁷⁸ Dass in vielen Ländern Normabweichungen als moralisch verwerflich und „krankhaft“ betrachtet werden und LGB-Personen mit Institutionalisierung, Zwangsmedikation und/oder Operationen gegen ihren Willen konfrontiert sind, um sie zu „heilen“, kann je nach Schwere der Menschenrechtsverletzung den Tatbestand der Verfolgung erfüllen.⁷⁹ Die Inhaftierung von LGB-Personen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung stellt ebenfalls Verfolgung dar.

Wenn die Bedrohung von nichtstaatlichen Akteuren herrührt, kann Verfolgung anzunehmen sein, wenn der Staat Betroffene nicht schützen kann oder will.⁸⁰ Unwille kann besonders da anzutreffen sein, wo kulturelle und soziale Normen gegen Homosexualität vorherrschen.⁸¹ Daraus kann Straflosigkeit für die Verfolger und implizit, wenn nicht gar explizit, durch die Tolerierung solchen Missbrauchs, Verfolgung resultieren. Um in solchen Fällen über die Frage zu entscheiden, ob eine begründete Furcht vor Verfolgung vorliegt, ist folglich eine

⁷⁴ UNHCR Handbuch 2013, S. 22f.

⁷⁵ UNHCR Handbuch 2013, S. 24.

⁷⁶ HCR/GIP/12/09, 2012, S. 6, Rn. 16.

⁷⁷ HCR/GIP/12/09, 2012, Rn. 20ff.

⁷⁸ HCR/GIP/12/09, 2012, zitiert nach Markard (2013a): Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der „Diskretion“, S. 79.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ HCR/GIP/12/09, 2012, Rn. 26; HRC/GIP/02/01, Richtlinie Nr. 1 zu geschlechtsspezifischer Verfolgung, 2002, Rn. 19.

⁸¹ Ebd.

Tatsachenbeurteilung erforderlich. Diese muss sowohl die individuellen Umstände, als auch den den jeweiligen Fall umgebenden Kontext umfassen.⁸² Im Zentrum der Beurteilung steht die Frage, ob die LGB-Person begründete Furcht zu der Annahme hat, durch ihre Rückkehr ins Herkunftsland mit Wahrscheinlichkeit in eine Verfolgungssituation zu gelangen; ob den staatlichen Behörden bereits ihre sexuelle Orientierung bekannt ist oder ob sie vorverfolgt wurde, ist keine Bedingung zur Anerkennung des Flüchtlingsstatus.⁸³

Eine vertiefende Diskussion möglicher Implikationen der verschiedenen Verfolgungssituationen von LGB-Personen wird innerhalb der Judikatur-Analyse anhand der deutschen Asylrechtsprechung geführt.

2. Europa und Asyl – Entwicklung zu einem ‚Gemeinsamen Europäischen Asylsystem‘?

Die frühen Verträge der Europäischen Union, die damals noch den Namen Europäische Gemeinschaften (EG)⁸⁴ führte, spiegeln sehr klar die damaligen Intentionen der Vergemeinschaftung Europas wider, die dem primären Zweck wirtschaftlicher Zusammenschlüsse galt – Homosexualität oder sexuelle Orientierung waren damals völlig ausgeklammert.⁸⁵ Das Fehlen jeglichen Verweises auf Menschenrechte oder deren Schutz innerhalb diesen ursprünglichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaften stand bereits in den 1970er Jahren in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu einer steigenden Anzahl von Rechtssachen, die vor den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gebracht wurden, in denen es um die mutmaßliche Verletzung von Menschenrechten im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrecht ging.⁸⁶ Die Rechtsprechung des EuGH als oberste unionsrechtliche Instanz ist maßgebend für die Auslegung von Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht. Seine Entscheidungen haben bei der Anwendung der nationalen Vorschriften, mit denen europäisches Recht umgesetzt wird, in der Praxis erhebliche Relevanz.⁸⁷

⁸² UNHCR Handbuch 2013, Rn. 67f.

⁸³ HCR/GIP/12/09, 2012, Rn. 18.

⁸⁴ Ursprünglich 1957 als Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) gegründet; seit dem Maastrichter Vertrag von 1993 EG, mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 wurde die Europäische Union (EU) Rechtsnachfolgerin der EG.

⁸⁵ Wiemann 2013: 224f.

⁸⁶ Wiemann 2013: 224f.

⁸⁷ Markard 2013: 84.

Der EuGH reagierte auf die skizzierten Herausforderungen, indem er einen neuen Ansatz entwickelte. Um den Schutz des Individuums zu gewährleisten und zu stärken, nahm er „die Grundrechte in die sogenannten allgemeinen Rechtsgrundsätze des EU-Rechts“ auf.⁸⁸ In seinem Urteil vom 13. Dezember 1979, Liselotte Hauer gg. Land Rheinland Pfalz⁸⁹ vertrat der EuGH die Auffassung, dass diese „allgemeinen Grundsätze dem Inhalt der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte Rechnung (tragen), die in den nationalen Verfassungen und Menschenrechtsverträgen, insbesondere in der EMRK, verankert sind“.⁹⁰ Der EuGH definierte somit seine Rolle als Kontrollmacht innerhalb der EG als so weitreichend, dass er die Verantwortung trage, dafür zu sorgen, dass jedwede europarechtliche Bestimmungen mit diesen Grundsätzen im Einklang stehen.⁹¹

Innerhalb der EG war es 1984 das Europäische Parlament, welches zum ersten Mal das Thema sexuelle Orientierung auf die europäische Tagesordnung brachte, indem es gegen Nichtdiskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung am Arbeitsplatz plädierte.⁹² Im Laufe der 1990er Jahre ist innerhalb der Europäischen Institutionen das Interesse für und die Beschäftigung mit der Thematik Homosexualität deutlich gestiegen. Diese Entwicklung ist einerseits als politische Reaktion auf die Bekämpfung von HIV/AIDS zurückzuführen, andererseits aber auch einer europaweiten Lobbying-Kampagne u. a. der NGO ILGA-Europe zu verdanken, durch welche eine stetig wachsende Sensibilisierung für die Rechte sexueller Minderheiten innerhalb der EU und den einzelnen Mitgliedsstaaten angeregt wurde.⁹³

Als 1999 der Amsterdamer Vertrag der Europäischen Union in Kraft trat, wurde das Asylrecht vergemeinschaftet. In einer ersten Phase der Harmonisierung, welche zwischen 2003 und 2005 stattfand, wurden verschiedene Richtlinien und Verordnungen erlassen, deren Regelungsinhalt sowohl die Anerkennungsvoraussetzungen, die sozialen Aufnahmebedingungen für Asylsuchende, als auch das Aufnahmeverfahren waren.⁹⁴

Daraufhin wurde wenig später beschlossen, dass die bestehenden EU-Asylregelungen in einer zweiten Phase der Harmonisierung überarbeitet werden sollen. Dies geschah im Zuge des Asylpakets 2013, welches Veränderungen mit sich brachte, jedoch nicht jene

⁸⁸ FRA 2013: 21.

⁸⁹ C-44/79, Slg. 1979, 3727, Randnr. 15, zitiert nach FRA 2013: 21.

⁹⁰ C-44/79, Slg. 1979, 3727, Randnr. 15, zitiert nach FRA 2013: 21.

⁹¹ FRA 2013: 21.

⁹² Wiemann 2013: 224.

⁹³ Wiemann 2013: 225.

⁹⁴ Bank /Schneider: 2006, S. 4.

grundlegenden Neuerungen, die von der Mehrheit der im europäischen Flüchtlingsschutz tätigen Akteure gefordert worden waren.⁹⁵ Das Schritt für Schritt geschaffene sog. „Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS)“ beruht hinsichtlich des Flüchtlingsschutzes auf einer Umsetzung der Genfer Konvention. Die inhaltliche Übertragung ist an der Übernahme zentraler Begriffe und Definitionen aus der Konvention in die Qualifikationsrichtlinie ersichtlich, wie zum Beispiel der Definition des Flüchtlingsbegriffs sowie der laut GFK anerkannten Verfolgungsgründe. Die Konvention bildet somit das Fundament des GEAS und gilt in der EU als Primärrecht. Aufgrund der Einstufung als europäisches Primärrecht, wie sie durch Art. 63 Abs. 1 EG⁹⁶ vorgenommen worden ist, bildet die GFK den Maßstab für die Auslegung sowohl der Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie als auch der nationalen Umsetzungsregelungen.⁹⁷ Weitere Primärrechtsquelle des Unionsrechts ist seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags von 2009 die europäische Grundrechtecharta (GRC)⁹⁸, welche als EU-Grundrehtedokument Rechtsverbindlichkeit besitzt.⁹⁹ Sie wurde bereits im Jahr 2000 durch die EU verkündet in Anerkennung der Tatsache, dass die Unionspolitik Auswirkungen auf die Menschenrechte der EU-Bürger haben kann. Die GRC war jedoch in ihrer im Jahr 2000 verabschiedeten Form lediglich eine „Erklärung“, Rechtsverbindlichkeit erlangte sie erst 2009, indem sie als EU-Grundrehtedokument fester Bestandteil des EU-Vertrags wurde.¹⁰⁰ Als Folge dessen sind alle Institutionen der EU, Behörden und Institutionen, sowie auch die Mitgliedstaaten „bei der Durchführung des Rechts der Union“ an die Vorgabe der Charta gebunden.¹⁰¹

Die europarechtlichen Richtlinien, die der Umsetzung in nationales Recht durch die einzelnen EU-Mitgliedsstaaten unterliegen, müssen sich somit als europäisches Sekundärrecht an der GRC sowie an der Genfer Konvention messen – dazu zählt auch das Grundrecht auf Asyl gemäß Art. 18 GRC.

⁹⁵ Siehe u. a. PRO ASYL 2013.

⁹⁶ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 7. Februar 1992 (ABl. Nr. C 340 S. 1, ber. BGBl. 1999 II S. 416).

⁹⁷ Bank/Schneider 2006, S. 6f.

⁹⁸ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 30.3.2010, ABl. Nr. C 83/389, (2010/C 83/02).

⁹⁹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 7. Februar 1992 (ABl. Nr. C 340 S. 1, ber. BGBl. 1999 II S. 416).

¹⁰⁰ FRA 2013: 21f.

¹⁰¹ Vgl. Art. 51 GRC, in FRA 2013: 22.

Das unionsrechtliche Rahmenwerk ist nunmehr der „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV).¹⁰² Für das Gemeinsame Europäische Asylsystem von zentraler Bedeutung ist der Art. 78 Absatz 1 AEUV:

„(1) Die Union entwickelt eine gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz, mit der jedem Drittstaatsangehörigen, der internationalen Schutz benötigt, ein angemessener Status angeboten und die Einhaltung des Grundsatzes der Nicht-Zurückweisung gewährleistet werden soll. Diese Politik muss mit dem Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie den anderen einschlägigen Verträgen im Einklang stehen. (...)“

2.1. Die asylrechtliche Relevanz der europäischen Grundrechtecharta

Wie bereits erwähnt setzt die Funktion der europäischen Grundrechte-Charta als Primärrechtsquelle der EU voraus, dass jegliche europarechtlichen Bestimmungen, Verordnungen und Richtlinien materiell mit ihr im Einklang stehen müssen. Die zentrale Bestimmung hinsichtlich der Frage des Rechts auf Asyl in der EU ist Art. 18 Grundrechtecharta:

„Das Recht auf Asyl wird nach Maßgabe des Genfer Abkommens vom 28. Juli 1951 und des Protokolls vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gewährleistet“ (Art. 18 GRC).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat zudem bestätigt, dass er die Grundrechte-Charta allgemein für Verfahren von Asylwerbern als anwendbar erachtet.¹⁰³ Somit wurde entsprechend Art. 18 GRC das Recht auf Asyl institutionalisiert. Innerhalb der deutschen Spruchpraxis sind Verweise auf die GRC zwar selten, sie ist jedoch v. a. als Grund- und menschenrechtliches Rahmenwerk in der Analyse mit zu beachten.

¹⁰² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013.

¹⁰³ EuGH 28.7.2011, Rs. C-69/10, Brahim Samba, Slg. 2011, in: FRA 2013:24.

2.2. RL 83/2004/EU – Die sog. Qualifikationsrichtlinie

2.2.1. Einleitung

Die Voraussetzungen eines individuellen Anspruchs auf internationalen Schutz, welche als zentrales Element der europäischen Bestrebungen zur Harmonisierung des Flüchtlingsschutzes formuliert waren, sind mit der Richtlinie 2004/83/EG¹⁰⁴, der Qualifikationsrichtlinie, detailliert kodifiziert worden. Das Ende der Umsetzungsfrist war der 10. Oktober 2006. Deutschland setzte die QRL bis Mitte 2007 ins nationale Asylgesetz um.¹⁰⁵ Im Zuge der zweiten Phase der Harmonisierung des europäischen Flüchtlingsschutzes kam es zu einer Neufassung der Qualifikationsrichtlinie, die zu einigen Verbesserungen hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen führte – u. a. sind subsidiär Schutzberechtigte fortan Flüchtlingen nahezu gleichgestellt, was eine Verbesserung ihres Status bedeutet. Die Auswirkungen der QRL neuer Fassung innerhalb der nationalen Praxis der EU-Staaten können (aufgrund der erst im Dezember 2013 abgelaufenen Umsetzungsfrist) zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht beurteilt werden.¹⁰⁶ Die Neufassung der Qualifikationsrichtlinie – RL 2011/95/EU¹⁰⁷ vom 13. Dezember 2011 – ist am 20. Dezember 2011 im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft getreten. Mit der Neufassung ist die alte Fassung der Qualifikationsrichtlinie (RL 2004/83/EG vom 29. April 2004) mit Wirkung vom 21. Dezember 2013 aufgehoben worden (Art. 40 RL 2011/95/EU).

Im Folgenden möchte ich kurz auf die zentralen Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie eingehen, welche seit (unmittelbarem) Inkrafttreten im Dezember 2006 EU-weit von Relevanz für LGB-Anträge sind. An dieser Stelle werde ich v. a. die wesentlichen Erweiterungen des Flüchtlingsschutzes erläutern, welche bezüglich LGB-Flüchtlinge über den durch die Genfer Konvention garantierten Schutz hinausgehen.

¹⁰⁴ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, EG ABl. L 304/12.

¹⁰⁵ Ebd.

¹⁰⁶ Amnesty International, Stellungnahme an das Bundesministerium des Inneren zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der RL 2011/95/EU in der Fassung vom 07.01.2013, S.1-10; Steckbeck 2013: 43.

¹⁰⁷ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, EU ABl. L 337/9.

2.2.2. Sind LGB-Personen „Flüchtlinge“?

Gemäß Artikel 2 c der Richtlinie 2004/83/EG ist als „Flüchtling“ ein Drittstaatsangehöriger anzusehen,

„der aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Furcht nicht in Anspruch nehmen will (...)“.

Im Falle homosexueller Asylwerber kommt es daher zunächst darauf an festzustellen, ob Homosexuelle eine „bestimmte soziale Gruppe“ darstellen – und wenn ja – unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Intensität sie wegen ihrer sexuellen Ausrichtung in ihren Heimatstaaten verfolgt werden. Bei der Verfolgungshandlung kommt es auf die individuell erfahrene Verfolgungsintensität an, das heißt, wie konkret die Verfolgungshandlung im jeweiligen Fall ausgestaltet ist. Dabei wird geprüft, ob die Furcht eines Asylwerbers vor Verfolgung begründet ist. Die Begründetheit der Furcht ist laut der UNHCR-Richtlinie zum Schutz von LGB-Flüchtlingen¹⁰⁸ danach zu beurteilen, wie die Lage der Person einzuschätzen ist, wenn sie in ihren Heimatstaat zurückkehrt. Dabei steht nicht das Verhalten der LGB-Person im Zentrum der Überprüfung, sondern das zukünftige Verhalten potenzieller Akteure der Verfolgung.¹⁰⁹

2.2.3. Die „bestimmte soziale Gruppe“ – sexuelle Ausrichtung als Verfolgungsgrund gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. d RL 2004/83/EG

Die Verfolgung aufgrund sexueller Orientierung wird hier als Flüchtlingsmerkmal definiert:

„(1) Bei der Prüfung der Verfolgungsgründe berücksichtigen die Mitgliedstaaten Folgendes:

d) eine Gruppe gilt insbesondere als eine bestimmte soziale Gruppe, wenn

- die Mitglieder dieser Gruppe angeborene Merkmale oder einen Hintergrund, der nicht verändert werden kann, gemein haben, oder Merkmale oder eine Glaubensüberzeugung teilen, die so bedeutsam für die Identität oder das Gewissen sind, dass der Betreffende nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten, und
- die Gruppe in dem betreffenden Land eine deutlich abgegrenzte Identität hat, da sie von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird.

¹⁰⁸ HRC/GIP/12/09, Rn. 18f.

¹⁰⁹ Ebd.

Je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland kann als eine soziale Gruppe auch eine Gruppe gelten, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Ausrichtung gründet. Als sexuelle Ausrichtung dürfen keine Handlungen verstanden werden, die nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten als strafbar gelten; geschlechterbezogene Aspekte können berücksichtigt werden, rechtfertigen aber für sich allein genommen noch nicht die Annahme, dass dieser Artikel anwendbar ist“ (Hervorhebung d. Verf.).

Der Begriff der sozialen Gruppe wird durch die QRL jedoch grundlegend erweitert – u. a. ist dies von elementarer Bedeutung für LGB-Flüchtlinge, denn sie finden hier explizite Erwähnung und sind somit unter dem Verfolgungsgrund „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ ausdrücklich geschützt (siehe Hervorhebung im Regelungstext). Die QRL integriert hier die durch ständige Rechtsprechung begründete Anerkennung von LGB-Personen als eine bestimmte soziale Gruppe, die über ein gemeinsames – grundsätzlich von der Verfolgung unabhängiges – und menschenrechtlich geschütztes Merkmal verfügen.¹¹⁰ Die definitorische Einbettung der sexuellen Orientierung in die Kategorie der sozialen Gruppe stellt der UNHCR in seiner Richtlinie 2012 ebenfalls fest, indem er sie als fundamentale Merkmale der Identität benennt, welche „rightly within the social group ground“ anerkannt werden sollen.¹¹¹ In diesem Zusammenhang gilt es, die soziale Gruppe klar von dem Konzept der Gruppenverfolgung zu trennen. „Während eine soziale Gruppe unabhängig davon vorliegen kann, ob alle Mitglieder der Gruppe verfolgt werden, die Verfolgung also kein die Gruppe konstituierendes Merkmal ist, kommt es bei der Gruppenverfolgung gerade darauf an. Von der Verfolgungsdichte für alle Gruppenmitglieder wird die widerlegliche Verfolgungsvermutung für den einzelnen Antragsteller abgeleitet“. ¹¹² Der UNHCR stellt hinsichtlich LGB-Personen als Zugehörige einer bestimmten sozialen Gruppe fest, dass es dabei nicht relevant ist, ob LGB-Personen untereinander Kontakt haben oder gesellschaftlich als solche wahrgenommen werden: „The determination rests simply on whether a group is *‘cognizable’ or ‘set apart from society’ in a more general, abstract sense*“. ¹¹³ „Das heißt, dass der Zusammenhalt der Gruppe nicht zur Bedingung gemacht wird. Es steht vielmehr die Frage im Vordergrund, ob die Mitglieder der Gruppe eine Gemeinsamkeit haben“. ¹¹⁴ Des Weiteren ist es nicht erforderlich, dass der LGB-Flüchtling nachweist, „dass allen Mitgliedern

¹¹⁰ Bank/Schneider 2006: 13f.; Hruschka/Löhr 2009: 205ff.

¹¹¹ HCR/GIP/12/09, Rn. 47.

¹¹² HCR/GIP/02/02, Rn. 12.

¹¹³ HCR/GIP/12/09, Rn. 49.

¹¹⁴ HCR/GIP/02/02, Rn. 15.

einer bestimmten sozialen Gruppe Verfolgung droht, um die Existenz einer bestimmten sozialen Gruppe als gegeben anzusehen“.¹¹⁵ Wie bei den anderen Verfolgungsgründen ist es nicht Voraussetzung, dass sich die Verfolgung gegen jede einzelne Person richtet, die eine von der gesellschaftlich akzeptierten Vorstellung abweichende sexuelle Orientierung lebt. Manche Mitglieder der Gruppe sind vielleicht deshalb nicht gefährdet, weil sie zum Beispiel ihr gemeinsames Merkmal verheimlichen oder potenziellen Verfolgern nicht bekannt sind.¹¹⁶

Gemäß Art. 6 lit. c QRL können „Akteure, von denen die Verfolgung oder ein ernsthafter Schaden ausgehen kann“, auch nichtstaatliche Akteure sein, sofern der Staat oder „Parteien oder Organisationen einschließlich internationaler Organisationen, die den Staat oder einen wesentlichen Teil des Staatsgebiets beherrschen (...), erwiesenermaßen nicht in der Lage oder nicht willens sind, Schutz vor Verfolgung bzw. ernsthaftem Schaden im Sinne des Artikels 7 zu bieten“. LGB-Personen werden häufig von nichtstaatlichen Akteuren bedroht. Die Richtlinie legt im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung und der Rechtspositionen des UNHCR fest, dass auch „diskriminierende oder andere schädigende Handlungen seitens der örtlichen Bevölkerung, Familie oder paramilitärischen Gruppierungen sowie kriminellen Banden als Verfolgung zu werten sind, wenn solche Handlungen von den Behörden wissentlich geduldet werden oder wenn die Behörden es ablehnen oder sich außerstande erweisen, wirksamen Schutz zu bieten“.¹¹⁷ In diesem Falle wurde die Misshandlung „durch die Weigerung des Staates ermöglicht, sie aus einem Konventionsgrund zu schützen“.¹¹⁸

Inwieweit die Anerkennung und Umsetzung dieses Fluchtgrundes innerhalb der Gerichtspraxis in Deutschland für LGB-Personen stattgefunden hat, wird in der Judikatur-Analyse untersucht und weiter erörtert.

2.2.4. Subsidiärer Schutz gemäß Art. 15 QRL

Mit der Qualifikationsrichtlinie sind erstmals über die nationalen Regelungen hinaus verbindliche Regelungen für die Kriterien der Schutzgewährung und den Status von bestimmten, in Leib und Leben gefährdeten Personen, die nicht die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft erfüllen, festgelegt worden. In diesem Sinne ist der subsidiäre Schutz eine Erweiterung des Flüchtlingsschutzes der GFK und ein Konzept, welches versucht,

¹¹⁵ HCR/GIP/02/02, Rn. 17.

¹¹⁶ HCR/GIP/02/02, Rn. 17.

¹¹⁷ HCR/GIP/12/09, Rn. 33.

¹¹⁸ HCR/GIP/12/09, Rn. 34-37; HCR/GIP/02/02, Rn. 20.

Personen und ihrem Schutzanspruch gerecht zu werden, die im Rahmen der GFK keine Schutzgewährung finden können. Von Art. 15 QRL sind drei Grundtatbestände von Gefährdungen im Herkunftsstaat erfasst: die drohende Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe sowie individuelle Bedrohung aufgrund von willkürlicher Gewalt gegen Zivilpersonen im Rahmen eines bewaffneten Konflikts.¹¹⁹

Im Zuge der Judikatur-Analyse der deutschen Asylrechtspraxis wird auf das Konzept des subsidiären Schutzes in den Fällen verwiesen, wo laut gerichtlicher Beweisfindung die Kriterien der Flüchtlingsanerkennung gemäß QRL im Einklang mit der GFK als nicht erfüllt betrachtet werden, jedoch andere Abschiebungshindernisse geltend gemacht werden. Die sog. „Abschiebungsverbote“ im deutschen Recht umfassen verschiedene Regelungen, welche neben dem laut Art. 15 QRL gewährten Schutz teilweise anders konzipiert sind; sie werden innerhalb der entsprechenden Fallanalyse weitergehend erläutert.

2.3. Die sog. EU-Verfahrensrichtlinie – wirksame und faire Verfahren?

Im Zuge der GEAS ist im Dezember 2005 die erste EU-Richtlinie zum Zwecke der „Harmonisierung der Verfahrensgarantien in Asylverfahren“¹²⁰ erlassen worden (sog. Verfahrens-RL). Die Richtlinie über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft gilt neben der Qualifikationsrichtlinie als weiteres Schlüsseldokument der europäischen Asylrechtsharmonisierung. Geregelt sind nicht nur reine Verfahrensfragen, sondern mittelbar auch materielle Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Flüchtlingsschutz. Sie ist demnach für den Zugang zum Asylverfahren von grundlegender Bedeutung.¹²¹

Die Neufassung der Verfahrensrichtlinie¹²² ist am 29. Juni 2013 veröffentlicht worden und ersetzt die erste Fassung der Verfahrensrichtlinie (RL 2005/85/EG) vom 1. Dezember 2005. Sie muss bis 20. Juli 2015 (Stichtag) ins nationale Recht der Mitgliedsstaaten umgesetzt

¹¹⁹ Bank/Foltz (2008): Flüchtlingsrecht auf dem Prüfstand, Die Qualifikationsrichtlinie im deutschen Recht, Subsidiärer Schutz, Asylmagazin 12/2008, S. 1ff.

¹²⁰ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. L 326, S. 13-34.

¹²¹ Renner, Günther (2004): Die Asylverfahrensrichtlinie, Zeitschrift für Ausländerrecht, ZAR 9/2004, S. 305.

¹²² Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. L 180/60.

werden.¹²³ In dieser Arbeit liegt der Fokus der Analyse auf Schlüsselthemen der Prüfung der Asylanerkennung. Fragen, die sich aus den Bestimmungen der Verfahrensrichtlinie ergeben bleiben aufgrund dieser thematischen Eingrenzung weitgehend unberücksichtigt.

Im Folgenden wird die Einbettung der EU-rechtlichen Vorgaben im deutschen Asylrecht vorgestellt, welche anschließend anhand der Judikatur der Verwaltungsgerichte analysiert und vertiefend diskutiert wird.

3. Sexuelle Orientierung im Asylrecht Deutschlands – Theorie

3.1. Einleitung

„Jeder Mensch hat das Recht, zum Schutz vor Verfolgung in einem anderen Land um Asyl zu bitten und Asyl zu genießen. Dies gilt auch für Verfolgungen im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität einer Person. Kein Staat darf Menschen in einen Staat verbringen oder ausweisen oder an diesen ausliefern, wenn die betroffenen Personen die begründete Furcht haben, dort aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität Folter, Verfolgung oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe ausgesetzt zu sein“ (*Prinzip 23 der Yogyakarta-Prinzipien*, 2007)¹²⁴

Als Mitgliedsstaat der Europäischen Union ist Deutschland verpflichtet, Richtlinien im materiellen Sinne fristgerecht in nationales Recht umzusetzen. In diesem Kapitel wird ein kurzer Überblick über die nationale Gesetzeslage bzw. die Umsetzung europarechtlicher Bestimmungen in deutsches Recht gegeben, um daran anschließend die Asylrechtspraxis in Deutschland – besonders seit 2005 – anhand verschiedener Fälle zu beleuchten. Zunächst möchte ich den Blick auf den grundrechtlichen Anspruch auf Asyl in Deutschland lenken. Der deutsche Verfassungsgeber hat vor dem historischen Hintergrund der Erfahrungen zur Zeit

¹²³ vgl. Flüchtlingsrat Niedersachsen, abrufbar unter: <http://www.nds-fluerat.org/11435/aktuelles/neues-eu-recht-im-amtsblatt-der-eu-veroeffentlicht/> Stand: 30.1.2014.

¹²⁴ Zu diesem Prinzip finden sich folgende Empfehlungen für die Staaten: „Die Staaten müssen:
A. Gesetze überprüfen, ändern und verabschieden, um dafür zu sorgen, dass die begründete Furcht vor Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung oder der geschlechtlichen Identität als Asylgrund und Grund für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft anerkannt wird;
B. verhindern, dass Asylsuchende aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder ihrer geschlechtlichen Identität durch politische Maßnahmen oder Praktiken diskriminiert werden;
C. sicherstellen, dass kein Mensch in einen Staat verbracht, ausgewiesen oder an diesen ausgeliefert wird, wenn die betroffene Person die begründete Furcht hat, dort aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität Folter, Verfolgung oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe ausgesetzt zu sein“ (Vgl. Achermann/Hruschka, 2012: S. 151-152.

des Naziregimes dem Asylrecht gemäß § 16 a GG einen grundrechtlichen Status verliehen.¹²⁵ Damit sollte für die Zukunft etwas möglich gemacht werden, was sich für rassistisch oder politisch verfolgte Deutsche zur Zeit des Nationalsozialismus in Ländern, in die sie flüchteten, oft als schwierig erwies. Es sollte mittels eines (ursprünglich vorbehaltlosen) Asylgrundrechtes den Menschen, die sich in einer ähnlichen Situation in anderen Ländern befinden, in Zukunft geholfen werden können.¹²⁶ Innerhalb der Judikatur-Analyse möchte ich unter anderem diesem historisch begründeten asylrechtlichen Grundgedanken nachgehen mit der Frage, ob – und falls ja, wo? – dieser Gedanke weiterhin erkennbar bzw. als zentrale Rolle in den jüngsten Entwicklungen des nationalen Asylrechts lokalisierbar ist.

3.1.1. Recht auf Asyl? – Das Asylgrundrecht laut Art. 16 a Grundgesetz

Der Artikel 16 a GG lautet wie folgt: „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht.“ Diese im deutschen Grundgesetz verankerte Asylgewährung ist im europäischen sowie im internationalen Kontext nahezu einzigartig.¹²⁷ Anfang der 1990er Jahre kam es als Reaktion auf eine stark ansteigende Anzahl Flüchtlingsanträge und eine vermeintliche Überlastung der deutschen Aufnahmekapazitäten von Seiten bestimmter Parteien (CDU/CSU und FDP) zu der Forderung einer Einschränkung des grundgesetzlichen Asylrechts.¹²⁸ Anhand des damaligen Leitspruches („Weiterhin Schutz für wirklich politisch verfolgte Ausländer bieten, aber Asylmissbrauch verhindern“)¹²⁹ konnte bereits eine Tendenz vermutet werden, welche sich in der aktuellen Ausrichtung europäischer Flüchtlingspolitik bzw. Flüchtlingsrealität – Stichwort „Festung Europa“ – verdeutlicht. Im Jahr 1993 erreichte diese parteiliche Fraktion in einer mit Staunen beobachteten Rasanz fraktionsübergreifenden Konsens : Nach heftigen Debatten und der zunächst ablehnenden Haltung der SPD im Bundestag, welche die humanistische Verantwortung Deutschlands innerhalb der internationalen Gemeinschaft hervorhob, wurde der sog. „Asylkompromiss“ mit der Zustimmung der SPD im Bundestag verabschiedet.¹³⁰

Diese Asylrechtsreform enthielt eine Grundgesetzänderung und eine Neuregelung des Asylverfahrensrechts. Der Kern der Neuerung besteht in der Beibehaltung des bis dahin in

¹²⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, I. Die Grundrechte, Artikel 16.

¹²⁶ Szczensny 2009: 169.

¹²⁷ Szczensny 2009: 171.

¹²⁸ Wollenschläger/ Schraml 1994: 6.

¹²⁹ Vgl. BAMF:

<http://www.bamf.de/DE/Migration/AsylFluechtlinge/Asylverfahren/EntwicklungAsylrecht/entwicklungasylrecht-node.html> (Stand: 27.1.2014).

¹³⁰ Wollenschläger/ Schraml 1994: 61-62.

Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG regelten individuellen Anspruchs („politisch Verfolgte genießen Anspruch...“) in Art. 16 a Abs. 1 GG (neu), welcher jedoch in den Abs. 2 bis 5 mit grundlegenden Einschränkungen versehen wurde.¹³¹ Diese ergeben sich insbesondere aus der Drittstaatenregelung (Abs. 2), der gesetzlichen Festlegung sicherer Herkunftsstaaten (Abs. 3) sowie aus den erweiterten Möglichkeiten zur Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen (Abs. 4).¹³² Diese Einschränkungen zeigen bemerkenswerte Übereinstimmungen mit den EU-rechtlichen Entwicklungen der Harmonisierungsbestrebungen im Zuge der Entstehung des GEAS. Besonders im Hinblick der in § 16 a Abs. 2,3,4 GG regelten Sachverhalte zu Drittstaatenregelung und sicherer Herkunftsstaaten kann die Neuregelung als eine Vorwegnahme europäischer Entwicklungen im Asylrecht gedeutet werden.¹³³

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist oberster Hüter der deutschen Verfassung. Für die Asylrechtsdiskussion ist es v. a. relevant, da seine Entscheidungen für die Interpretation und Auslegung der Verfassung maßgebend und verbindlich sind und seine Rechtsmeinung den unterstehenden Gerichten eine Richtschnur für deren Auslegungspraxis ist.¹³⁴ Laut seiner Auslegung entspringt der Grundgedanke des Asylanspruchs gemäß Artikel 16 a GG „der Überzeugung von der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, dass kein Staat über das Recht verfügt, Leib, Leben oder persönliche Freiheit des Einzelnen aus Gründen zu gefährden oder zu verletzen“, die allein in dessen politischer Überzeugung oder religiöser Grundentscheidung oder in unverfügbaren, jedem Menschen von Geburt an anhaftenden Merkmalen liegen.¹³⁵ Weitere Anknüpfungspunkte an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes hinsichtlich LGB-Fälle werden in der Judikatur-Analyse diskutiert.

3.1.2. Deutschlands erste Schritte in ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem – Überblick der Asylrechtsreformen seit 2005

Am 1. Januar 2005 trat in Deutschland das neue Aufenthaltsgesetz (AufenthG) in Kraft.¹³⁶ Zu dieser Zeit war die erste Phase des Projektes der Gemeinsamen Europäischen Asylpolitik

¹³¹ Art. 16a: Eingef. durch Art. 1 Nr. 2 G v. 28.6.1993 I 1002 mWv 30.6.1993; mit Art. 79 Abs. 3 GG (100-1) vereinbar gem. BVerfGE v. 14.5.1996 I 952 (2 BvR 1938/93, 2 BvR 2315/93).

¹³² Wollenschläger/ Schraml 1994: 63.

¹³³ Wollenschläger/ Schraml 1994: 67.

¹³⁴ Hailbronner, Kay (2013): Asyl- und Ausländerrecht, S. 17.

¹³⁵ BVerfGE 76, 143ff. zitiert nach: Szczensny 2009: 170.

¹³⁶ Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) Vom 30.07.2004 (BGBl. I S. 1950), in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.02.2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.02.2013 (BGBl. I S. 254).

(sog. GEAS) gerade in vollem Gange. Die Umsetzung bzw. umfassende Implementierung durch den deutschen Gesetzgeber ist bezüglich dieser ersten Harmonisierungsphase allerdings kein Ruhmesblatt: Die Qualifikationsrichtlinie, und damit die EU-rechtlichen Mindestnormen für die Flüchtlingsanerkennung, wurde nicht fristgerecht umgesetzt. Daher galt die Richtlinie ab Inkrafttreten vom Dezember 2006 bis Mitte 2007 in Deutschland unmittelbar und hatte Vorrangwirkung hinsichtlich der Normen des Aufenthaltsgesetzes 2004 welche nicht im Einklang mit der QRL standen. Erst mit der Novelle des AufenthG 2007 wurde die Qualifikationsrichtlinie umfassend umgesetzt.¹³⁷

3.1.3. Auswirkungen der Qualifikationsrichtlinie seit 2005

Seit dem 1. Januar 2005 hat sich die Rechtslage für verfolgte LGB-Personen gravierend verändert: Das Zuwanderungsgesetz hat in § 60 Abs. 1 Satz 3 AufenthG erstmals eine ausdrückliche Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung verankert:

„Eine Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe kann auch dann vorliegen, wenn die Bedrohung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit oder der Freiheit allein an das Geschlecht anknüpft. Eine Verfolgung im Sinne des Satzes 1 kann ausgehen von

a) dem Staat,

b) Parteien oder Organisationen, die den Staat oder wesentliche Teile des Staatsgebiets beherrschen oder

c) nichtstaatlichen Akteuren, sofern die unter den Buchstaben a und b genannten Akteure einschließlich internationaler Organisationen erwiesenermaßen nicht in der Lage oder nicht willens sind, Schutz vor der Verfolgung zu bieten, und dies unabhängig davon, ob in dem Land eine staatliche Herrschaftsmacht vorhanden ist oder nicht, es sei denn, es besteht eine innerstaatliche Fluchtalternative“ (Hervorhebung d. Verf.).¹³⁸

Bedeutsam ist als zweite Neuerung auch die gesetzliche Klarstellung, dass Verfolgung auch von nichtstaatlichen Akteuren ausgehen kann. Denn die Behördenpraxis in Deutschland zeigt, dass viele verfolgte LGB-Personen in der Vergangenheit deswegen mit ihrem Asylantrag scheiterten, weil die Staatlichkeit der Verfolgung verneint wurde.¹³⁹ Somit wurde der erweiterte Abschiebungsschutz gemäß Qualifikationsrichtlinie ins nationale Gesetz integriert, denn Art. 6 c QRL erweitert die Definition der GFK und stellt klar, dass „Verfolgung oder ein

¹³⁷ Szczensny 2009: 173.

¹³⁸ § 60 Abs. 1 Satz 3 AufenthG 2004.

¹³⁹ Pelzer/Pennington 2006: 4f.

ernsthafter Schaden“ auch von „nichtstaatlichen Akteuren“ ausgehen kann, sofern der Staat erwiesenermaßen nicht in der Lage oder nicht willens ist, Schutz zu bieten.¹⁴⁰

Durch die Novellierung 2007 wurde § 60 des Aufenthaltsgesetzes geändert, indem im Satz 5 explizit die „ergänzende“ Anwendung der Qualifikationsrichtlinie für die Feststellung der asylverheblichen Verfolgung geboten ist:

„Für die Feststellung, ob eine Verfolgung nach Satz 1 vorliegt, sind Artikel 4 Abs. 4 sowie die Artikel 7 bis 10 der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. EU Nr. L 304 S. 12) ergänzend anzuwenden. Wenn der Ausländer sich auf das Abschiebungsverbot nach diesem Absatz beruft, stellt das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge außer in den Fällen des Satzes 2 in einem Asylverfahren fest, ob die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen und dem Ausländer die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen ist. Die Entscheidung des Bundesamtes kann nur nach den Vorschriften des Asylverfahrensgesetzes angefochten werden“.

Obwohl sich Deutschland mit seinem Beitritt zur GFK bereits im Jahre 1953¹⁴¹ den Konventionsbestimmungen verpflichtet hat, ist anhand dieses neuen Wortlautes seitdem deutlich erkennbar, dass es sich bei § 60 Abs. 1 AufenthG nicht bloß um eine einfachgesetzliche Wiederholung des Asylgrundrechts gemäß Art. 16 a GG handelt, sondern um die innerstaatliche Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen aus der GFK, auf welche in den Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie wortwörtlich Bezug genommen wird.¹⁴²

In jüngster Vergangenheit sind erneut grundlegende Änderungen des deutschen Asylrechts in Gesetzesform gegossen worden. Kurz vor dem Ende der letzten Legislaturperiode hat der deutsche Gesetzgeber im August 2013 auf die neuen EU-rechtlichen Asylbestimmungen reagiert und somit quasi noch in letzter Minute innerhalb der geltenden Umsetzungsfrist das nationale Asylrecht angepasst und grundlegend erneuert.¹⁴³ Diese Neuregelungen sind seit

¹⁴⁰ S. a. Achermann/Hruschka 2012 157.

¹⁴¹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, verkündet mit Gesetz vom 01.09.1953 (BGB. II S. 559), in Kraft getreten am 22.04.1954 gemäß Bekanntmachung des Bundesministers des Auswärtigen vom 25.04.1954 (BGB 1. II S. 619).

¹⁴² Vgl. Pelzer/Pennington 2006 4ff.

¹⁴³ vgl. Steckbeck 2013.

1. Dezember 2013 in Kraft¹⁴⁴ und setzen eine Vielzahl von EU-rechtlichen Bestimmungen der zweiten Harmonisierungsphase entsprechend um.

Um dem Anspruch auf Chronologie Rechnung zu tragen, folgt die Darstellung der zentralen Elemente dieser Gesetzesneuerungen im Anschluss an die Judikatur-Analyse. Somit wird die Diskussion ihrer Verbesserungsmöglichkeiten für die zukünftige Verfahrenspraxis im Lichte weiterer grundlegender nationaler und europäischer Entwicklungen, die sich im Jahr 2013 vollzogen haben, diskutiert.

Die Struktur der folgenden Ausführungen ist so ausgelegt, dass sie den europäischen Entwicklungen einer Vereinheitlichung des Flüchtlingsschutzes entspricht. Von zentraler Bedeutung ist hierbei der Prozess der Umsetzung und Implementierung auf nationaler Ebene – im Einklang mit der Genfer Konvention. Die zentralen Richtlinien zum Flüchtlingsschutz sind ausreichend präzise und detailliert formuliert, dass sie bei nicht rechtzeitiger Umsetzung in nationales Gesetz prinzipiell unmittelbar angewendet werden können bzw. im Falle fehlender Gesetzeskonformität sogar angewendet müssen. Das bedeutet für die nationale Umsetzung, dass der Ermessensspielraum bei Auslegung und Interpretation im Implementierungsprozess beschränkt ist.¹⁴⁵ Inwieweit sich die Anwendung der Regelungen der QRL in der bisherigen Praxis tatsächlich niedergeschlagen hat, wird die Fallanalyse verwaltungsgerichtlicher Urteile zeigen.

3.1.4. Das deutsche Asylverfahren im europäischen Kontext – eine Überleitung

Für die Durchführung des Asylverfahrens ist das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) die zuständige Behörde. Seine Aufgabe ist festzustellen, ob für Flüchtlinge, die

¹⁴⁴ Die laut § 87 Abs. 1 AsylVfG n. F. geltenden Übergangsvorschriften besagen u. a. dass „bereits begonnene Asylverfahren (...) nach bisher geltendem Recht zu Ende zu führen“ sind, wenn der das BAMF „vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes (...) seine Entscheidung an die Ausländerbehörde zur Zustellung abgesandt hat“; § 87 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG lautet: „Über Folgeanträge, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gestellt worden sind, entscheidet die Ausländerbehörde nach bisher geltendem Recht“.

¹⁴⁵ Auch nach Inkrafttreten des EU-Richtlinienumsetzungsgesetzes vom 19.8.2007 (BGBl. 2007, I-1970) werden gegen die Vereinbarkeit der deutschen Umsetzungsvorschriften, die z. T. schon durch Bestimmungen mit Zuwanderungsgesetzes vom Juli 2004 in Kraft getreten sind, Einwände wegen mangelnder Vereinbarkeit mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht erhoben. Diese Kritik richtet sich insbesondere auch gegen die Umsetzung der QRL durch § 60 AufenthG. Der EuGH hat hierzu hinreichend geklärt, dass „Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft unmittelbarer Anwendung im innerstaatlichen Recht fähig sind, wenn die einzelne Bestimmung der Richtlinie hinreichend genau und unbedingt ist, so dass sie ohne weitere Umsetzungsmaßnahmen angewendet werden kann (...) Nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die Qualifikationsrichtlinie am 10.10.2006 kommt daher prinzipiell eine unmittelbare Anwendung der Qualifikationsrichtlinie in Betracht“. Hailbronner (2008): Die Qualifikationsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Ausländerrecht, zitiert nach: ZAR, Zeitschrift für Ausländerrecht, 7/2008, S. 209; vgl. EuGH v. 19.1.1982, Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt, Slg. 1982, 53.

einen Antrag auf Asyl gestellt haben, ein Asylanspruch besteht, Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention vorliegt oder ob ein subsidiärer Schutz (in Form eines Abschiebungshindernisses) zu gewähren ist.¹⁴⁶ Gemäß Abs. 24 (1) Satz 2 AsylVfG ist das BAMF verpflichtet, nach Einlangen des Asylantrags den Asylbewerber in einer Sprache, von der ausgegangen werden kann, dass sie verstanden wird, über seine Rechten und Pflichten während des Verfahrens aufzuklären, insbesondere die einzuhaltenden Fristen und Konsequenzen einer diesbezüglichen Fristüberschreitung. Des Weiteren ist gemäß Art. 39 AsylVfG das BAMF verpflichtet, Asylsuchenden Zugang zu effektiven Rechtsmitteln zu gewähren.¹⁴⁷ Gegen einen ablehnenden Bescheid kann demnach bei dem zuständigen Verwaltungsgericht (VG) in erster Instanz Klage eingereicht werden. Um gegen Urteile des Verwaltungsgerichts vorzugehen, besteht das Rechtsmittel des Antrags auf Zulassung der Berufung, über den Oberverwaltungsgerichte (OVG) bzw. Verwaltungsgerichtshöfe (VGH) – als Berufungs- und Beschwerdeinstanz der Verwaltungsgerichte – entscheiden. Wenn der Antrag abgelehnt oder verworfen wird, ist das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig. Gibt es dem Antrag statt, wird das Zulassungsverfahren als Berufungsverfahren fortgeführt. Das Verwaltungsgericht kann auch selbst die Berufung zulassen.¹⁴⁸

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ist das oberste Gericht der Bundesrepublik Deutschland in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art.¹⁴⁹ Es ist Revisions- und Rechtsbeschwerdeinstanz. In der folgenden Judikatur-Analyse werden auf nationaler Ebene vorwiegend VG-Urteile untersucht. Diesen liegen jedoch sowohl Grundsatzentscheidungen (BVerwGE) als auch Rechtsmeinungen des BVerfG zugrunde. Im Lichte der Harmonisierung ist die europäische Ebene hinzugekommen. Wie bereits erwähnt, ist der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) als oberste Kontrollinstanz des EU-Rechts für dessen Auslegung zuständig. Damit gewährleistet er, dass EU-rechtliche Bestimmungen in allen EU-Mitgliedstaaten auf die gleiche Weise angewendet werden.¹⁵⁰ Im Zuge der Harmonisierung kommt sog. Vorabentscheidungsersuchen eine bedeutende Rolle zu. Wenn ein nationales Gericht Zweifel hinsichtlich der Auslegung oder Gültigkeit einer Rechtsvorschrift bzw. eines bestimmten Aspekts des EU-Rechts hat, so kann es – und muss es

¹⁴⁶ FRA, 2010: 2, Asylum Factsheet Germany.

¹⁴⁷ FRA, 2010: 3, Asylum Factsheet Germany.

¹⁴⁸ Thym, Daniel (2010): Migrationsverwaltungsrecht, S. 43f.

¹⁴⁹ Thym, Daniel (2010): Migrationsverwaltungsrecht, S. 43f.

¹⁵⁰ Vgl. http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_de.htm (Stand: 23.1.2014).

in manchen Fällen – den Gerichtshof zu Rate ziehen. Dieser Rat wird vom EuGH in Form einer „Vorabentscheidung“ erteilt.¹⁵¹

Die Urteile der deutschen Verwaltungsgerichte werden hinsichtlich der Frage ausgewertet, wie die Entwicklungslinien innerhalb des Untersuchungszeitraums (2005-2013) verlaufen sind. Welche Schlüsselthemen werden innerhalb der Argumentationsstränge deutlich? Wo werden Diskrepanzen innerhalb Beweisfindung und Urteilsbegründung (bei gleich oder sehr ähnlich gearteten Sachverhalten) sichtbar? Wie verlaufen diese unterschiedlichen Argumentationswege?

4. „Irreversibel und schicksalhaft“ – Fallbeispiele der deutschen Asylrechtspraxis

Bei der rechtshistorischen Analyse der deutschen Asylrechts-Judikatur sind bestimmte Schlüsselthemen innerhalb der Argumentationsstruktur der Behörden und Gerichte von Bedeutung, die hier einleitend in ihren wesentlichen Punkten vorgestellt werden sollen.

4.1. „Irreversibilität“ – Pathologisierung von Homosexualität

Ein zentraler Begriff ist hier die „Irreversibilität“ der Homosexualität. Diese Definition von Homosexualität reduziert sie ausschließlich auf das Sexualleben. Die Vorstellung von Homosexualität geht hier von einer Festlegung des Sexualtriebes aus, auf welche die Person selbst keinen Zugriff hat. Hier werden (alte) Spuren der Pathologisierung von Homosexualität deutlich, die in Europa seit der Mitte des 19. Jahrhunderts für eineinhalb Jahrhunderte prägend wirkte. Homosexualität als von der maßgeblichen, angeblich „gesunden“ heterosexuellen Ausrichtung abweichend, galt als „psychopathologisch relevantes Sexualverhalten“.¹⁵² Die Sexualwissenschaften haben im Laufe des 20. Jahrhunderts teilweise abstruse Theorien hervorgebracht, nach denen sich Homosexualität ihrer Meinung nach beispielsweise in Skalenwerten messen ließe. In der deutschen Rechtsprechungslinie wird auf Skalenwerte zwar äußerst selten Bezug genommen, und doch ist es von entscheidender

¹⁵¹ Vgl. http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_de.htm#case1 (Stand: 23.1.2014).

¹⁵² Soine, Stefanie(2000): Was hat „lesbische Identität“ mit Frausein und Sexualität zu tun? Zitiert nach: Schmerl, Christiane/ Soine, Stefanie/ Stein-Hilbers, Marlene/ Wrede, Brigitta, Sexuelle Szenen, Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften, Springer, 2000.

Asylerheblichkeit, wie ausgeprägt die Homosexualität vorliegt. Homosexualität ist in der binären Geschlechterkonstruktion neben der „Normalität“ der Heterosexualität das abweichende, das „schicksalhaft Pathologische“. Irreversibilität wird als Abweichung von der vorherrschenden heterosexuellen Zwangsordnung zum Gegenstand von in Gesetze gegossenen Disziplinierungs- und Normalisierungspraktiken.¹⁵³

Diese Vorstellung von der Unentrinnbarkeit des schicksalhaft geprägten Sexualtriebes, als etwas nicht mehr Umkehrbares wurde zu einem wesentlichen Merkmal der Glaubwürdigkeitsprüfung. Konnte dieser Grad der Ausprägung nicht festgestellt werden, wurden Asylanträge meist sehr schnell abhandelt. Bis ins Jahr 2012 sind Belege für medizinische und sexualwissenschaftliche Gutachten zu finden, welche im Auftrag der Gerichte die sog. Echtheit und die Ausprägungsstärke der Homosexualität hinsichtlich ihrer Irreversibilität prüfen und belegen sollten.¹⁵⁴ Eine u. a. psychiatrische Untersuchung zur Feststellung von Homosexualität dürfte aber selbst eine Diskriminierung darstellen und dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht von LGB-Personen widersprechen. Die Differenzierung zwischen latenter und irreversibler Homosexualität konstruiert zudem eine nicht begründbare vermeintliche „innerseelische Fluchtalternative, die LGB-Personen das Ausweichen auf eine heterosexuelle Lebensweise nahe legt.“¹⁵⁵

4.2. Das sog. „Diskretionsgebot“

Das Konzept der „Diskretion“ behandelt die Frage, welcher Raum (normabweichender) sexueller Orientierung gesellschaftlich zugewiesen ist.¹⁵⁶ Es knüpft an die Vorstellung von Homosexualität als irreversible Prägung an, indem die Möglichkeit zur Offenlegung oder Geheimhaltung der eigenen sexuellen Orientierung davon abhängig ist, ob die homosexuelle Person, die als triebhaftes Wesen angenommen wird, dem Drang zur sexuellen Realisierung ihrer Homosexualität ausgeliefert ist oder diesen unterdrücken kann (ebd.). Die sexuelle Orientierung wird folglich auf den Sex, der auf den privaten Raum beschränkt werden kann, reduziert. Das sexuelle Orientierung über den eigentlichen Geschlechtsverkehr weit hinaus

¹⁵³ Kapell Nancy 1999: 260- 269.

¹⁵⁴ <http://www.sueddeutsche.de/politik/weltweit-verfolgt-homosexuelle-toedliche-kuesse-1.488972> (Stand: 14.2.2014).

¹⁵⁵ Dolk/Schwantner 2007: 14.

¹⁵⁶ Markard/Adamietz 2011: 296.

geht, wird in diesem Konzept ausgeblendet.¹⁵⁷ Die öffentliche Erkennbarkeit homosexueller Orientierung wird demnach als „Zurschaustellung“ oder als „Einladung zur Verfolgung“ wahrgenommen.¹⁵⁸ Diskretes Verhalten im Sinne eines zurückhaltenden Lebenswandels und die Vermeidung öffentlicher Äußerungen, die ihre sexuelle Orientierung erkennbar machen, galten demnach als legitime Forderungen an LGB-Personen, einer Verfolgungsgefahr auszuweichen.¹⁵⁹

4.3. Die Glaubwürdigkeit – Beweisbarkeit der sexuellen Orientierung?

Die „Glaubwürdigkeit“ ist ein weiteres Schlüsselthema, das in unterschiedlichen argumentativen Verknüpfungen im Asylverfahren von LGB-Personen – quasi als Überthema – eine zentrale Rolle spielt. Sie wird regelmäßig mit der Pathologisierung der Homosexualität aufgegriffen, indem die sexuelle Orientierung der antragstellenden Person als eine „bloße Neigung“ klassifiziert wird und der Mangel der schicksalhaften Prägung als unentrinnbarer Geschlechtstrieb eine tatsächliche Verfolgungsgefahr ausschließen lässt. Es sei vielmehr möglich, der Aufforderung, die sexuelle Orientierung im Verborgenen zu leben, Folge zu leisten. Die Glaubwürdigkeit der sexuellen Orientierung ist somit ein relevantes Problem, das eng verbunden ist mit stereotypen Annahmen über Schwule und Lesben auf Seiten der Entscheidungsträgerinnen. Diese Stereotype spiegeln den „Entwurf von Homosexualität als Identität und Schicksal“ wider, mit denen Flüchtlinge beim Kampf um Anerkennung konfrontiert sind. Einerseits gilt es dabei, den westlichen Vorstellungen von homosexueller Identität zu entsprechen, andererseits müssen Flüchtlinge ihre Homosexualität „als ihre eigentliche, alternativlos einzige und endgültige Natur“ glaubhaft machen.¹⁶⁰

Diese westlichen Kriterien der Glaubhaftmachung basieren auf (vermeintlichen) Normalitäten schwuler Lebensweisen (...), die Menschen aus anderen kulturellen Zusammenhängen fremd sein mögen: ‚to speak of the ‚gay reality‘ as being built around queer bookstores and discotheques demonstrates a lack of sensitivity to intersectional considerations such as gender, race, class, linguistic background, and immigration status‘.“¹⁶¹ Das Beweisproblem

¹⁵⁷ Markard/Adamietz, 2011, S. 298.

¹⁵⁸ Markard/Adamietz, 2011, S. 295.

¹⁵⁹ Markard, Nora (2013): Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der Diskretion

¹⁶⁰ Markard/Adamietz, 2011, S. 300.

¹⁶¹ Markard/Adamietz, 2011, S. 301; Rehaag Bisexuals need not to apply, International Journal of Human Rights, 13/2009, S. 415-436, zitiert nach: Markard/Adamietz, 2011, S. 301.

innerhalb der Glaubwürdigkeitsprüfung stellt sich insbesondere für bisexuelle oder „wechselnde, fluide Orientierungen und Selbstidentifikationen“, diese fallen aus dem Schema der Homosexualität als Schicksal schlichtweg hinaus, was Rehaag in der Überschrift seiner Untersuchung treffend verkündet: „Bisexuals need not to apply“.¹⁶²

4.4. Judikatur-Analyse der deutschen Asylrechtsprechung

4.4.1. Einleitende Bemerkung

In den letzten 15 Jahren sind weltweit tausende von Asylanträgen von LGB-Personen unter der Genfer Flüchtlingskonvention wegen Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung gestellt worden.¹⁶³ Da die deutschen Behörden Flüchtlingsanträge nicht nach dem jeweils geltend gemachten Verfolgungsgrund dokumentieren, existieren keinerlei statistische Informationen, die Aufschluss darüber geben könnten, wie hoch die Zahl der LGB-Flüchtlingsanträge in Deutschland tatsächlich ist.¹⁶⁴

Die Untersuchung der deutschen Asylrechtsprechung ist ein Nachvollziehen der verwaltungsgerichtlichen Spruchpraxis im Lichte der (neueren) EuGH-Judikatur. Die Verwaltungsgerichte beziehen sich innerhalb ihrer Urteilsfindung grundsätzlich auf die Darstellungen der jeweils zuständigen Asylbehörden des BAMF. Somit ist auch die Nachzeichnung der behördlichen Argumentation in den jeweiligen Ablehnungsbescheiden möglich. Um ein umfassendes Bild der deutschen Asylrechtslage zu ermöglichen, wird darüber hinaus die Positionierung der Bundesregierung anhand ihrer Antworten auf drei parlamentarische Anfragen im Zeitraum von 2006 bis 2012 dargestellt. Zusätzlich wird auf Stellungnahmen des BAMF zurückgegriffen, um die Positionierung der Asylbehörden im Hinblick auf LGB-Asylanträge zu verdeutlichen.¹⁶⁵

¹⁶² Rehaag Bisexuals need not to apply, International Journal of Human Rights, 13/2009, S. 415-436, zitiert nach: Markard/Adamietz, 2011, S. 300.

¹⁶³ Berg/Millbank 2009: 195.

¹⁶⁴ Vgl. Questionnaire (Germany), European Research Project FLEEING HOMOPHOBIA, SEEKING SAFETY IN EUROPE, S. 3, <http://www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/conferenties-en-projecten/onderzoeksproject-fleeing-homophobia/national-questionnaire/index.asp> (Stand 13.2.2014).

¹⁶⁵ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage (vom 14.6.2006) der Abgeordneten Dr. Barbara Höll, Sevim Dagdelen, Karin Binder, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Die rechtliche Situation homosexueller Flüchtlinge in Deutschland und die Lage der Bürger- und Menschenrechte von Lesben, Schwulen und Transsexuellen in Afghanistan, Iran und Irak, Drucksache 16/2142.

Die Fallpraxis wird in chronologischer Reihenfolge untersucht. Dabei sind u. a. folgende Fragen relevant:

- Welche Begründungen liegen Ablehnungsbescheiden des BAMF zugrunde? Ist innerhalb der behördlichen und gerichtlichen Beweisfindungen bzw. Urteilsbegründungen eine gemeinsame Linie erkennbar? Wenn dem so ist, anhand welcher Argumentationsstränge verläuft sie bzw. welche Argumentationen machen richterliche Gegenmeinungen geltend?
- Wie wird der Begriff „Verfolgung“ hinsichtlich sexueller Orientierung ausgelegt bzw. interpretiert?
- Welche Rolle spielen die Konzepte „Irreversibilität“ und „Diskretion“ für die Erfolgsaussicht zur Anerkennung als Flüchtling?
- Was bedeutet die sog. Asylschwelle bzw. wo liegt sie? Wie wird die individuelle Verfolgungsintensität identifiziert?
- Inwiefern sind Herkunftslandinformationen innerhalb der Urteilsfindung ausschlaggebend und für LGB-Personen hinreichend vorhanden?
- Welche Rolle spielt die Glaubwürdigkeit?

Meine Intention an dieser Stelle ist, ein Diskussionsfeld für diese Fragestellungen zu schaffen und mögliche Antworten bzw. Erklärungsansätze vorzustellen. Die Untersuchung soll beleuchten, ob die bisherige Etablierung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems durch die unionsrechtlichen Vorgaben innerhalb der letzten Jahre zu einem Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsprechung geführt hat. Der zeitliche Rahmen der Untersuchung ist derart gewählt, da dem europarechtlichen Kontext nationaler Rechtsprechung im deutschen Flüchtlingsschutz (mittels EU-Bestimmungen) erst durch die Implementierung u. a. der asylrelevanten Qualifikationsrichtlinie ins Aufenthaltsgesetz Anfang 2005 (bzw. Mitte 2007) Rechnung getragen wird.

Antwort der Bundesregierung vom 18.5.2010. auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Dr. Barbara Höll, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Aufnahme von Flüchtlingen aus dem Iran und Umgang mit homosexuellen Flüchtlingen, Drucksache 17/1722.

¹⁶⁵ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Dr. Barbara Höll, Jan Korte, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Asylrechtlicher Umgang mit homosexuellen Flüchtlingen und der Einschränkung der sexuellen Vielfalt, Drucksache 17/8228.

¹⁶⁵ Schreiben des Präsidenten des BAMF vom 27.12.2012 an MdB Volker Beck, abrufbar unter www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Recht/BAMF-121227.pdf (Stand: 14.2.2014).

4.4.2. Asylrelevante Verfolgung: Irreversibilität und strafrechtliche Verfolgung

In Bundesamtsentscheidungen und verwaltungsgerichtlichen Urteilen wird für die Prüfung einer asylrelevanten Verfolgung von LGB-Personen regelmäßig auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.03.1988¹⁶⁶ Bezug genommen, welches als zentrale Grundsatzentscheidung die Rechtsentwicklung in LGB-Fällen der vergangenen Jahrzehnte maßgeblich beeinflusste.¹⁶⁷ In dem entsprechenden Fall ging es um einen Iraner der aufgrund seiner Homosexualität und hinsichtlich der Strafverfolgung im Iran um Asyl ansuchte. Die Beweis- und Urteilsfindung des BVerwG hat 1988 zu hoch kontroversen Leitsätzen gefunden, aus diesem Grunde werde ich Elemente des Urteils genauer durchleuchten.

Das BVerwG hat am 15.3.1988 festgestellt,

„(...) dass kein Staat das Recht haben soll, eine Person wegen ihr unveränderlich anhaftender Eigenschaften an Leib, Leben oder Freiheit zu beeinträchtigen. Aus diesen Überlegungen muss – auch vor dem Hintergrund der in KZ-Lagern vollzogenen ‚Sonderbehandlung‘ von Homosexuellen im Dritten Reich (...) – zu den asylrechtlich relevanten unveränderlichen Eigenschaften auch eine homosexuelle Veranlagung in der Ausprägung, wie sie beim Kläger vorhanden ist, gerechnet werden.“¹⁶⁸

Des Weiteren stellte das BVerwG fest,

„(...) dass es sich bei der homosexuellen Prägung des Klägers um eine schicksalhafte Festlegung des Sexualtriebes handelt, die spätestens mit dem 18. Lebensjahr abgeschlossen, nicht mehr umkehrbar und damit unentrinnbar ist. Damit hat das Berufungsgericht der Sache nach festgestellt, dass sich der Kläger bei einer Rückkehr in den Iran in der gleichen Lage befindet, in der sich ein Heterosexueller befinden würde, wenn jedes heterosexuelle Verhalten unter Strafe stünde.“¹⁶⁹

Hier kommen die historisch begründeten Schlüsselgedanken der grundrechtlichen Verankerung des Asylanspruches gem. § 16 GG in einer ausdrücklichen Form zur Geltung, „die ohne Beispiel waren und auch ohne Nachfolge geblieben sind[:] Weder wurde aus der ‚Sonderbehandlung‘ von Homosexuellen im Dritten Reich eine Übernahme von Verantwortung für die Bundesrepublik abgeleitet, noch wurde je dem heterosexuellen Publikum zugemutet, sich einmal vorzustellen, wie es denn wäre, wenn jedes seiner – unter

¹⁶⁶ BVerwG 15. März 1988 - 9 C 278.86 - = BVerwGE 79, 143 ff.

¹⁶⁷ Siegfried (2012): Gibt es eine richtige Rechtsprechung in der falschen? Ein Versuch. Das Bundesverwaltungsgericht, die Homosexualität und das Grundrecht auf Asyl, 2012, S. 138ff.

¹⁶⁸ BVerwGE, 49, 143, 147, zitiert nach: Siegfried, 2012, S. 138.

¹⁶⁹ BVerwGE, 49, 143, 152, zitiert nach: Siegfried, 2012, S. 138.

Umständen unentrinnbaren – Veranlagung entsprechende sexuelle Verhalten unter Strafe stünde“.¹⁷⁰ Diese rechthistorische Besonderheit sei hier jedoch nur am Rande erwähnt.

Das BVerwG vertrat in diesem Urteil die Meinung, dass grundsätzlich die „Beschränkung“ der sexuellen Handlung durch die Gesetzeslage im Iran, „damit im wesentlichen der Verbotslage, wie sie bis zum Erlass des Ersten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 25. Juni 1969 bestanden hat“¹⁷¹, entspreche, und ist dennoch nicht „so kühn, daraus folgern zu lassen, es habe in der Bundesrepublik politische Verfolgung gegeben“.¹⁷² Unter dem Versuch, die Schlussfolgerung zu vermeiden, strafrechtliche Verfolgung schicksalhaft und unentrinnbarer Homosexueller in Deutschland (bis 1969) sei im Grunde politische Verfolgung gewesen, „leidet die Schlüssigkeit des Urteils und leiden [bis in die jüngste Vergangenheit] die Asylrechtsprechung und homosexuelle Asylsuchende“.¹⁷³ Dazu führt das Gericht in seinem Urteil lediglich aus: Das Asylrecht habe

„nicht die Aufgabe, möglicherweise gewandelte moralische Anschauungen in der Bundesrepublik über homosexuelles Verhalten in anderen Staaten durchzusetzen“.¹⁷⁴

Aus diesen Gründen könne der

„Untersagung einverständlicher homosexueller Betätigung unter Erwachsenen [...] aus Gründen der dort [gemeint ist der Iran, Anm. d. Verf.] herrschenden öffentlichen Moral für sich allein keine asylrechtliche Bedeutung beigemessen werden“.

Damit weicht das BVerwG einem Konflikt mit dem Urteil des BVerfG vom 10. Mai 1957¹⁷⁵ aus, welches die (damals noch gesetzlich geregelte) Bestrafung von Homosexualität rechtfertigte.¹⁷⁶ Im Hinblick auf LGB-Fälle ergibt sich daraus eine zentrale Frage: Wann dient die Bestrafung nur der Aufrechterhaltung der Moral und wann hat sie asylrechtliche Bedeutung? Die Erwägungsgründe des Gerichts zur Verfolgung des damaligen Klägers lauten wie folgt:

„Seine politische Verfolgung ergibt sich jedoch aufgrund der im vorliegenden Fall vom Berufungsgericht festgestellten besonderen Umstände, die zum einen in der Person des Klägers

¹⁷⁰ Siegfried, 2012, S. 138.

¹⁷¹ BVerwGE, 49, 143, 148, zitiert nach: Siegfried, 2012, S. 139.

¹⁷² Siegfried, 2012, S. 139.

¹⁷³ Ebd.

¹⁷⁴ BVerwGE 79, 143, 149, zitiert nach: Markard/Adamietz, 2011, S. 295.

¹⁷⁵ BVerfGE 6, 389, zitiert nach: Siegfried, 2012, S. 139.

¹⁷⁶ Ebd.

begründet sind und sich zum anderen aus den gegenwärtigen politischen Verhältnissen im Iran ergeben“.¹⁷⁷

Von zentraler Bedeutung für die deutsche Rechtsprechung der letzten zwei Jahrzehnte waren die Umstände, die „in der Person des Klägers begründet sind“. Nämlich die Tatsache, dass es sich bei seiner homosexuellen Veranlagung nicht um

„eine bloße Neigung handelt, der nachzugeben mehr oder weniger im Belieben des Klägers stünde, sondern dass in dessen Person im Sinne einer irreversiblen Prägung eine unentrinnbare schicksalhafte Festlegung auf homosexuelles Verhalten gegeben ist, die das Gefühlsleben des Klägers einschließlich seines sexuellen Verhaltens seit dem 15. oder 16. Lebensjahr bestimmt. (...) Einer seiner demnach asylrechtlich relevanten Veranlagung geltenden Verfolgung wird der Kläger bei einer Rückkehr in den Iran auch mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit ausgesetzt sein“.¹⁷⁸

Es ist jedoch fraglich, inwiefern diese Erwägungen brauchbar sind, um eine Trennlinie zu ziehen zwischen politischer Verfolgung und einer nur der Aufrechterhaltung der öffentlichen Moral dienenden Bestrafung, wie es das BVerwG an dieser Stelle anstrebt. Die Argumentationslinie des BVerwG wirft hier einige Fragen auf:

Warum sollte der Zweck der Bestrafung, der schließlich vom Bestrafenden definiert wird, von Umständen abhängen, die in der Person des Bestraften begründet sind? Anhand welcher Kriterien kann die verwaltungsgerichtliche Praxis auf Grundlage dieses Wortlauts Homosexualität als „bloße Neigung“ von „irreversibler unumkehrbarer Prägung“ unterscheiden? Das BVerwG lässt diese Frage in seiner Urteilsbegründung weitgehend offen, was folgeschwere Konsequenzen für die zukünftigen verwaltungsgerichtlichen Interpretationen hatte.¹⁷⁹

Zu den besonderen Umständen, die in der Person des Klägers begründet seien, beruft sich das BVerwG auf weitere besondere Umstände, die sich „aus den gegenwärtigen politischen Verhältnissen im Iran ergeben“, um seine Abgrenzung politischer Verfolgung von einer nur aus Gründen der öffentlichen Moral drohenden Bestrafung zu rechtfertigen.¹⁸⁰ Diese Umstände ergeben sich einerseits daraus, dass die im Iran drohende Todesstrafe

„nicht bloß in einem von der Rechtsordnung der Bundesrepublik noch hinnehmbaren Maße besonders streng, sondern offensichtlich unerträglich hart (...) und unter jedem denkbaren

¹⁷⁷ BVerwGE, 49, 143, 150, zitiert nach: Siegfried, 2012, S. 139.

¹⁷⁸ BVerwGE, 49, 143, 150, zitiert nach: Siegfried, 2012, S. 139.

¹⁷⁹ Siegfried, 2012, S. 140.

¹⁸⁰ Siegfried, 2012, S. 141.

Gesichtspunkt schlechthin unangemessen zur Ahndung eines Verstoßes gegen die öffentliche Moral, der sich im Grenzbereich zwischen privatem und sozialem Bereich ereignet“ sei.¹⁸¹

Diese Begründung ist v. a. im Lichte der zuvor angebrachten Feststellung, das Asylrecht habe nicht die Aufgabe, möglicherweise gewandelte moralische Anschauungen in der Bundesrepublik in andere Länder zu exportieren, unschlüssig. Es ist dem Urteil nicht zu entnehmen, „warum nun die Verhängung der Todesstrafe und die Verschärfung im Beweisrecht aus einer Sitten- und moralrechtlichen Bestrafung politische Verfolgung machen“. ¹⁸² Aus den beiden angeführten Umständen zieht das Gericht die Schlussfolgerung, „dass mit der Strafverfolgung gerade desjenigen, der sich homosexuell betätigt hat, Absichten verfolgt werden, die über die Ahndung einer Verletzung der öffentlichen Moral hinausgehen“. ¹⁸³ Diese Absichten werden genauso wenig weiter definiert, wie auch die angenommene Tatsache, Verschärfungen im Beweisrecht und Todesstrafe seien als entsprechende Hinweise zu deuten. ¹⁸⁴ Wenn man jedoch die Argumentationsweise des BVerwG in dem Lichte betrachtet, dass sich das Gericht durchgängig bemüht, die Abgrenzung zur strafrechtlichen Verfolgung, die bis 1969 in Deutschland stattfand, zu begründen, erscheinen die angegebenen Umstände verständlicher. In der Bundesrepublik galten weder Beweisregelungen, noch existierte die Todesstrafe für Homosexuelle, womit ein Eindruck erzeugt werden kann, es hätte in Deutschland keine politische Verfolgung gegeben. ¹⁸⁵

Das BVerwG verweist mit der Darlegung, dass strafrechtliche Normen zum Schutz der öffentlichen Moral legitimerweise eine homosexuelle Betätigung sanktionieren können, auf die bereits erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957. ¹⁸⁶ In diesem Urteil hatte das BVerfG festgestellt, homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen gingen über den „engsten Intimbereich“ hinaus, sie lägen vielmehr „im Grenzbereich zwischen privatem und sozialem Bereich“, in den der Gesetzgeber auch mit Strafnormen

¹⁸¹ BVerwGE, 49, 143, 153, zitiert nach: Siegfried, 2012, S. 142.

¹⁸² Ebd.

¹⁸³ Ebd.

¹⁸⁴ Siegfried, 2012, S. 142.

¹⁸⁵ Ebd.

¹⁸⁶ BVerfGE 6, 389, zitiert nach: Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland“, in: Amnesty International, 2007, S. 3.

eingreifen dürfe, wenn er sich dafür auf das Sittengesetz als rechtlicher Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit berufen könne.¹⁸⁷

Auf diese, aus heutiger Sicht in ihren sittlich-moralischen Vorstellungen weitgehend als überholt betrachtete Grundsatzentscheidung des BVerwG wurde bis in jüngste Vergangenheit von den Verwaltungsgerichten undifferenziert Bezug genommen. Diese Argumentationslinie zeugt von einer Pathologisierung der Homosexualität, die auf der gerichtlichen Deutungsmacht aufbaut, zu definieren, was als „natürliche“ Sexualität gelten darf und was demgegenüber als krankhaft und triebhaft eingestuft werden kann.¹⁸⁸ Die sexualtheoretische Einordnung von ‚normal‘ und ‚nicht normal‘ durch das Bundesverwaltungsgericht führte in der verwaltungsgerichtlichen Praxis bis in die 2000er Jahre zu abstrusen Beweisfindungen, wie im Folgenden dargestellt wird.

4.4.3. Staying in the Closet?¹⁸⁹ – Deutsche Rechtsprechungslinien seit 1988

Einleitend werden zwei in ihrer Argumentation gegensätzliche Urteile beleuchtet, welche aus der Zeit vor der europäischen Harmonisierung stammen. Die Urteilsbegründung des VG Regensburg aus dem Jahre 1998 verdeutlicht, wie das Gericht normative Vorstellungen „normaler“ Sexualität entwirft, an denen der Kläger gemessen wird:

„Der Landesgerichtsarzt hat aber in seinem Gutachten gleichzeitig festgestellt, daß es bei (dem Kläger) keinen ‚Zwang‘ dazu gebe. ... Vielmehr sei er in der Lage, seinen Sexualtrieb, sofern dies erforderlich ist, durch Selbstbefriedigung auszuleben. ... Der Kläger sei nicht in einer krankhaften Art und 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“.¹⁹⁰

Das Gericht beruft sich hier in seiner Urteilsfindung auf „eigene Sachkenntnis“ und entwirft eine Vorstellung von sexueller Identität und Lebensweise, nach der ‚jedermann‘ gemessen wird. Daraus folgt, dass nur dem krankhaft getriebenen Homosexuellen ein Anrecht auf Flüchtlingsschutz zukommt.¹⁹¹ Dieser Maßstab ist auch in den vergangenen Jahren häufig zur

¹⁸⁷ BVerfGE 6, 433f. zitiert nach: Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, 2007, S. 3.

¹⁸⁸ Markard/Adamietz 2011, 298.

¹⁸⁹ Diese Fragestellung ist in Anlehnung an den Leitsatz des Artikels „Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand“ von Nora Markard und Laura Adamietz (2011) entstanden.

¹⁹⁰ VG Regensburg, U. v. 4.8.1998, zitiert nach: Markard 2011: 296.

¹⁹¹ VG Regensburg, U. v. 4.8.1998, zitiert nach: Markard 2011: 296.

Anwendung durch Gerichte gekommen. Was diese Argumentationsweise für bisexuelle Flüchtlinge bedeutet, lässt sich unschwer errahnen. Sie fallen völlig aus dem Konzept „irreversibler, unentrinnbarer“ Homosexualität, da sie „ihre sexuelle Vorliebe ja wählen können“.¹⁹²

Das zweite Urteil aus der Zeit vor der Qualifikationsrichtlinie, steht im Kontrast zum vorherigen und ist aus zwei Gründen besonders erwähnenswert: Einerseits aufgrund der sehr fortschrittlichen Argumentation, die bis ins Jahr 2012 innerhalb der verwaltungsgerichtlichen Spruchpraxis ihres gleichen sucht und andererseits, da es wie jenes des VG Regensburg ebenfalls aus dem Jahre 1999 handelt. Das VG Gießen¹⁹³ bezieht u. a. zu der Meinung des BVerwGE von 1988 Stellung, die besagte, dass „möglicherweise gewandelte moralische Anschauungen“ über Homosexualität in der Bundesrepublik keine asylrechtliche Relevanz hätten, da es nicht die Aufgabe wäre, diese in andere Länder zu tragen. Dem hielt das VG Gießen in seinem Urteil vom 26. August 1998 entgegen:

„Es ist [...] geboten, auch die sexuelle Identität eines Menschen unter den Schutz des Asylgrundrechtes zu stellen. Die sexuelle Identität stellt einen konstitutiven Bestandteil der Persönlichkeit eines jeden Menschen dar. Wird ein Mensch gezwungen, diesen wesentlichen Bestandteil seiner Persönlichkeit zu negieren, ist er in seiner durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde in erheblichem Maße beeinträchtigt“.¹⁹⁴

In diesem Zusammenhang weist das VG Gießen darauf hin,

"dass sich auch die gesellschaftliche Wahrnehmung des Phänomens der Homosexualität in den vergangenen Jahrzehnten sowohl in Deutschland, wie auch in den meisten anderen westlichen Demokratien nachhaltig verändert hat“.

Diese gesellschaftliche Entwicklung und die damit in Verbindung stehende Entfaltung des grund- und menschenrechtlichen Schutzes vor Diskriminierung und des Rechts auf freie Selbstbestimmung erkennt das VG Gießen im Gegensatz zum BVerwG (1988) und zahlreichen Verwaltungsgerichten, sehr wohl als menschenrechtlichen Prüfungsmaßstab bei der Flüchtlingsanerkennungsprüfung an.

¹⁹² Für weitere Ausführungen hierzu siehe u. a. Janna Wessels Kritik zu HJ (Iran), 2012; Sean Rehaag (2009): *Bisexuals Need Not Apply: A Comparative Appraisal of Refugee Law and Policy in Canada, the United States, and Australia* International Journal of Human Rights, Vol. 13, No. 2, S. 415, 2009

¹⁹³ VG Gießen, Urt. v. 26.8.1999 – 10 E 30832/98, zitiert nach: Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, *Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland*“, in: Amnesty International, 2007, S. 6.

¹⁹⁴ Ebd.

"(...) Wenn diese Veränderungen des innerstaatlichen Rechtes der Bundesrepublik Deutschland auch nicht unmittelbar Bedeutung haben für die asylrechtliche Beurteilung eines bestimmten Verhaltens in einem Asylherkunftsland, so sind diese jedoch ergänzend zu berücksichtigen, wenn es darum geht, im Wege der Interpretation festzustellen, welches Menschenbild dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zugrunde liegt und in welchem Maße betroffene Personen Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte hinnehmen müssen oder aber Schutz gegen solche Beeinträchtigungen beanspruchen können."¹⁹⁵

Nach Ansicht des erkennenden Gerichts gehört die sexuelle Identität eines Menschen zu den ganz elementaren Bestandteilen seiner Persönlichkeit. Homosexualität wird hiermit bereits im Jahre 1998 von einem erstinstanzlichen Verwaltungsgericht nicht mehr als krankhaftes oder gar strafwürdiges Verhalten eingestuft:

"(...) Das Verlangen, eine von der Bevölkerungsmehrheit abweichende sexuelle Orientierung zu unterdrücken, sofern hierdurch Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden, stellt einen schweren und unerträglichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar. Es ist mit der Würde des betreffenden Menschen in jeder Hinsicht unvereinbar. (...) Auch kann von dem Betroffenen nicht verlangt werden, dass dieser generell auf eine sexuelle Betätigung verzichten muss, wenn sein Sexualverhalten demjenigen der Mehrheit nicht entspricht. Dass dem Kläger dies auch nicht möglich wäre, zeigt bereits, dass er auch im Jemen, wenn auch im Verborgenen und mit dem Risiko der jederzeitigen Entdeckung verbunden, Geschlechtsverkehr mit anderen Männern gehabt hat.“

Diese Begründung steht diametral zur weitaus üblicheren Vorstellung von Homosexualität als irreversibles, unentrinnbares Schicksal. Mit seiner Meinung nimmt das VG Gießen hier Bezug zu der Unterscheidung zwischen einer sog. bloßen Neigung oder einer unumkehrbaren Irreversibilität, wie das BVerwG sie in seiner Leitentscheidung von 1988 konzipiert hatte. Das VG Gießen lehnt dieses Konzept entschieden ab (s. o.). Die Differenzierung zwischen einer Verfolgung wegen Homosexualität an sich und Verfolgung wegen homosexueller Praktiken, erscheine künstlich und realitätsfremd und führe unweigerlich zu erheblichen Abgrenzungsproblemen, da die Veranlagung einer Homosexualität regelmäßig auch die Ausübung homosexueller Betätigung mit sich führe.¹⁹⁶ Es stelle sich die Frage, in welchen Fällen die Gesetzgeber des Herkunftslandes tatsächlich nur die homosexuelle Betätigung sanktionieren wollten, ohne dabei gezielt auch Homosexuelle an sich in ihrer Veranlagung treffen zu wollen. Wie sollte es deutschen Gerichten innerhalb der Beweisfindung möglich

¹⁹⁵ VG Gießen, Urt. v. 26.8.1999 – 10 E 30832/98, zitiert nach: Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland”, in: Amnesty International, 2007, S. 6.

¹⁹⁶ Ebd.

sein, diesen vermuteten Unterschied auszumachen? Verfolgten etwa die Gesetzgeber in den entsprechenden Herkunftsländern tatsächlich nur das Ziel, die öffentliche Moral und die öffentliche Gesundheit vor beispielsweise HIV und/oder AIDS schützen zu wollen, stünde ihnen als milderes Mittel beispielsweise der Ausschluss einer Strafbarkeit im privaten (häuslichen) Bereich sowie entsprechende Aufklärungskampagnen (safer sex) zur Verfügung. Selbst dann wäre es noch fraglich, ob der Verweis auf ein derart konstruiertes sog. „sexuelles forum internum“ zulässig wäre.¹⁹⁷

Andere Gerichte orientierten sich demgegenüber (ausdrücklich) an den Wertesystemen des Herkunftsstaates. In welchem Ausmaß diese Urteilsfindungen den menschenrechtlichen Prüfungsmaßstab, der laut GFK (und hier bereits in Kraft getretener QRL) dem Flüchtlingsschutz zugrunde liegt ad absurdum führen, zeigt das Urteil des VG Düsseldorf vom 14. September 2006:

„Berücksichtigt man schließlich, dass die Homosexualität im islamischen Kulturkreis allgemein und speziell auch in Ägypten als eine besondere verächtliche und verabscheuungswürdige sexuelle Abweichung angesehen wird (. . .), so stellt auch eine weitgehende Beschränkung homosexueller Betätigung zum Schutz der dort herrschenden Moral keine politische Verfolgung dar (. . .), mit der Folge, dass es dem betreffenden Ausländer asylrechtlich zumindest zuzumuten ist, seine homosexuelle Veranlagung ausschließlich im engsten privaten Umfeld auszuleben und nach außen hin nicht bekannt werden zu lassen. Ob ein vollständiges Verbot homosexueller Betätigung die Menschenwürde verletzt und deshalb asylrechtlich nicht hinnehmbar ist (. . .), ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung“.¹⁹⁸

Der Ansatz des VG Düsseldorf verdreht den Maßstab der Flüchtlingsanerkennungsprüfung derart, dass diese ihrer logischen Grundlage völlig entbehrt. Das VG verwendet hier zweierlei Maß menschenrechtlichen Schutzstandards: einerseits den Grund- und menschenrechtlichen Schutz europäischer Staaten, andererseits die Moralvorstellungen „im islamischen Kulturkreis“, welche seiner Meinung nach für LGB-Personen dieser Region legitimer Weise anzuwenden seien. Dafür prüft das VG hier anhand der Wertevorstellungen des Verfolger-Staates, ob ein Verzicht der Auslebung der sexuellen Identität gerechtfertigt sein kann. Damit verneint es LGB-Personen nicht nur das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und der

¹⁹⁷ Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland“, in: Amnesty International, 2007, S. 6f.

¹⁹⁸ VG Düsseldorf, Urteil vom 14.9.2006, 11 K 81/06.A ASYLMAGAZIN 1–2/2007, S. 41.

Ausübung jener, sondern macht sich quasi zum Mittäter der Menschenrechtsverletzung durch den Herkunftsstaat.¹⁹⁹

Die hier verwendete Argumentationsstruktur erfuhr in Folge eine außergewöhnlich harsche Antwort und Zurückweisung durch das VG München. Dieses hatte in seinem Urteil vom 30. Januar 2007²⁰⁰ klargestellt, dass die nach nigerianischem Recht geforderten Strafen für jegliche homosexuelle Betätigung nicht im Einklang mit den gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigten Einschränkungen stehen.

Das BAMF hatte zuvor den Asylantrag des homosexuellen Nigerianers mit der Begründung abgelehnt, er habe einerseits seine Homosexualität nicht glaubwürdig vorgetragen, und andererseits sei es nicht vorstellbar, dass er dem auf ihn und seinen Freund einprügelnden Mob hat entkommen können, sein Freund jedoch nicht. Solange er seine angebliche Homosexualität verheimlichen würde, bestände keine Verfolgungsgefahr für ihn in Nigeria, denn es seien bisher keine Verurteilungen bekannt.²⁰¹ Das Verwaltungsgericht forderte im Zuge seiner Beweisfindung von einem sog. Institut für Afrika-Kunde, sowie Amnesty International und dem Auswärtigen Amt Stellungnahmen zur Lage von LGB-Personen in Nigeria an. Das Institut für Afrika-Kunde berief sich in seiner Stellungnahme auf seinen Bericht an das VG Oldenburg vom Jahr 2002 und meinte, dass sich die Situation für LGB-Personen in Nigeria seitdem nicht bedeutend verändert hätte.²⁰² Das Institut stellt fest, dass „homosexuelle Handlungen (...) unter Erwachsenen in der Regel nicht angezeigt oder strafrechtlich verfolgt wurden“.²⁰³ Jedoch werde Homosexualität häufig „politisch instrumentalisiert“. Auch

„wachsender religiöser Fundamentalismus sowohl unter den neuen charismatischen christlichen Kirchen als auch innerhalb des Islams führe zu zunehmender Intoleranz gegenüber abweichendem Sexualverhalten, insbesondere gegenüber Homosexualität“.²⁰⁴

Entscheidend für die Diskriminierung Homosexueller in Nigeria sei nicht allein die gesetzlich angedrohte Strafverfolgung,

¹⁹⁹ Markard 2011 S. 299.

²⁰⁰ VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51404.

²⁰¹ VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51404, S. 4.

²⁰² VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51404, S. 5.

²⁰³ Ebd.

²⁰⁴ VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51404, S. 5.

„sondern entscheidender sei für das Verfolgungsschicksal die mehr als drakonische Paralleljustiz der Scharia Gerichtshöfe im Norden bzw. die der traditionellen afrikanischen religionsverpflichteten Geheimbünde im Südwesten und Osten des Landes“.

In weiten Teilen der Bevölkerung Nigerias werde Homosexualität tabuisiert und geächtet. „Öffentlich praktiziertes homosexuelles Verhalten könne bis zur Lynchjustiz führen“. Diese Stellungnahme des Instituts für Afrikanistik verdeutlicht äußerst detailliert die Komplexität der Lage und des Verfolgungsrisikos von LGB-Personen in Nigeria. Das letzte Zitat verdeutlicht jedoch, dass auch der Bericht ein Konzept von Homosexualität enthält, nach welchem diese in ein „öffentlich praktiziertes homosexuelles Verhalten“ unterschieden werden kann und in ein „homosexuelles Verhalten“, welches sich rein im privaten Bereich „praktizieren“ lasse. Somit entsteht der Verdacht, LGB-Personen könnten sich im Verborgenen vor etwaig drohender Verfolgung schützen.²⁰⁵

Hingegen fasst sich das Auswärtige Amt in seiner Stellungnahme zum Asylagebericht zur Situation der LGB-Personen in Nigeria relativ kurz. Es stellt fest, dass

„grundsätzlich in den nicht überwiegend muslimischen Bundesstaaten Nigerias von einer gewissen Toleranz gegenüber Homosexualität sowohl in der Gesellschaft wie auch im beruflichen Umfeld ausgegangen werden kann“.²⁰⁶

Darüber hinaus teilte das Auswärtige Amt in seinem Schreiben mit, „es habe in Lagos die jüngere Schwester des Klägers angetroffen werden können“.²⁰⁷ Es habe jedoch keine Hinweise dafür finden können, dass „der Kläger bis zu seiner Ausreise eine homosexuelle Beziehung mit dem von ihm genannten Mann gehabt habe und wegen seiner homosexuellen Veranlagung in Gefahr geraten sei“.²⁰⁸ Obwohl die Schwester bestätigt hätte, dass jener Mann, ein Freund ihres Bruders, getötet worden sei und sein Bruder daraufhin von unbekannten Personen mit dem Tode bedroht worden sei, „hätten Nachfragen in der Stadt und bei seiner Schwester“ seine Homosexualität nicht belegen können.²⁰⁹ Das Auswärtige Amt prüfte demnach nicht das Verfolgungsrisiko durch mögliche Akteure im Herkunftsland des Klägers, sondern versuchte in seiner nahen Umgebung Anhaltspunkte für die Glaubhaftigkeit seiner Homosexualität zu erhalten. Diese Art der Informationsbeschaffung innerhalb der nahen Umgebung und Verwandtschaft von Asylanträgerinnen widerspricht nicht nur den auch

²⁰⁵ VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51404, S. 6.

²⁰⁶ VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51404, S. 6-7.

²⁰⁷ Ebd.

²⁰⁸ VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51404, S. 6.

²⁰⁹ Ebd.

im Asylrecht geltenden Bestimmungen des Rechts auf Privatsphäre. Laut Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Januar 2005²¹⁰ ist die Beweiserhebung im Herkunftsland über die Homosexualität verfassungswidrig. Die Einholung von Informationen im Familienkreis, der Nachbarschaft oder im beruflichen Umfeld, machen eine Rückkehr von bisher im Verborgenen lebenden LGB-Flüchtlingen unter dem „Diskretionsgebot“ schlicht unmöglich und begründen daher sogenannte Nachfluchtgründe gemäß § 28 Abs. 2 AsylVfG.²¹¹

Das VG München stellte in seinem Urteil fest, dass „[s]oweit es um das Ausleben homosexueller Sexualität“ gehe, diese „grundsätzlich weder gesetzlichen Einschränkungen (...) noch Diskriminierungen“ unterliege, solange nicht in die Rechte schutzwürdiger Dritter eingegriffen werde. Doch im Gegensatz dazu bestrafe

„(...) die nigerianische Rechtsordnung das, was in Deutschland selbstverständlich ist, mit sehr hohen Strafen (...). Bestraft wird damit im Grunde nach nigerianischer Rechtsauffassung bereits letztendlich die Tatsache, dass jemand homosexuell ist und sich dazu bekennt (...).

Damit liegt eine Verfolgungshandlung im Sinne des Art. 9 Qualifikationsrichtlinie vor, und zwar im Sinne einer unverhältnismäßigen und diskriminierenden Strafverfolgung oder Bestrafung nach Art. 9 Abs. 2 c Qualifikationsrichtlinie. Denn nach europäisch/deutscher Rechtsauffassung ist eine Strafverfolgung, die an eine natürliche Ausprägung eines Menschen anknüpft und der weiter nichts tut, als so zu leben, wie er möchte, unverhältnismäßig und diskriminierend und verletzt damit dessen unveräußerlichen Menschenrechte. (...)

Das Gericht teilt nicht die Auffassung des VG Düsseldorf (...), dass der asylrechtliche Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung nicht uneingeschränkt gilt, sondern nur in den Schranken des Sittengesetzes gewährleistet sei und gleiches gelte, wenn man Art. 8 EMRK beachte, und dass es somit einem Homosexuellen zugemutet werden könne, seine homosexuelle Veranlagung und Betätigung nicht nach außen hin bekannt werden zu lassen, sondern auf den Bereich seines engsten persönlichen Umfelds zu beschränken.

Das Gericht gewährt dem Kläger Schutz nach § 60 Abs. 1 AufenthG, weil er sich auf die Wahrnehmung eines Menschenrechts auf frei Entfaltung seiner Persönlichkeit berufen kann, das

²¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.01.2005 – 2 BvR 1899/04, zitiert nach Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland”, in: Amnesty International, 2007, S. 13: „Eine Sachverhaltsermittlung im Heimatumfeld der Beschwerdeführerin, die zu einer unumkehrbaren Preisgabe sensibler personenbezogener Informationen an Dritte führt, kann, soweit sie nicht wegen unvertretbarer verfolgungsauslösender oder verfolgungsverschärfender Wirkungen ausscheidet, lediglich das letzte Mittel der Sachverhaltsaufklärung sein.“

²¹¹ Müller, Kerstin (2011): Nachfluchtgründe und die Hürde des § 28 Abs. 2 AsylVfG, Asylmagazin, 2/2011, S. 8f; vgl. Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland”, in: Amnesty International, 2007, S. 13.

nach europäisch-deutscher Rechtsauffassung universell gilt und gerade nicht im Hinblick auf die Rechtsordnungen anderer Länder eingeschränkt werden darf. Denn wenn man zulässt, dass der Schutz von Menschenrechten sich in Deutschland danach zu richten hat, was in anderen Ländern Praxis ist, dann landet man unweigerlich in Guantanamo als besonderen eklatantem Beispiel für die Verletzung grundlegender Menschenrechte durch ein Land, dass sich als demokratisch und zivilisiert betrachtet“.²¹²

Das VG München erkennt in seinem Urteil folglich die strafrechtliche Verfolgung von LGB-Personen in Nigeria als Verfolgung gemäß EU-rechtlichem Flüchtlingsschutz an. Die hierbei verfolgte Argumentationslinie ist innerhalb der deutschen Asylrechtsprechung jedoch ein Einzelfall geblieben.

Die Judikatur-Analyse hat bisher gezeigt, dass die deutschen Verwaltungsgerichte weit von einer einheitlichen Argumentationslinie und gleichen Mindeststandards in der Asylanerkennung im Sinne einer Harmonisierung und Vereinheitlichung des europäischen Flüchtlingsschutzes entfernt zu sein scheint. Es wird vielmehr deutlich, dass die innerdeutsche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechungslinie auch nach Inkrafttreten der Qualifikationsrichtlinie große Diskrepanzen hinsichtlich der Prüfung von Eingriffen, die das Ausleben homosexueller Aktivitäten im Herkunftsland beschränken, aufweist. Diese Eingriffe sollten nach Vorgabe der QRL anhand menschenrechtlicher Maßstäbe geprüft werden, um festzustellen, ob Eingriffe, die das Ausleben der Homosexualität beschränken, ohne es insgesamt zu untersagen, gerechtfertigt sind.²¹³ Dabei ist entscheidend, ob ein betreffender Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ (Art. 8 Abs. 2 EMRK), also insbesondere verhältnismäßig ist, und daher als gerechtfertigt angesehen werden muss.²¹⁴ Das VG Oldenburg stellt dazu in seinem Urteil vom 13.11.2007 fest, dass

„[s]taatliche Repressionen, die an die sexuelle Ausrichtung anknüpfen, (. . .) nach den in der EMRK kodifizierten europäischen Menschenrechtsvorstellungen besonders triftiger Gründe [bedürfen] (. . .). Vorurteile der heterosexuellen Mehrheitsbevölkerung gegenüber einer homosexuellen Minderheit sind keine ausreichende Rechtfertigung (. . .). Der Zwang, eine von der Bevölkerungsmehrheit abweichende sexuelle Orientierung zu unterdrücken, obwohl durch sie Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden, stellt einen schweren und unerträglichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar (. . .)“.²¹⁵

²¹² VG München, Urteil vom 30. Januar 2007, M 21 K 04.51404, S. 5-8.

²¹³ Bank/Foltz 2008: 16.

²¹⁴ Ebd.

²¹⁵ VG Oldenburg, Urteil vom 13.11.2007 1 A 1824/07 ASYLMAGAZIN 12/2007, S. 23.

4.5. Sexuelle Identität als existenzielles Minimum? – Die parlamentarischen Anfragen von 2006 und 2010 und die Antworten der Bundesregierung

Aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung und der oftmals nicht ausreichenden gerichtlichen Berücksichtigung des Risikos von Verfolgung und Diskriminierung von LGB-Personen in deren Herkunftsländern stellten Abgeordnete der Fraktion DIE LINKE im Juni 2006 die erste parlamentarische Anfrage (sog. Kleine Anfrage) speziell zu „der rechtliche[n] Situation homosexueller Flüchtlinge in Deutschland (...)“.²¹⁶ In den Vorbemerkungen werden zu der Problematik des „Diskretionserfordernisses“ zahlreiche Gerichtsentscheidungen zitiert. Einzelne Unterfragen beziehen sich erkennbar auf diese Gerichtsentscheidungen.

Die Bundesregierung zeigte in ihrer Antwort bezüglich der Diskrepanzen innerhalb der gerichtlichen Spruchpraxis und dem häufig beobachteten Mangel der Orientierung an internationalen Menschenrechtsstandard sowie der fehlenden Einhaltung der Bestimmungen laut Qualifikationsrichtlinie eine Haltung, welche der Strategie der Nichteinmischung begrifflich sehr nahe kommt: Sie sah zu diesen Fragen nach wie vor „keinen weiteren Handlungsbedarf“.²¹⁷ Nach dem Bestehen einer Änderungsnotwendigkeit befragt, „durch Anweisungen an die Einzelentscheiderinnen des BAMF oder durch Änderungen der Verwaltungsvorschriften sicherzustellen, dass eine drohende Bestrafung aufgrund der Homosexualität“²¹⁸ asylwerheblich gewertet wird, gibt die Bundesregierung lediglich die Auskunft:

„Dazu merkt die Bundesregierung an, dass sie grundsätzlich Entscheidungen der unabhängigen Justiz nicht bewertet.“²¹⁹

Die Bundesregierung hat jedoch die Pflicht, Problembereiche und Regelungslücken bei der Anwendung von Gesetzen zu beobachten und ggf. durch Anwendungshinweise oder Erlasse

²¹⁶ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 16/2142 vom 04.07.2006.

²¹⁷ Ebd., S. 4.

²¹⁸ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 16/2142, S. 3f.

²¹⁹ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 16/2142 vom 04.07.2006, S.5, zitiert nach: Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland“, in: Amnesty International, 2007, S. 7.

Einfluss auf die Auslegung von Gesetze zu nehmen. Diese Verantwortung trägt sie auch hinsichtlich der EU-rechtskonformen Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie.²²⁰

Im Hinblick auf die Entscheidungspraxis des BAMF und der Gerichte, in welcher teilweise für zumutbar gehalten wird, dass LGB-Personen ihre sexuelle Orientierung zurückgezogen in der Privatsphäre leben, „sich äußerst bedeckt halten“²²¹ bzw. „Diskretion walten zu lassen“²²², um eine Verfolgung zu vermeiden, stellten die Fragestellerinnen die Schlüsselfrage:

„Wie steht die Bundesregierung zu der Argumentation, einer möglichen Gefährdung homosexueller Flüchtlinge im Herkunftsland könnten diese durch Verschweigen und Verbergen ihrer Homosexualität begegnen?“

Die Antwort der Bundesregierung auf diese Frage lautete im Juli 2006:

„Zur Vermeidung politischer Verfolgung ist eine in die Privatsphäre zurückgezogene Ausübung der Sexualität grundsätzlich zumutbar. Insoweit sind die von der obergerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur religiösen oder religiös motivierten Verfolgung auf eine Verfolgung wegen der Homosexualität entsprechend anwendbar.“²²³

Die gerichtliche Praxis weist auch in den darauf folgenden Jahren keine gemeinsame Linie zur Frage der „Diskretion“ auf. Das Verwaltungsgericht Düsseldorf hat in einem Urteil vom 21. Februar 2008²²⁴ seine Auffassung verteidigt, wonach es Homosexuellen zumutbar ist, Verfolgung durch Verheimlichung ihrer sexuellen Orientierung zu vermeiden. Im konkreten Fall eines schwulen Ägypters ging das Gericht zwar davon aus, dass seine sexuelle Orientierung offenkundig sei und daher Verfolgung unvermeidbar drohe, das VG nutzte jedoch diesen Fall, um seine Argumentation gegenüber der harschen Kritik des VG München (s. o. die Kritik des VG München im Urteil vom 30. Januar 2007 – Az.: M 21 K 04.51404) zu verteidigen. Das VG Düsseldorf hält jedoch an der bisher vertretenen Auffassung fest. Es ist weiterhin der Meinung, dass bei asylrechtlichen Entscheidungen der Blick auf den Heimatstaat und die Frage entscheidend sei, ob insoweit unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Artikels 2 Absatz 1 GG (Entfaltung der Persönlichkeit) und Artikel 8

²²⁰ Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland“, in: Amnesty International, 2007, S. 11.

²²¹ VG Bremen, Urteil vom 28.4.2006 – 7 K 632/05.A zitiert nach Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland“, in: Amnesty International, 2007, S. 7.

²²² So etwa VG Düsseldorf, Urteil vom 5.9.2005 – 5 K 6084/04.A, VG des Saarlandes, Urteil vom 21.4.2006 – 2 K 45/06.A, VG Düsseldorf 14.9.2006 – 11 K 81/06.A, zitiert nach

²²³ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 16/2142 vom 04.07.2006, S.5, zitiert nach: Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland“, in: Amnesty International, 2007, S. 7.

²²⁴ VG Düsseldorf, Urteil vom 21. Februar 2008 – Az.: 11 K 2432/07.A, S. 4f.

Absatz 1 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens) eine Rückkehr zumutbar sei.²²⁵ Ausschlaggebend sei dabei nicht "die subjektive Sicht des Einzelnen, sondern ein objektiver Maßstab, der sich daran zu orientieren hat, was im Heimatland des Betroffenen als herrschendes Wertesystem anzusehen ist." Das Neutralitäts- und Toleranzgebot des Grundgesetzes könne bei der asylrechtlichen Beurteilung einer fremden Rechtsordnung nicht als Maßstab genommen werden.²²⁶

Das VG Düsseldorf argumentiert auch in seinem Urteil vom 14.1.2010,²²⁷ dass die auf den privaten Bereich beschränkte Homosexualität zumutbar und daher keine Verfolgungsgefahr bestehe:

„In dem Zusammenhang ist einzustellen, dass nach der aktuellen Auskunfts- und Erkenntnislage Homosexualität in Marokko geduldet wird, solange sie nicht öffentlich gelebt wird, so dass dort für Homosexuelle bei diskreter Behandlung ihres Sexuallebens, wie dies im Übrigen in islamischen Ländern auch für Heterosexuelle üblich ist, keine Gefahr von Verfolgung besteht“.²²⁸

Die Liste der Urteile, welche – neben den hier bereits dargestellten – in gleicher oder ähnlicher Weise die Ablehnung des Flüchtlingsschutzes argumentieren, ist lang.²²⁹

Die Frage des „Diskretionserfordernisses“ deutet grundsätzlich in die falsche Richtung. Durch die Rechtsprechung wird hier ein „sexuelles forum internum“ geschaffen, wodurch das Recht auf ein öffentliches Leben der Homosexualität nicht anerkannt wird. Im Rahmen des Art.9 Abs. 1 lit. a Qualifikationsrichtlinie geht es jedoch um die Verfolgungshandlung und nicht, wie in der deutschen Spruchpraxis teilweise argumentiert, um das (zukünftig) zu erwartende Verhalten der LGB-Person.²³⁰

Dementsprechend urteilte das VG Frankfurt a. d. Oder in seiner Entscheidung vom 11. November 2010 im Falle eines homosexuell orientierten Kameruner.²³¹ Es widersprach der

²²⁵ Klaus Dienelt (2009): Vermeidungsverhalten zur Abwendung von Verfolgung - Vereinbarkeit mit der Qualifikationsrichtlinie, abrufbar unter: <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-asylrecht/1178-eu-qualifikationsrichtlinie-rl-200483eg-religion-verfolgung.html> (Stand: 14.2.2014).

²²⁶ VG Düsseldorf, Urteil vom 21. Februar 2008 – Az.: 11 K 2432/07.A, S. 5f., zitiert nach Klaus Dienelt (2009): Vermeidungsverhalten zur Abwendung von Verfolgung - Vereinbarkeit mit der Qualifikationsrichtlinie, S. 2.

²²⁷ VG Düsseldorf, Urteil vom 14.1.2010 - 11 K 6778/09, S. 3f.

²²⁸ Ebd.

²²⁹ VGH Bremen, 28.04.2006 – 7 K 632/05.A; VG Aachen, U. v. 26.2.2007 – 5 K 2455/05.A; VG Düsseldorf, 21.02.08 - 11 K 2432/07.A; VG Regensburg, 15.09.2008 - RN 8 K 08.30020; VG Düsseldorf, U. v. 11.3.2009 - 5 K 1875/08.A; VG Düsseldorf 27.8.2009 – 11 K 1003/09.A; VG Trier, 9.9.2010 – 1 L 928/10.TR

²³⁰ Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland“, in: Amnesty International, 2007, S. 7f.

²³¹ VG Frankfurt a. d. Oder, U. v. 11. November – 2010 4 K 772/10 A.

Begründung des BAMF, der zufolge die Ablehnung der Flüchtlingsanerkennung unter anderem dadurch gerechtfertigt sei, dass seine Angabe, er sei homosexuell, nicht überzeuge. „Seine Angabe, er habe seine Sexualität in den letzten Jahren offen gelebt, sei nicht nachvollziehbar, da er sich dadurch selbst in Gefahr begeben habe. Fragen zu seiner geschlechtlichen Orientierung sei er ausgewichen. Es könne ihm deshalb nicht geglaubt werden, dass er gleichgeschlechtlich veranlagt sei“.²³²

Das VG Frankfurt a. d. Oder lehnte diese Beweisfindung jedoch ab und fordert das BAMF auf, dem Kläger Flüchtlingsanerkennung nach § 60 Abs. 1 AufenthG zu gewähren. Das Gericht distanzierte sich auch – in einer für die bisherige deutsche Rechtsprechung bemerkenswerten Weise – von dem bislang regelmäßig verwendeten Prüfungsmaßstab einer vermeintlichen „Irreversibilität“ der Sexualität der antragstellenden Person, indem es die Grundsatzentscheidung des BVerwG von 1988 in diesem Punkt ausdrücklich als überholt bewertet. Es stellte in seiner Begründung fest:

„Homosexuelle stellen in Kamerun eine „soziale Gruppe“ im Sinne der Qualifikationsrichtlinie dar. Homosexuelle werden von der sie umgebenden Mehrheitsgesellschaft in Kamerun als andersartig betrachtet und sind deshalb dort eine Gruppe mit deutlich abgegrenzter Identität. Entscheidend für die Flüchtlingsanerkennung ist – unabhängig von einer Vorverfolgung – allein, dass der Kläger homosexuell ist. Darauf, ob die Homosexualität für den Betroffenen „unentrinnbar“ ist, so dass er sich gleichgeschlechtlicher Betätigung gar nicht enthalten kann (BVerwG) kommt es nach der Richtlinie nicht mehr an“.²³³

Die Abgeordneten der Fraktion DIE LINKE ließen angesichts der Tatsache, dass die überwiegende Zahl der verwaltungsgerichtlichen Urteile vier Jahre nach Inkrafttreten immer noch mangelhafte Anwendung der EU-rechtlichen Vorgaben deutlich mache, nicht locker, und stellten im Mai 2010 eine weitere parlamentarische Anfrage zum „Umgang mit homosexuellen Flüchtlingen“.²³⁴ In den Vorbemerkungen stellten die Fragestellerinnen fest, dass seit dem Ende der Umsetzungsfrist der QRL im Oktober 2006 Ablehnungsmuster, welche auf dem „Diskretions-Argument“ beruhten, nicht mehr tragbar seien. In Art. 10 Abs. 1 lit. d QRL sei die sexuelle Ausrichtung als Verfolgungsmerkmal („je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland“) ausdrücklich benannt, und nach Art. 9 Abs. 2 QRL stelle jede diskriminierende „gesetzliche, administrative, polizeiliche und/oder justizielle

²³² VG Frankfurt an der Oder, 4 K 772/10 A, S. 4.

²³³ VG Frankfurt an der Oder, 4 K 772/10 A, S. 12.

²³⁴ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010.

Maßnahme“ sowie jede „diskriminierende Strafverfolgung oder Bestrafung“ eine zu berücksichtigende Verfolgung dar, wenn sie z. B. auf die sexuelle Ausrichtung der Betroffenen abziele.²³⁵ Auf die Frage, „wie die Entscheidungspraxis des Bundesamtes in Bezug auf Asylsuchende aus dem Iran, die dort wegen ihrer sexuellen Identität Verfolgungsmaßnahmen erlitten haben, oder fürchten“ derzeit gestaltet sei, antwortete die Bundesregierung, das Flüchtlingsanerkennung erfolge

„wenn einem Asylsuchenden aus dem Iran wegen seiner sexuellen Identität mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit Verfolgung droht. Hat er deswegen bereits Verfolgung erlitten oder war davon unmittelbar bedroht (Vorverfolgung), ist dies ein ernsthafter Hinweis darauf, dass die Furcht des Antragstellers vor Verfolgung begründet ist (...) Wegen ihrer sexuellen Identität vorverfolgte Asyl- suchende werden daher grundsätzlich als Asylberechtigte bzw. Flüchtlinge anerkannt“.²³⁶

Bei unverfolgt ausgereisten LGB-Personen sehe die Lage jedoch anders aus:

„Da die im Iran bestehenden Verbotsnormen nicht an eine Veranlagung, sondern an ein bestimmtes äußeres Verhalten anknüpfen, kann allein wegen der sexuellen Identität nicht von einer Verfolgungsgefahr ausgegangen werden. (...) Bei der Prognose über die Wahrscheinlichkeit einer Verfolgung ist ein die Verfolgung erst auslösendes zukünftiges eigenes Verhalten des Asylsuchenden in seinem Heimatstaat grundsätzlich nicht zu berücksichtigen“.

Eine Ausnahme der Nicht-Berücksichtigung sog. subjektiver Nachfolgegründe gäbe es – im Lichte der Grundsatzentscheidung des BVerwG von 1988 – laut Bundesregierung zu beachten:

„Etwas anderes gilt, wenn dieses Verhalten mehr oder weniger zwangsläufig zu erwarten ist und damit die Gefährdung des Asylsuchenden in so greifbare Nähe gerückt ist, dass sie wie eine unmittelbar drohende Gefahr als asylrechtlich beachtlich eingestuft werden muss (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 15. März 1988, 9 C 278/86). Es kommt also darauf an, ob der Asylsuchende sexuell so geprägt ist, dass im Einzelfall eine entsprechende Betätigung zu erwarten ist, die den iranischen Behörden mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit bekannt werden wird“.

Zur Frage, inwieweit „in der Praxis des Bundesamtes (...) insbesondere darauf abgestellt [werde], ob die Homosexualität der Asylsuchenden als ‚irreversible, schicksalhafte Prägung‘ angesehen wird, und wenn ja, mit welcher Begründung, und inwiefern (...) dies im Einzelfall konkret überprüft“ werde, stellte die Bundesregierung fest, dass es

²³⁵ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010, S. 2, Herv. d. Verf.

²³⁶ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010, S. 7, Herv. d. Verf.

„bei der Prognose der Verfolgungsgefahr darauf an[komme], ob der unverfolgt ausgereiste homosexuelle Asylsuchende nach seiner Rückkehr sexuelle Praktiken ausüben wird, die zu einer Verfolgung führen werden. Dies kann bei einer entsprechenden sexuellen Prägung angenommen werden. Der Asylsuchende muss diese Prägung glaubhaft machen. Dies wird durch eine glaubhafte nachvollziehbare Darstellung der sexuellen Entwicklung möglich sein“.²³⁷

Obwohl die Bundesregierung ihre Argumentation ausdrücklich an die Beweisfindung des BVerwG von 1988 anknüpft, vermeidet sie die Begriffe „Irreversibilität“ und „unentrinnbares Schicksal“. Die Frage, ob sich „diesbezüglich infolge des Inkrafttretens der EU-Qualifikationsrichtlinie und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bzw. nach Inkrafttreten der Charta der Menschenrechte (..) Änderungen in der Rechtsauffassung und Praxis des Bundesamtes“ ergeben hätten, verneint sie.²³⁸

Im Hinblick auf das „Diskretionserfordernis“ wird jedoch deutlich, dass die Bundesregierung um Einiges vorsichtiger formuliert, als noch in ihrer Antwort auf die erste Kleine Anfrage im Jahr 2006. Die Abgeordneten der Fraktion DIE LINKE stellten 2010 erneut die Frage, ob

„in der Praxis des Bundesamtes (...) insbesondere darauf abgestellt [werde], ob die Asylsuchenden nach einer Rückkehr ihre Homosexualität ‚im Verborgenen‘ leben können bzw. ob ihnen zuzumuten ist, insofern ‚Diskretion walten zu lassen‘ und sich ‚bedeckt zu halten‘, und wenn ja, mit welcher Begründung?“²³⁹

Die Bundesregierung stellte dazu 2010 fest:

„Es kommt darauf an, ob sich der Asylsuchende nach Rückkehr in verfolgungsauslösender Weise verhalten wird (...). Auf die Zumutbarkeit eines alternativen Verhaltens kommt es dabei nicht an“.²⁴⁰

4.6. Deutschland und der EuGH – 2010

Am 11. März 2009 lehnte das VG Düsseldorf die Klage eines homosexuellen Iraners ab, da kein Schutzanspruch bestehe.²⁴¹

„[Es] lasse sich nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit feststellen, dass dem Kläger bei einer Rückkehr in den Iran wegen seiner homosexuellen Veranlagung Strafe drohe“.

²³⁷ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010, S.9-10.

²³⁸ Ebd., S. 9.

²³⁹ Ebd., S. 10, Herv. d. Verf.

²⁴⁰ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010, S. 10.

²⁴¹ VG Düsseldorf, Urteil vom 11.3.2009, 5 K 1875/08.A.

Es begründete weiter, dass

„[a]uch wenn die Betätigung homosexueller Veranlagung nach der Gesetzeslage im Iran unter Strafe stehe, habe der Kläger, dessen irreversible Veranlagung unterstellt werden könne, bei seiner Rückkehr aufgrund seiner homosexuellen Veranlagung staatliche Maßnahmen nicht mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu befürchten. Es sei in seinem Fall davon auszugehen, dass die iranischen Behörden keine Kenntnis von seiner praktizierten homosexuellen Neigung hätten. Es sei dem Kläger daher zuzumuten, bei einer Rückkehr in den Iran seine homosexuellen Neigungen in privater Weise zu leben“.²⁴²

Das Gericht knüpft in diesem Urteil – wie diverse vorangegangene Urteile dieser Untersuchung auch schon – ausdrücklich an die Argumentationslinie der Grundsatzentscheidung des BVerwG aus dem Jahre 1988 an und prüft die „irreversible Prägung“ des Klägers. Es kommt zu folgender Meinung:

„Dabei kann im vorliegenden Fall unterstellt werden, dass der Kläger irreversibel homosexuell ist und sich bei einer Rückkehr in den Iran homosexueller Betätigung nicht wird enthalten können (...)“.²⁴³

Das Gericht anerkennt zwar die Asyllageberichte des Auswärtigen Amtes (aus dem Jahr 2000) an, in denen bestätigt wird, dass „im Iran Todesurteile wegen Homosexualität vollstreckt“ werden, und „Repressionen wegen Homosexualität für möglich“ gehalten werden. Dennoch verneint das Gericht den Anspruch auf Flüchtlingsschutz, indem es sich der üblichen Argumentation bedient:

„Im Verborgenen sei ein Praktizieren der homosexuellen Veranlagung möglich. In Teheran existierten sogar Treffpunkte von Homosexuellen in öffentlichen Parks, die in den allgemein zugänglichen Quellen nicht genau bezeichnet würden, von denen aber auch heterosexuelle Iraner wüssten, wie das Orient-Institut durch Nachfrage bei heterosexuellen Personen im Iran erfahren hat“.²⁴⁴

Des Weiteren begründet das VG seine Beweisfindung und die Aufforderung, der Kläger möge seine sexuelle Orientierung verheimlichen, ausdrücklich auf die Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie:

„Schließlich vermag der Kläger nicht mit seinem Einwand durchzudringen, es sei ihm vor dem Hintergrund der Qualifikationsrichtlinie nicht zumutbar, sein Sexualleben im Iran lediglich nicht-öffentlich ausleben zu können. Denn während die Qualifikationsrichtlinie in den Artikeln 9 Abs. 1

²⁴² VG Düsseldorf, Urteil vom 11.3.2009, 5 K 1875/08.A., S. 4.

²⁴³ VG Düsseldorf, Urteil vom 11.3.2009, 5 K 1875/08.A., S. 9.

²⁴⁴ Ebd. S. 11.

und 3 i.V.m. 10 Abs. 1 lit. b) für die Frage relevanter Verfolgung aus religiösen Gründen auch die Verfolgung wegen der Teilnahme bzw. Nichtteilnahme an religiösen Riten im öffentlichen Bereich als Verfolgungshandlung definiert, fehlt gerade ein solcher Hinweis auf den öffentlichen Bereich für die hier im Raum stehende Verfolgung wegen der Zugehörigkeit des Klägers zu einer sozialen Gruppe, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Ausrichtung gründet (Art. 10 Abs. 1 lit. d) Sätze 1 und 2 Qualifikationsrichtlinie)“.²⁴⁵

Demnach vertritt das Gericht die Meinung, dass

„(...) der Kläger, soweit er sich homosexuell betätigen wird, dies zu seinem eigenen Schutz nicht öffentlich tun wird, und dass dieses Verhalten voraussichtlich den iranischen Strafverfolgungsbehörden nicht bekannt werden wird“.²⁴⁶

Das VG Düsseldorf stellt hier fest, dass die „sexuelle Orientierung“ von LGB-Personen im Iran die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe begründe, da sie aufgrund ihrer sexuellen Orientierung verfolgt werden. Diese Verfolgung sei jedoch im Sinne der QRL nicht relevant, da ein „Hinweis auf den öffentlichen Bereich für die hier im Raum stehende Verfolgung wegen der Zugehörigkeit des Klägers zu einer sozialen Gruppe, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Ausrichtung gründet“ in der QRL fehle. Es sei lediglich für die religiöse Verfolgung klargestellt, dass der Schutzbereich auch den öffentlichen Raum umfasse. Da ein entsprechender Hinweis zur sexuellen Orientierung nicht formuliert sei, könne auch keine Verfolgung aufgrund „seiner praktizierten homosexuellen Neigung“ im öffentlichen Bereich bestehen. Bedeutend ist hier, dass das Gericht „die Frage relevanter Verfolgung“ an dem Verfolgungsbegriff zu prüfen versucht und zu dem Schluss kommt, dass die Verfolgung nicht relevant sei, da ein „Hinweis“ im Sinne eines präzise definierten Verfolgungsbegriffes für die sexuelle Orientierung fehle. Das VG kommt zu dem Schluss, dass keine schwerwiegende Verletzung grundlegender Menschenrechte festzustellen sei.

Das OVG legte daraufhin, wie eingangs erwähnt, dem EuGH die Frage vor, ob die QRL auch den Kernbereich der Privatsphäre, das „forum internum“, schütze:

„Kann der homosexuelle Mensch darauf verwiesen werden, seine sexuelle Ausrichtung im Heimatland im Verborgenen auszuleben und nach außen nicht bekannt werden zu lassen?“²⁴⁷

²⁴⁵ VG Düsseldorf, Urteil vom 11.3.2009, 5 K 1875/08.A., S. 13.

²⁴⁶ Ebd.

²⁴⁷ OVG Münster, Bescheid v. 23.11.2010, 13 A 1013/09.A, Asylmagazin 2011,81; EuGH Rs. C-563/10, Kashayar Khavand/Bundesrepublik Deutschland, zitiert nach: Markard/Adamietz, Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand, 2011, S. 294.

Es war das erste Mal seit Inkrafttreten der QRL, dass ein nationales Gericht sich explizit mit einer Vorabfrage zur sexuellen Ausrichtung an den EuGH wandte. Das Vorabentscheidungsersuchen erledigte sich jedoch sogleich: Mit 15. Februar 2011 wurde der Vorlagebeschluss aufgehoben, nachdem dem Betroffenen der Flüchtlingsstatus gewährt wurde, weil der Europäische Gerichtshof ihn auf seiner Website namentlich genannt und dessen Homosexualität damit öffentlich gemacht hatte; die Frage der Diskretion stellte sich demnach nicht mehr.

Am 18. Januar 2012 wurde die Antwort der Bundesregierung auf eine dritte Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE zum Thema „Asylrechtlicher Umgang mit homosexuellen Flüchtlingen und der Einschränkung der sexuellen Vielfalt“ veröffentlicht.²⁴⁸ Die Abgeordneten stellen in den Vorbemerkungen erneut fest, dass die „äußerst restriktive Praxis von Behörden und Gerichten bei der Anerkennung des Schutzbedarfs homosexueller Asylsuchender“ im Lichte der EU-rechtlichen Vorgaben der Qualifikationsrichtlinie „eigentlich nicht mehr tragbar“ seien.²⁴⁹ Auf die nun zum dritten Mal seit (der ersten Kleinen Anfrage) 2006 gestellte Frage, inwieweit

„eine ‚Irreversibilität‘ der homosexuellen ‚Veranlagung‘ bzw. der vom körperlichen Geschlecht abweichenden sexuellen Identität nachgewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden müsse“²⁵⁰,

stellt die Bundesregierung – hier erstmals unionsrechtskonform hinsichtlich der QRL – fest:

„Der Asylbewerber muss glaubhaft machen, dass die begründete Furcht vor Verfolgung an seine tatsächliche oder vermeintliche Homosexualität anknüpft. Auf die Irreversibilität der Homosexualität kommt es im Rahmen der Anwendung der Qualifikationsrichtlinie nicht an“.²⁵¹

Auch die Frage,

„inwieweit (...) es zumutbar sei, die Homosexualität im Privaten bzw. im Verborgenen zu leben, um eine drohende Verfolgung zu vermeiden“,

wird erneut gestellt, bemerkenswert und neu ist allerdings die nun im gleichen Atemzug erfragte religiöse Verfolgung:

„(...) und welche entsprechenden Grundsätze gelten derzeit im Umgang mit religiösen Überzeugungen bzw. Praktiken“.²⁵²

²⁴⁸ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/8357 vom 18.01.2012.

²⁴⁹ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010, S. 2.

²⁵⁰ Ebd., S. 5.

²⁵¹ Ebd., S. 5.

Auf diese Frage antwortet die Bundesregierung ähnlich vage bzw. ausweichend wie bereits 2010, ohne das „Diskretionserfordernis“ explizit zu verneinen bzw. abzulehnen:

„Bei glaubhaft gemachter Homosexualität stellt das BAMF im Rahmen einer Prognoseentscheidung fest, ob eine Entdeckung der Homosexualität im Herkunftsland beachtlich wahrscheinlich ist und ob der Betreffende deshalb mit asylherheblicher Verfolgung rechnen muss. Für religiöse Überzeugungen bzw. Praktiken finden vergleichbare Grundsätze Anwendung“.²⁵³

Die Abgeordneten verweisen in den Vorbemerkungen der Anfrage u. a. auf (das oben vorgestellte, wieder eingestellte) Vorabentscheidungsersuchen des OVG Nordrhein-Westfalen vom 23. November 2010 an den EuGH (s. o.). Im Lichte der Entwicklungen seit 2012, in welcher der EuGH bzw. seine Auslegung und Interpretation der Qualifikationsrichtlinie maßgebend für grundlegende Veränderungen der bisherigen deutschen Spruchpraxis waren, soll hier abschließend eine letzte Frage der Abgeordneten und die entsprechende Stellungnahme der Bundesregierung beleuchtet werden:

„Inwieweit sind nach Ansicht der Bundesregierung Gerichtsurteile zeitbezogen und unter Berücksichtigung der Fortentwicklung der allgemeinen Wertvorstellungen (insbesondere über den Umgang mit Homosexualität) bzw. des internationalen Rechts zu deuten bzw. auszulegen, und was bedeutet dies konkret für die Anwendbarkeit (...) des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. März 1998“?²⁵⁴

Dazu führte die Bundesregierung hinsichtlich der europäischen Harmonisierung im Flüchtlingsrecht zutreffend aus:

„Gerichtsurteile verlieren allein durch Zeitablauf oder geänderte Wertvorstellungen weder ihre Rechtswirkung noch ist eine Umdeutung der jeweiligen Entscheidung möglich. Wenn eine grundsätzliche Rechtsfrage bereits höchstrichterlich entschieden worden ist, kann sie regelmäßig nur in einem weiteren höchstrichterlichen Verfahren erneut aufgeworfen und entschieden werden, es sei denn der Gesetzgeber regelt die Frage durch Gesetz (...) Die Entscheidung [des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. März 1988] betrifft ausschließlich die Gewährung der Asylberechtigung nach Artikel 16 Absatz 2 des Grundgesetzes (...) Die tragenden Gründe der Entscheidung sind bei der Feststellung der Asylberechtigung nach wie vor zu berücksichtigen. Für die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nach [GFK] kommt es dagegen nicht auf die genannte Entscheidung an. Insoweit gelten ausschließlich die (neueren) unionsrechtlichen Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie und ihre entsprechenden Umsetzungsnormen im deutschen Recht“.

²⁵² Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010, S. 4.

²⁵³ Ebd., S. 4.

²⁵⁴ Kleine Anfrage von DIE LINKE, Bundesdrucksache BT 17/1722 vom 18.05.2010, S. 6.

Diese Klarstellung seitens der Bundesregierung erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass die Qualifikationsrichtlinie bereits sechs Jahre in Kraft und somit anzuwenden ist, relativ spät. Bemerkenswert ist außerdem, dass sie hinsichtlich des Grundsatzurteils des BVerwG von 1988 und der aus jüngerer Sicht menschenrechtlich betrachtet fragwürdige Beweisfindung zur Glaubhaftmachung der Homosexualität bzw. der Begründung zur Asylanerkennung keine Notwendigkeit einer Distanzierung sieht. Demgegenüber distanzierten sich einige Verwaltungsgerichte bereits vor Jahren ausdrücklich von diesem Urteil.²⁵⁵

4.7. Deutschland und der EuGH – 2012

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) legte mit Beschluss vom 9. Dezember 2010 dem EuGH drei Fragen zur religiösen Verfolgung vor, die nachfolgend im Einzelnen durchleuchtet werden sollen.²⁵⁶ In den Ausgangsverfahren aus den Jahren 2003 und 2004 hatten zwei pakistanische Staatsangehörige, aktive Angehörige der Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft, geltend gemacht, wegen ihrer religiösen Aktivitäten durch die strengen Blasphemie-Gesetze Pakistans mit Gefängnisstrafen bzw. der Todesstrafe bedroht zu sein. Die islamische Bewegung wird in Pakistan für ihre Abweichung vom muslimischen Mehrheitsglauben sowohl von staatlicher als auch von privater Seite verfolgt.²⁵⁷ In Deutschland wird seit 1987 aufgrund eines – ebenfalls am Beispiel der Ahmadis entwickelten – Grundsatzurteils des BVerfG²⁵⁸ eine „traditionelle Asylrechtsdogmatik gepflegt, welche die Religionsfreiheit in einen Kernbereich, der ‚auf das Glaubensbekenntnis und auf Glaubensbetätigungen‘ im häuslichen und nachbarschaftlichen Bereich‘ beschränkt ist, und in einen weiteren Schutzbereich, der die ‚Glaubensausübung in der Öffentlichkeit‘ erfasst“, unterteilt. Mit dieser Konzeption der Religionsfreiheit weicht die deutsche Praxis von international anerkannten Normen ohne Bezeichnung eines nachvollziehbaren Grundes ab. Bis zu jener Vorlage wurde im deutschen Asylverfahren lediglich das „religiöse Existenzminimum“, der

²⁵⁵ U. a. VG München, 30. January 2007, M 21 K 04.51494; VG Frankfurt/Oder, 11. November 2010, VG 4 K 772/10.A.

²⁵⁶ BVerwG, Beschluss vom 9. Dezember 2010 – 10 C 19/09.

²⁵⁷ Markard (2013): Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der „Diskretion“, S. 76.

²⁵⁸ BVerfGE 76, 143, zitiert nach Reinhard Marx (2012): Verfolgung aus Gründen der Religion aus menschenrechtlicher Sicht, Anmerkungen zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 5. September 2012, Asylmagazin 10/2012, S. 327.

Kernbereich der religiösen Betätigung, geschützt.²⁵⁹ Dieser beinhaltet zwar ein kommunikatives Element, nämlich die religiöse Kommunikation (gemeinsames Gebet, Gottesdienst), allerdings ausschließlich jene, welche „abseits der Öffentlichkeit stattfindet“.²⁶⁰ Verfolgung gemäß § 16 GG lag daher nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht vor, „wenn die die Religionsfreiheit unterdrückenden Maßnahmen der Durchsetzung des ‚öffentlichen Friedens‘ unter verschiedenen, in ihrem Verhältnis zueinander möglicherweise ‚aggressiv-intoleranten Glaubensrichtungen‘ dienen und zu diesem Zweck etwa einer religiösen Minderheit untersagt wird, gewisse Merkmale, Symbole oder Bekenntnisformen in der Öffentlichkeit zu verwenden, obwohl sie für die Minderheit identitätsbestimmend sind.“²⁶¹

Im Lichte der Qualifikationsrichtlinie geriet diese Argumentationslinie der deutschen Gerichte in Begründungsnot, da gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. b QRL auch die öffentliche Ausübungsfreiheit Gegenstand des Verfolgungsgrundes der Religion ist. Angesicht dieser „spezifisch deutschen, weder in anderen Mitgliedstaaten noch international anerkannten Dogmatik“ hatte das BVerwG dem EuGH eine Reihe von Fragen vorgelegt, die sich im Wesentlichen auf drei Kernfragen zusammenfassen lassen²⁶²:

- Wann liegt eine Verfolgungshandlung vor?
- Ist die Freiheit der öffentlichen Glaubensbetätigung geschützt?
- Ist ein Verzicht auf die öffentliche Ausübungsfreiheit zwecks Vermeidung von Verfolgung zumutbar?²⁶³

In der ersten Vorlagefrage wollte das BVerwG ausgehend von seiner ständigen Rechtsprechung vom EuGH wissen, ob eine schwerwiegende Verletzung der Religionsfreiheit nur dann vorliegt, wenn ihr Kernbereich betroffen ist. Als Kernbereich identifizierte es dabei die Ausübungsfreiheit im privaten Bereich. Für das BVerwG liegt die von Art. 9 Abs. 1 lit. a QRL vorausgesetzte schwerwiegende Verletzung eines grundlegenden Menschenrechtes nur dann vor, wenn die Verfolgung der Religionsbetätigung im privaten Bereich gilt. Bereits gegen die Formulierung dieser Frage sprechen methodische Bedenken,

²⁵⁹ Marx, 2012, S. 327.

²⁶⁰ BVerfGE 76, 143 (159) zitiert nach Marx, 2012, S. 327.

²⁶¹ BVerfGE 76, 143 (160) zitiert nach Marx, 2012, S. 327.

²⁶² Marx 2012: 327.

²⁶³ EuGH (Gr. Kammer), Y und Z/Bundesrepublik, Rs. C-71/11 und C-99/11, Urteil vom 5.9.2012, ZAR 2012, 433 (m. Anm. Lübke) = InfAuslR 2012, 444, zitiert nach Reinhard Marx (2012): Verfolgung aus Gründen der Religion aus menschenrechtlicher Sicht, Anmerkungen zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 5. September 2012, Asylmagazin 10/2012, S. 327–334 (im Folgenden: EuGH, Y und Z).

weil das BVerwG nicht zwischen den tatbestandlichen Merkmalen der Verfolgung und den für diese maßgeblichen Gründen differenziert, sondern sich bei der Frage, ob Maßnahmen die erforderliche Schwere aufweisen, auf den verengten, lediglich privaten Schutzbereich der Religionsfreiheit bezieht und damit die Verfolgung selbst nach Maßgabe der Kriterien der Verfolgungsgründe definiert.²⁶⁴

Auf diesen methodischen Fehler weist der EuGH das BVerwG mit der Feststellung hin, dass nach Art. 9 Abs. 3 QRL zwischen der Verfolgung und den Verfolgungsgründen eine Verknüpfung bestehen²⁶⁵, also zunächst zwischen beiden getrennt werden muss. Was aber getrennt werden muss, muss auch jeweils eigenständig bestimmt werden. Es kann daher im Rahmen von Art. 9 QRL nicht auf eine „schwerwiegende Verletzung der Religionsfreiheit“ ankommen. Maßgebend ist bei der Verfolgung vielmehr, ob die Art und Weise der Repression eine schwerwiegende Verletzung eines „grundlegenden Menschenrechts“ (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. a QRL) unabhängig davon, ob damit auf das Recht des Betroffenen auf politische Betätigung, Meinungsfreiheit, auf sexuelle Orientierung oder Religionsfreiheit gezielt wird. Wird diese Frage bejaht, ist nach Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie im Rahmen der Anknüpfung danach zu fragen, ob damit ein geschützter Status des Betroffenen, etwa die Religionsfreiheit oder eben auch die sexuelle Orientierung getroffen werden soll.

Auf die Problematik der fehlenden methodischen Trennung von Verfolgungshandlung und Verfolgungsgrund in der deutschen Spruchpraxis ist im Zuge der Judikatur-Analyse und hinsichtlich der Formulierung der Vorlagefrage des OVG Nordrhein-Westfalen eingehend hingewiesen worden. Die Übertragbarkeit der Argumentationslinien von Fällen der religiösen Verfolgung zu Fällen der Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung führt dazu, dass die Problembereiche der Rechtsprechung nahezu deckungsgleich sind. Die Grundlage für den verfehlten methodischen Ansatz des BVerwG ist, dass es den in der deutschen Rechtsprechung 1987 entwickelten Ansatz, wonach nur die schwerwiegende Verletzung der Religionsfreiheit einen Asylanspruch begründet, zur Grundlage des Unionsrechts macht und darauf die Vorlagefragen beruhen. Diese deutsche Dogmatik weist der Gerichtshof mit der Feststellung zurück, dass bei der Bestimmung der Handlungen, die aufgrund ihrer Schwere verbunden mit den Folgen für den Betroffenen als Verfolgung gelten können, nicht darauf

²⁶⁴ Marx, Reinhard (2012): Handbuch zum Flüchtlingsschutz, § 21 Rdn. 25 ff., zitiert nach Marx 2012: 327.

²⁶⁵ Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 5. September 2012 in den verbundenen Rechtssachen C 71/11 und C 99/11, Y und Z, Rn. 55, zitiert nach Marx 2012: 328.

abgestellt werden darf, „in welche Komponente der Religionsfreiheit eingegriffen wird, sondern auf die Art der Repressionen, denen der Betroffene ausgesetzt ist“.²⁶⁶ Es ist damit für die Bestimmung der Verfolgung unerheblich, ob die Maßnahmen in die private oder öffentliche Glaubenspraxis eingreifen. Vielmehr kommt es auf die schwerwiegende Verletzung grundlegender Menschenrechte an.²⁶⁷ Unmissverständlich stellt der Gerichtshof klar, um konkret festzustellen, welche Handlungen als Verfolgung gelten können, sei es nicht angebracht, zwischen Handlungen, die in einen „Kernbereich“ („forum internum“) des Grundrechts auf Religionsfreiheit eingreifen sollten, der nicht die religiöse Betätigung in der Öffentlichkeit („forum externum“) erfassen solle, und solchen, die diesen „Kernbereich“ nicht berührten, zu unterscheiden.²⁶⁸

Diese Unterscheidung ist laut EuGH nicht vereinbar mit der weiten Definition des Religionsbegriffs in der Richtlinie, die alle Komponenten dieses Begriffs, ob öffentlich oder privat, kollektiv oder individuell, einbeziehe. Zu den Handlungen, die eine schwerwiegende Verletzung im Sinne der Richtlinie darstellen könnten, gehörten nicht nur gravierende Eingriffe in die Freiheit des Antragstellers, seinen Glauben im privaten Kreis zu praktizieren, sondern auch solche in seine Freiheit, diesen Glauben öffentlich zu leben.²⁶⁹ Dabei sei allerdings maßgebend, dass die öffentliche Ausübungsfreiheit kein Element des Verfolgungsbegriffs, sondern des Verfolgungsgrundes ist.²⁷⁰ „Ein Vierteljahrhundert gehegte Gewissheiten der deutschen Rechtsprechung sind unwiderruflich erschüttert und dürfen in Zukunft die Anerkennungspraxis nicht mehr bestimmen“.²⁷¹ In dieser Hinsicht ist die Entscheidung für die deutsche Rechtspraxis wegweisend. Andererseits ist die Entscheidung von einem unklaren Verfolgungsbegriff geprägt, was jedoch wenig verwundert angesichts der Tatsache, dass Diskriminierungen aufgrund der religiösen Orientierung sehr unterschiedliche Formen annehmen kann. Diese müssen jedoch schwerwiegend sein, um asylrelevant zu sein. Die Schwere einer Menschenrechtsverletzung kann daher nicht abschließend geregelt sein und wegen des jederzeit sich wandelbaren Charakters der Art und Schwere und Erscheinungsform der Repressionen auch nicht enumerativ geregelt werden.

²⁶⁶ EuGH, Y und Z, Rn. 65, zitiert nach Marx 2013: 328.

²⁶⁷ Marx 2013: 328.

²⁶⁸ EuGH, Y und Z, Rn. 62, zitiert nach Marx 2013: 328.

²⁶⁹ EuGH, Y und Z, Rn. 63, zitiert nach Marx 2013: 328.

²⁷⁰ Ebd.

²⁷¹ Marx 2013: 329.

Es bleibt daher die Frage offen, wie der Begriff der schwerwiegenden Menschenrechtsverletzung bestimmt werden kann.²⁷² Der Gerichtshof führt dazu aus:

„Die Religionsfreiheit ist eines der Fundamente einer demokratischen Gesellschaft und stellt ein grundlegendes Menschenrecht dar. Ein Eingriff in das Recht auf Religionsfreiheit kann so gravierend sein, dass er einem der in Art. 15 Abs. 2 EMRK genannten Fälle gleichgesetzt werden kann, auf die Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie als Anhaltspunkt für die Feststellung verweist, welche Handlungen insbesondere als Verfolgung gelten“.²⁷³

Damit verweist der EuGH auf den notstandsfesten Kern der Menschenrechte, zu denen insbesondere das Folterverbot nach Art. 3 EMRK sowie das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK gerechnet werden.²⁷⁴ Die Verfolgung nach Art. 9 Abs. 1 lit. a QRL muss laut EuGH folglich die begrifflichen Kriterien einer Foltermaßnahme oder einer unmenschlichen Behandlung oder Bestrafung erfüllen. Weniger schwerwiegende Beeinträchtigungen sind danach nicht erfasst.²⁷⁵

Während der Gerichtshof vorerst²⁷⁶ noch offen lässt, ob auch die Verletzung anderer als der notstandsfesten Rechte der EMRK „so gravierend“ sein kann, dass sie den Verfolgungsbegriff erfüllen, stellt er in den folgenden Ausführungen klar, dass nur solche gravierenden Verletzungen erfasst werden: Handlungen, die zwar das in Art. 10 Abs. 1 GRC anerkannte Recht auf Religionsfreiheit verletzen, aber nicht so gravierend seien, dass sie einer Verletzung der grundlegenden Menschenrechte gleichkämen, von denen gemäß Art. 15 Abs. 2 EMRK in keinem Fall abgewichen werden dürfe, könnten nicht als Verfolgung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie und Art. 1 A Nr. 2 GFK gelten.²⁷⁷ In Hinsicht auf den Kumulationsansatz gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. b QRL verweist der EuGH zwar an anderer Stelle, die an sich nicht schwerwiegenden Maßnahmen müssten jedoch insgesamt „so gravierend“ sein, dass der Antragsteller davon in „ähnlicher“ wie in der in Art. 9 Abs. 1 lit. a QRL beschriebenen Weise betroffen sei.²⁷⁸ Nicht jede religiöse Diskriminierung stellt daher notwendigerweise religiöse Verfolgung dar. Der Ansatz des Gerichtshofs, dass nicht jede Handlung, die gegen das in Art. 10 Abs. 1 GRC verankerte Recht auf Religionsfreiheit

²⁷² Marx 2013: 329.

²⁷³ EuGH, Y und Z, Rn. 57.

²⁷⁴ Marx 2013: 329.

²⁷⁵ Ebd.

²⁷⁶ EuGH, Y und Z, Rn. 57, zitiert nach Marx 2013: 329.

²⁷⁷ EuGH, Y und Z, Rn. 61, zitiert nach Marx 2013: 329.

²⁷⁸ EuGH, Y und Z, Rn. 54, zitiert nach Marx 2013: 329.

verstößt, eine Verfolgung darstellt²⁷⁹, bringt ein im Flüchtlingsrecht international weitgehend anerkanntes Prinzip zum Ausdruck.²⁸⁰ Der Verfolgungsbegriff schließt zwar konzeptionell alle Menschenrechte ein. Den Flüchtlingsschutz unterscheidet jedoch vom Menschenrechtsschutz, dass mit diesem nicht die ungehinderte größtmögliche Ausübungsfreiheit der Menschenrechte gewährt, sondern die Flüchtlingseigenschaft nur zuerkannt werden soll, wenn deren Verletzung ernsthaft genug ist.

Allgemein anerkannt ist, dass Bedrohungen von Leben und Freiheit stets als Verfolgung angesehen werden.²⁸¹ Dies liegt insbesondere dann vor, wenn Maßnahmen darauf gerichtet sind, die Angehörigen einer Religionsgemeinschaft physisch zu vernichten oder mit vergleichbar schweren Sanktionen, z. B. Austreibung oder Vorenthaltung elementarer Lebensgrundlagen, zu bedrohen.²⁸² Einigkeit besteht auch, dass schwerwiegende Diskriminierungen Rechtsverletzungen und damit Verfolgungen darstellen. Wann Diskriminierungen schwerwiegend sind, wird jedoch sehr unterschiedlich bewertet. Elementare Lebensgrundlagen können auch berührt werden, wenn der Zugang zu den normalerweise verfügbaren Bildungs- und Gesundheitseinrichtungen versperrt wird. Ob solche Diskriminierungsakte als schwerwiegende Diskriminierung gewertet werden können, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden werden.²⁸³ Der Begriff der Verfolgung ist damit ein unvermeidbares Element der Relativität immanent.²⁸⁴

Die Flüchtlingseigenschaft basiert zwar auf der Gefahr ernsthafter Schädigungen, setzt jedoch nicht tödliche Gefahren voraus. Das Konzept der „ernsthaften Schädigungen“ dient dem Zweck des Kumulationsansatzes. Die Verfasserinnen der Konvention wollten zusätzlich zum Entzug grundlegender bürgerlicher und politischer Rechte auch ernsthafte soziale und wirtschaftliche Rechtsverletzungen mit dem Konzept der Verfolgung auffangen.²⁸⁵ Für die Praxis bedeutsam ist der Hinweis des EuGH, dass alle Akte zu berücksichtigen sind, denen der Antragsteller ausgesetzt war oder ausgesetzt zu werden droht, um festzustellen, ob unter Berücksichtigung seiner persönlichen Umstände diese Handlungen als Verfolgung gelten

²⁷⁹ EuGH, Y und Z, Rn. 61, zitiert nach Marx 2013: 329.

²⁸⁰ Marx 2013: 330.

²⁸¹ Goodwin-Gill/McAdams, *The Refugee in International Law*, 2007, S. 132 zitiert nach Marx 2013: 330.

²⁸² BVerfGE 76, 143 (158) zitiert nach Marx 2013: 330.

²⁸³ UNHCR, *Richtlinien zum Internationalen Schutz: Anträge auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund religiöser Verfolgung*, Mai 2002, S. 7, zitiert nach Marx 2013: 330.

²⁸⁴ Goodwin-Gill/McAdams, *The Refugee in International Law*, 2007, S. 132, zitiert nach Marx 2013: 330.

²⁸⁵ Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 1991, S. 102 f., zitiert nach Marx 2013: 331.

können.²⁸⁶ Dabei ist nicht nur die Intensität und Dauer der Maßnahmen zu berücksichtigen, sondern auch deren Auswirkungen auf die Gesundheit, das Familienleben oder die Möglichkeit, am politischen Leben einer Gesellschaft teilzunehmen.²⁸⁷

Bei der Prüfung der Verfolgungsprognose hat die Behörde eine Reihe objektiver wie subjektiver Gesichtspunkte zu berücksichtigen.²⁸⁸ Nach Auffassung des Gerichtshofs ist der subjektive Umstand, dass „für den Betroffenen“ die Befolgung einer bestimmten religiösen Praxis in der Öffentlichkeit unverzichtbarer Teil seiner Identität sei, ein relevanter Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Größe der Verfolgungsgefahr, und zwar selbst dann, wenn die Befolgung einer solchen religiösen Praxis keinen zentralen Bestandteil für die betreffende Glaubensgemeinschaft darstellt.²⁸⁹ Damit macht der EuGH klar, dass im Zentrum der Feststellungspraxis der subjektiven Glaubensprägung die individuelle Glaubensüberzeugung des Asylsuchenden steht. Hierbei stützt er sich auf Art. 10 Abs. 1 lit. b QRL, aus der hervorgehe, dass der Verfolgungsgrund nicht nur diejenigen Verhaltensweisen, die von der Glaubenslehre angeordnet würden umfasse, sondern auch jene Verhaltensweisen Einzelner, die die Person für sich selbst als unverzichtbar empfinde, d. h. diejenigen Verhaltensweisen, „die sich auf eine religiöse Überzeugung stützen“.²⁹⁰

Obwohl Überzeugungen ein subjektives Merkmal sind und somit einer objektiven Bewertung nicht zugänglich, stellt die Prüfung der Glaubhaftigkeit der hierzu vorgebrachten Tatsachen sowie der Glaubwürdigkeit der Person des Antragstellers, ein grundlegendes Erfordernis im Asylverfahren dar. Der UNHCR gibt in seiner Leitlinie zur religiösen Verfolgung detaillierte Anwendungshilfen für die Prüfungspraxis: dabei gehe es um eine „sorgfältige Prüfung des individuellen Profils und der persönlichen Erfahrungen des Antragstellers, seiner religiösen Glaubensrichtung, Identität oder Lebensform, deren Bedeutung für diesen, der Auswirkungen der Einschränkungen auf diesen, des Wesens seiner Rolle und Aktivitäten innerhalb der Religionsgemeinschaft, der Frage, ob der Verfolger hiervon Kenntnis erlangt hatte oder erlangen wird und ob dies zu einer Behandlung führen könnte, die die Grenze zur Verfolgung überschreitet“.²⁹¹ Maßgebend bei der Prüfung ist hier aber allein, wie der Einzelne seinen

²⁸⁶ EuGH, Y und Z, Rn. 68, zitiert nach Marx 2013: 331.

²⁸⁷ Ebd.

²⁸⁸ EuGH, Y und Z, Rn. 70, zitiert nach Marx 2013: 332.

²⁸⁹ Ebd.

²⁹⁰ EuGH, Y und Z, Rn. 71, zitiert nach Marx 2013: 331.

²⁹¹ UNHCR, Richtlinien zum Internationalen Schutz: Anträge auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund religiöser Verfolgung, Mai 2002, S. 5-7, zitiert nach Marx 2013: 332.

Glauben lebt und welche Glaubensbetätigungen für ihn persönlich nach seinem Glaubensverständnis unverzichtbar sind. Von besonderer Bedeutung ist laut UNHCR, dass bei Überprüfungen des Kenntnisstandes einer Religion in jedem Fall die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass entsprechende Kenntnisse je nach sozialem, kulturellem und wirtschaftlichem Hintergrund, Bildungsstand, Alter und Geschlecht der betroffenen Person sehr stark variieren können.²⁹²

4.7.1. Go back and hide? – Der EuGH 2012 zur Unzumutbarkeit der Diskretion

Eine der größten Streitfragen in der Asylrechtsdebatte im Bereich religiöser Verfolgung zielt auf die Frage, ob es zumutbar sei, von Asylsuchenden zwecks Vermeidung der Verfolgung auf bestimmte Äußerungsformen der Religionsfreiheit zu verzichten.²⁹³ Diese Frage ist die am heftigsten umstrittene im Bereich der Verfolgung wegen sexueller Orientierung, wie im weiteren Verlauf der Urteilsdiskussion verdeutlicht werden soll. Das BVerwG hatte deshalb um Klärung gebeten und legte dem EuGH dazu folgende Frage vor:

„Liegt eine begründete Furcht vor Verfolgung im Sinne von Art. 2 Buchst. c der Richtlinie dann vor, wenn feststeht, dass der Antragsteller bestimmte – außerhalb des Kernbereichs liegende – religiöse Betätigungen nach Rückkehr in das Herkunftsland vornehmen wird, obwohl sie zu einer Gefahr für Leib, Leben oder physische Freiheit führen werden, oder ist es dem Antragsteller zuzumuten, auf solche künftigen Betätigungen zu verzichten?“²⁹⁴

Das BVerwG wies zur Begründung auf seine bisherige Rechtsprechung hin, laut der öffentliche Glaubensbetätigung nur dann geschützt sei, wenn der Asylsuchende im Herkunftsland bereits öffentlich seinen Glauben praktiziert habe und deshalb verfolgt worden sei. In dem Falle, dass er sich lediglich auf die Furcht vor Verfolgung aufgrund zukünftiger Betätigungen nach der Rückkehr in das Herkunftsland berufe, fehle es an der erforderlichen Unmittelbarkeit der Gefährdung. Denn die Realisierung der Gefahr hänge „noch von einer willensgesteuerten Handlung“ des Antragstellers ab, die sich nicht sicher prognostizieren lasse. Daher werde ihm laut ständiger Rechtsprechung zugemutet, die Gefahr zu vermeiden, soweit dadurch nicht der (private) Kernbereich seiner Religionsfreiheit verletzt werde.²⁹⁵

²⁹² Ebd.

²⁹³ Marx 2013: 332.

²⁹⁴ EuGH, Y und Z, Rn. 45.

²⁹⁵ BVerwGE 138, 270 (288) Rdn. 50, zitiert nach Marx 2013: 332.

Diese Argumentation macht deutlich, dass sich die Rechtsprechung „nicht von willensgesteuerten Handlungen des Einzelnen abhängig machen“ will.²⁹⁶ Das Grundsatzurteil des BVerwG von 1987, welchem die deutsche Verwaltungsrechtsprechung in Asylfällen zur religiösen Verfolgung bis ins Jahr 2012 folgte, weist hier signifikante Parallelen zur (bereits einleitend zur Judikatur-Analyse dargestellten) Leitentscheidung des BVerwG (1988) zur Verfolgung wegen sexueller Orientierung auf. In beiden Urteilen geht das BVerwG davon aus, dass ein nicht vorverfolgter Asylsuchender durch Anpassung seines eigenen Verhaltens an die Gegebenheiten im Heimatland grundsätzlich einem (eventuell möglichen) Risiko zukünftiger Verfolgung auszuweichen. Das BVerwG geht davon aus, dass der flüchtlingsrechtliche Schutzbereich ausschließlich das sog. *forum internum*“ umfasse, den unentziehbaren Kernbereich der Privatsphäre, den der (religiöse) Mensch zu seinem Leben- und Bestehenkönnen als sittliche Person benötige.²⁹⁷ Zur Verfolgung aufgrund sexueller Orientierung wurde für die Rückkehrprognose eine „unentrinnbare schicksalhafte Festlegung“ auf homosexuelles Verhalten verlangt. Diesem konstruierten Konzept von Homosexualität zufolge wurde bis ins Jahr 2013 homosexuelle Orientierung oder Neigung allein, „der nachzugeben mehr oder weniger im Belieben des Betreffenden steht“²⁹⁸, die für die Identität des Betroffenen prägend ist (Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) RL 2004/83/EG) und sich auf die allgemein anerkannte Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung (Art. 8 Abs. 1 EMRK) berufen kann²⁹⁹, nicht anerkannt. Als Konsequenz der hier dargestellten Rechtsprechung des EuGH wurde bereits 2012 ersichtlich, dass die Anerkennung sexueller Orientierung als ein weiteres identitätsstiftendes Merkmal einer bestimmten sozialen Gruppe durch den EuGH Klärung finden würde.³⁰⁰ Ein am 27. April 2012 eingegangenes Vorabentscheidungsersuchen des niederländischen Raad van State zur Klärung des flüchtlingsrechtlichen Schutzrahmens von Asylsuchenden wegen Verfolgung aufgrund sexueller Orientierung war zum Zeitpunkt des EuGH-Urteils zur religiösen Verfolgung bereits anhängig und soll nachfolgend im Einzelnen analysiert werden. Das BVerwG hatte in seinem Vorlagebeschluss zum hier analysierten Urteil bereits seine eigenen Zweifel (welche das Gericht ursprünglich zu dem Vorabentscheidungsersuchen bewogen hatten) an der Einschränkung des Flüchtlingsschutzes

²⁹⁶ Marx 2013: 332.

²⁹⁷ BVerfGE 76, 143 (158f.) zur Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft zitiert nach Markard 12/2013: 404.

²⁹⁸ BVerwG Urteil vom 17.10.1989 -9 C 25/89 Rn. 12 zitiert nach Marx 2013: 333.

²⁹⁹ EGMR, HRLJ 1992, 358 ((361) (§ 44)) – B. v. France; s. hierzu ausführlich Marx, Flüchtlingsschutz, a. a. O. (Fn. 4), § 24 Rdn. 6 ff. zitiert nach Marx 2013: 333.

³⁰⁰³⁰⁰ Marx 2013: 333; Markard 2013a: 74.

durch die Konzeption eines Kernbereiches („forum internum“) geäußert. Dabei bezog sich das es sich im Lichte der jüngsten Entwicklungen ausdrücklich auf die Neuerungen in der britischen Praxis zum flüchtlingsrechtlichen Schutz der sexuellen Orientierung.³⁰¹

„Nach einem neueren Urteil des Supreme Court of the United Kingdom betreffend die Verfolgung wegen Homosexualität kann auch ein erzwungener Verzicht auf die öffentliche Praktizierung der Sexualität zur Flüchtlingsanerkennung führen (Urteil vom 7. Juli 2010, HJ (Iran) (FC) v. Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 31 Rn. 82). Komme ein Gericht zu dem Ergebnis, dass ein maßgeblicher Grund für das diskrete Leben des Asylbewerbers nach Rückkehr die Furcht vor Verfolgung ist, die sich aus einer offenen Praktizierung seiner Sexualität ergäbe, sei seine Furcht vor Verfolgung begründet. Überträgt man die vorgenannte Rechtsprechung auf Beschränkungen der öffentlichen Betätigung der Religionsfreiheit, könnten sie als Verfolgungshandlungen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/83/EG zu werten sein, wenn es sich um schwerwiegende Eingriffe handelte und der Ausländer deshalb auf die Ausübung seines Glaubens in der Öffentlichkeit verzichten würde.“

Das BVerwG sieht hier bereits die Möglichkeit der Übertragung eines Prüfungsmaßstabes zur Verfolgungsprognose der Verfolgung wegen sexueller Orientierung auf Fälle zur religiösen Verfolgung. Im Umkehrschluss lässt sich daraus schließen, dass die Klärung des EuGH zur Anwendung der Qualifikationsrichtlinie bei Fällen religiöser Verfolgung konsequenterweise Auswirkungen auf die Anerkennungspraxis zur sexuellen Orientierung im Asylrecht hat.

Die deutsche Reaktion auf das Urteil folgte prompt, seitens des BAMF. Sie kann als Anerkennung der Übertragungsmöglichkeit der Feststellungen des EuGH-Urteils vom 5. September 2012 gewertet werden: Die vom MdB Volker Beck im Dezember 2012 an den Präsidenten des BAMF gestellte Frage, ob es von einem Menschen verlangt werden kann, seine sexuelle Orientierung geheim zu halten, um dadurch der Verfolgung zu entgehen, wurde am 27. Dezember 2012 mit einem klaren „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“.³⁰²

Das BAMF stellte dazu weiter fest, es erfolge ab sofort „kein Verweis auf gefahrenvermeidendes, diskretes Verhalten mehr“.³⁰³

³⁰¹ BVerwGE 138, 270 (289) Rn. 53 zitiert nach Marx 2013: 333.

³⁰² Schreiben des BAMF vom 27.12.2012 an MdB Volker Beck, zitiert nach: Markard (2013a): Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der „Diskretion“, S. 74, abrufbar unter <http://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Recht/BAMF-121227.pdf> (Stand: 23.1.2014)

Inwiefern die Entscheidung zur religiösen Verfolgung Parallelen zur Verfolgung wegen Homosexualität aufweist, und was dieses neue Urteil für die zukünftige Praxis von LGB-Fällen bedeuten kann, soll anhand des entsprechenden EuGH-Urteils nachfolgend im Einzelnen dargestellt werden.

5. Das EuGH-Urteil vom 7. November 2013

„Wer ‚A‘ sagt, muss auch ‚B‘ sagen, heißt es“³⁰⁴: Wenn von Anhängern einer religiösen Minderheit nicht verlangt werden kann, Glaubensbetätigungen ausschließlich auf den privaten Bereich zu beschränken, kann auch nicht von Homosexuellen verlangt werden, ihre sexuelle Orientierung lediglich auf den häuslichen Bereich zu beschränken.³⁰⁵

Der EuGH hat hier erstmals im Bereich von Asylrechtsfragen zur Verfolgung wegen sexueller Orientierung explizit Stellung bezogen, zur Frage der Gruppenzugehörigkeit Homosexueller, der Unzulässigkeit des sogenannten „Diskretionserfordernisses“, sowie der Verfolgungsdefinition hinsichtlich der Bestrafung homosexueller Handlungen.³⁰⁶

Bei dem Vorabentscheidungsersuchen des Raad van State (letztinstanzliches niederländisches Berufungsgericht) geht es um drei junge, männliche Antragsteller aus Sierra Leone (X), Uganda (Y) und Senegal (Z), deren Homosexualität nicht bezweifelt wurde. Die Antragsteller machten geltend, wegen der strafrechtlichen Lage in ihren Heimatländern begründete Angst vor Verfolgung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung zu haben und suchten daher um Asyl an. Sie behaupteten insbesondere, dass sie wegen ihrer sexuellen Ausrichtung Opfer gewalttätiger Reaktionen ihrer Familien und ihres Umfelds oder von Repressionen seitens der Behörden in ihren Herkunftsländern geworden seien.³⁰⁷ Mit Ministerentscheidungen des niederländischen Einwanderungs- und Asylministers wurden alle drei Klagen nicht stattgegeben und der Antrag auf vorläufige Aufenthaltserlaubnis (Asyl) abgelehnt. Die

³⁰³ Auskunft gegenüber der taz, vgl. Wrusch, Kein Zwang zum Versteck, taz vom 3.2.2013, abrufbar unter <http://www.taz.de/!110294/>

³⁰⁴ EuGH, Minister voor Immigratie en Asiel/X und Y und Z/Minister voor Immigratie en Asiel, Rs. C-199/12, C-200/12 und C-201/12, Urteil vom 7.11.2013 (im Folgenden X, Y und Z, zitiert nach Markard (2013b): EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund – Zur Entscheidung „X, Y und Z gegen Minister voor Immigratie en Asiel“ vom 7.11.2013, Asylmagazin, 12/2013, S. 402.

³⁰⁵ Markard (2013b): EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund – Zur Entscheidung „X, Y und Z gegen Minister voor Immigratie en Asiel“ vom 7.11.2013, Asylmagazin, 12/2013, S. 402.

³⁰⁶ Markard (2013b): EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund – Zur Entscheidung „X, Y und Z gegen Minister voor Immigratie en Asiel“ vom 7.11.2013, Asylmagazin, 12/2013, S. 402.

³⁰⁷ X, Y und Z, Rn. 24-25.

Begründung des Ministers, die von ihnen jeweils vorgetragene Verfolgungsgeschichte sei nicht glaubhaft, denn sie „hätten die Tatsachen und Umstände, auf die sie sich berufen, nicht hinreichend nachgewiesen und daher nicht dargetan, dass sie Grund zur Befürchtung hätten, verfolgt zu werden“³⁰⁸, hatte vor den gerichtlichen Instanzen Bestand. Das erstinstanzliche Gericht, die rechtbank‘-s-Gravenhage rügte jedoch, der Minister sei bei der hieraus abgeleiteten negativen Verfolgungsprognose nicht hinreichend auf die Strafbarkeit homosexueller Handlungen in den Herkunftsstaaten der Beschwerdeführer X und Y eingegangen. In Sierra Leone und Uganda droht im Höchstfall eine lebenslange Freiheitsstrafe, während im Senegal eine Geldstrafe sowie eine Freiheitsstrafe von einem bis fünf Jahren verhängt werden kann.³⁰⁹ Laut der niederländischen Verwaltungsanordnung (Ausländerrunderlass) von 2000 wird vorgesehen, dass die bloße Strafbarkeit homosexueller Handlungen allein noch keine Verfolgung darstelle. Vielmehr müsse eine Strafe von besonderer Schwere für den jeweiligen Antragsteller auch tatsächlich zu befürchten sein. Während die Anordnung auch klarstellte, dass ein verfolgungsvermeidendes Verbergen der sexuellen Orientierung im Heimatland nicht verlangt werden dürfe, argumentierte der Minister vor dem Raad van State, umgekehrt doch bedeute dies nicht, dass es ihnen freistehen müsse, ihre sexuelle Orientierung in gleicher Weise öffentlich auszuleben wie in den Niederlanden.³¹⁰

Der Minister machte geltend, dass zwar von den Antragstellern nicht erwartet werde, dass sie ihre sexuelle Ausrichtung in ihren jeweiligen Herkunftsländern verbergen, doch bedeute dies nicht, dass es ihnen freistehen müsse, sich in gleicher Weise öffentlich auszuleben wie in den Niederlanden. Der Raad van State stellte außerdem fest, dass zwischen den Beteiligten der Ausgangsverfahren Streit darüber besteht, inwieweit das Ausleben einer sexuellen Ausrichtung, wie sie X, Y und Z gemeinsam sei, von den Art. 9 und 10 der Richtlinie geschützt werde.³¹¹

Daraufhin hat er das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1) Bilden Ausländer mit einer homosexuellen Ausrichtung eine bestimmte soziale Gruppe im Sinne von Art. 10 abs. 1 lit. d der Richtlinie?

³⁰⁸ X, Y und Z, Rn. 28.

³⁰⁹ Ebd., Rn. 26.

³¹⁰ X, Y und Z, Rn. 35.

³¹¹ X, Y und Z, Rn. 37.

2) Falls Frage 1 zu bejahen ist: Welche homosexuellen Handlungen fallen in den Geltungsbereich der Richtlinie und kann dies, wenn wegen dieser Handlungen eine Verfolgung stattfindet und die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, zur Zuerkennung des Flüchtlingsstatus führen? Diese Frage umfasst nachfolgende Teilfragen:

- a) Kann von homosexuellen Ausländern erwartet werden, dass sie ihre sexuelle Ausrichtung in ihrem jeweiligen 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?
- 3) Stellt allein schon die Tatsache, dass homosexuelle Handlungen nach dem Offences against the Person Act von 1861 von Sierra Leone, dem Penal Code 1950 von Uganda und dem Code Pénale von Senegal unter Strafe gestellt und mit einer Freiheitsstrafe bedroht sind, eine Verfolgungshandlung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Buchst. a in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie dar? Falls nein: Unter welchen Umständen ist dies dann der Fall?³¹²

5.1. Frage 1: Homosexualität als Merkmal einer bestimmten sozialen Gruppe

Unter den fünf anerkannten Verfolgungsgründen der GFK gilt der Konventionsgrund der bestimmten sozialen Gruppe als der am wenigsten klare für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft.³¹³ Wie bereits im Kapitel zur sozialen Gruppe erwähnt, haben sich international zwei wesentliche, konkurrierende Ansätze durchgesetzt: Erstens das Erfordernis eines identitätsprägenden „geschützten Merkmals“ und zweitens die „soziale Wahrnehmung“ als Gruppe, welche in der Qualifikationsrichtlinie (QRL) kumuliert aufgegriffen werden (Art. 10 Satz 1 Abs. 1 lit. d QRL).³¹⁴

³¹² X, Y und Z, Rn. 37.

³¹³ Richtlinien zum Internationalen Schutz „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, HCR/GIP/02/02, 7. Mai 2002, Rn. 1.

³¹⁴ Ebd., Rn. 12; vgl. Markard (2013b): 403.

Dessen ungeachtet verwundert die erste Vorlagefrage des Raad van State, denn sie kann unmittelbar mit Blick in die Qualifikationsrichtlinie bejaht werden. Denn Satz 2 stellt klar, dass das Merkmal der „sexuellen Orientierung“ je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland eine bestimmte soziale Gruppe definieren könne. Der EuGH beantwortet diese Frage dementsprechend klar, verweist diesbezüglich sicherheitshalber ausdrücklich auf die beiden anerkannten Kriterien zum Bestehen einer sozialen Gruppe.

Es stehe „fest, dass die sexuelle Ausrichtung einer Person ein Merkmal darstellt, das so bedeutsam für ihre Identität ist, dass sie nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten“. Damit wird auch der früheren deutschen Rechtsprechung eine Absage erteilt, die mehrheitlich die sexuelle Orientierung nur dann als schützenswert ansah, wenn die sexuelle Orientierung für die jeweilige Person „unveränderbar“ war.³¹⁵

Insoweit sei anzuerkennen,

„dass das Bestehen strafrechtlicher Bestimmungen (...), die spezifisch Homosexuelle betreffen, die Feststellung erlaubt, dass diese Personen eine abgegrenzte Gruppe bilden, die von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird“.³¹⁶

Bemerkenswert ist an dieser Stelle auch, dass der EuGH die bestimmte soziale Gruppe nicht von vornherein so eng beschreibt, dass sie ausschließlich Personen erfasst, für die auch eine Verfolgungsgefahr aufgrund der Gruppenzugehörigkeit zu bejahen ist. Richtigerweise betrachtet der EuGH an dieser Stelle die Verfolgungshandlung und den Verfolgungsgrund getrennt voneinander, also die individuelle Gefahr, Opfer einer Rechtsverletzung mit Verfolgungscharakter zu werden („well-founded fear of being persecuted“), gegenüber der dafür ursächlichen Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe („for reasons of ... membership of a particular social group“) als eigenes Tatbestandsmerkmal, das erst in einem zweiten Schritt zu prüfen ist.³¹⁷ Das eine gemeinsame Prüfung dieser beiden Verfolgungselemente dem System der Flüchtlingsdefinition widerspreche und „zirkulär“ wäre, hatte der EuGH bereits in seinem Urteil zur religiösen Verfolgung angeführt. Er stellt hier vielmehr explizit fest, dass die sexuelle Orientierung aufgrund des Menschenrechts auf sexuelle Selbstbestimmung fundamentale Bedeutung hat, und somit den unverzichtbaren Merkmalen zuzurechnen ist. Die homosexuelle Orientierung erfüllt also stets das Erfordernis

³¹⁵ Vgl. dazu Markard 2013a: 75 f., zitiert nach Markard 2013b: 403.

³¹⁶ X, Y und Z, Rn. 46-48.

³¹⁷ Markard 2013b: 403.

des „geschützten Merkmals“.³¹⁸ Gleichwohl ist anzunehmen, dass Homosexuelle in Gesellschaften, in denen keine Strafvorschriften existieren, doch Diskriminierungen erleben, als andersartige soziale Gruppe betrachtet werden, sodass auch das Erfordernis der Gruppenkonstituierung aufgrund der „sozialen Wahrnehmung“ erfüllt sein dürfte.³¹⁹

5.2. Frage 2: Keine „Diskretion“ als „innere Fluchtalternative“

Des Weiteren fragte der Raad van State den EuGH, ob von einem Antragsteller verlangt werden könne, seine sexuelle Orientierung zur Verfolgungsvermeidung zu verheimlichen, oder sie zumindest in einer zurückhaltenden Art zu leben und ob dies gegebenenfalls stärker von Homosexuellen verlangt werden könne, als dies von Heterosexuellen erwartet werde.³²⁰ Fraglich ist, warum dies angesichts des eindeutigen Runderlasses von 2000 entscheidungserheblich gewesen sein soll. Möglich wäre, dass der Raad van State diese Frage hier für das OVG Nordrhein-Westfalen stellen wollte, das - wie oben bereits dargelegt - 2010 vergeblich um eine Klärung durch den EuGH bat, da sich die Frage der „Diskretion“ durch die Veröffentlichung des Namens des Klägers auf der Website des Gerichtshof erledigt hatte.³²¹

Hinsichtlich der Frage zur Diskretion konnte der Gerichtshof auf seine umfassenden Ausführungen im Urteil in der Sache Y und Z/Deutschland zurückgreifen, indem es um den Schutz für öffentliche religiöse Betätigung ging.³²² Wie bereits in der Fall-Analyse oben dargestellt, hatte der EuGH in diesem Urteil die deutsche Beschränkung des Schutzes auf das sogenannte „forum internum“, den unentziehbaren Kernbereich der Privatsphäre, den der religiöse Mensch zu seinem Leben-und Bestehenkönnen als sittliche Person benötige³²³, klar zurückgewiesen. Dem BVerwG hatte der EuGH somit geantwortet, zur Ermittlung des Verfolgungscharakters könne eine Unterscheidung zwischen „forum internum“ und „forum externum“ nicht relevant sein.³²⁴ Zu prüfen sei vielmehr, ob die tatsächliche Gefahr

³¹⁸ Markard 2013b: 404.

³¹⁹ Ebd.

³²⁰ Vgl. Markard/Adamietz 2011: 294-302 zitiert nach Markard 2013b: 404.

³²¹ OVG Nordrhein-Westfalen, Vorlagebeschluss vom 23.11.2010 – 13 A 1013/09.A, Rs. C-563/10, Kashayar Khavand/Bundesrepublik Deutschland, ASYLMAGAZIN 2011, 81; Beschluss vom 15.2.2011 – 13 A 1013/09.A, zitiert nach Markard 2013b: 404.

³²² EuGH (Gr. Kammer), Y und Z/Bundesrepublik, Rs. C-71/11 und C-99/11, Urteil vom 5.9.2012, zitiert nach Markard 2013b: 402.

³²³ BVerfGE 76, 143 (158 f.) zur Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft zitiert nach Markard 2013b: 404.

³²⁴ Ebd.

repressiver Verfolgungshandlungen in der individuellen Lage des Antragstellers anzunehmen sei.³²⁵ Im Lichte dieser Argumentation konnte als logische Konsequenz nichts anderes für die sexuelle Orientierung gelten. Es werde zwar in Art. 10 Abs. 1 QRL in lit. d anders als in lit. b die öffentliche Betätigung nicht ausdrücklich erwähnt, doch seien lediglich jene Handlungen vom Schutzbereich ausgenommen, die in den EU-Mitgliedstaaten verboten sind. Abgesehen davon biete der Wortlaut

„keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Unionsgesetzgeber bestimmte andere Arten von Handlungen oder Ausdrucksweisen im Zusammenhang mit der sexuellen Ausrichtung vom Geltungsbereich dieser Bestimmung ausnehmen wollte“.³²⁶

Aus dem Mangel einer expliziten Formulierung zum Schutz öffentlicher Handlungen der sexuellen Orientierung, dürfe jedoch nicht im Umkehrschluss angenommen werden, dass daher kein Schutz geboten werden müsse.³²⁷ Es würde vielmehr

„der Anerkennung eines für die Identität so bedeutsamen Merkmals, dass die Betroffenen nicht gezwungen werden sollten, auf es zu verzichten, [widersprechen] wenn von den Mitgliedern einer sozialen Gruppe, die die gleiche sexuelle Ausrichtung haben, verlangt wird, dass sie diese Ausrichtung geheim halten“.³²⁸

Es könne daher

„nicht erwartet werden, dass ein Asylbewerber seine Homosexualität in seinem Herkunftsland geheim hält, um eine Verfolgung zu vermeiden“.³²⁹

Im Hinblick zur Zurückhaltung kommt der EuGH zur gleichen Erkenntnis und verweist hier auch auf seine Ausführungen zur religiösen Verfolgung im Urteil von 2012:

„Keine dieser Regeln deutet darauf hin, dass bei der Beurteilung der Frage, wie groß die Gefahr ist, dass der Betreffende tatsächlich Verfolgungshandlungen in einem bestimmten Kontext erleiden wird, berücksichtigt werden müsste, ob der Antragsteller die Gefahr einer Verfolgung möglicherweise dadurch vermeiden kann, dass er beim Ausleben einer sexuellen Ausrichtung als Mitglied einer bestimmten sozialen Gruppe Zurückhaltung übt (vgl. entsprechend Urteil Y und Z, Randnr. 78).

Daher muss dem Betroffenen die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 13 der Richtlinie zuerkannt werden, wenn nachgewiesen ist, dass nach seiner Rückkehr in sein Herkunftsland seine

³²⁵ EuGH, Y und Z, Rn. 76-79 zitiert nach Markard 2013b: 404.

³²⁶ EuGH, X, Y und Z (a. a. O., Fn. 2), Rn. 67, zitiert nach Markard 2013b: 404.

³²⁷ EuGH, X, Y und Z (a. a. O., Fn. 2), Rn. 67.

³²⁸ EuGH, X, Y und Z (a. a. O., Fn. 2), Rn. 70.

³²⁹ Ebd., Rn. 71.

Homosexualität ihn der tatsächlichen Gefahr einer Verfolgung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie aussetzt. Dass er die Gefahr dadurch vermeiden könnte, dass er beim Ausleben seiner sexuellen Ausrichtung größere Zurückhaltung übt als eine heterosexuelle Person, ist insoweit unbeachtlich“.³³⁰

Die Frage nach einem eventuellen Kernbereich erübrigt sich damit. Um Missverständnissen vorzubeugen, widmet sich der EuGH dieser Frage – mit erneutem Hinweis auf „Y und Z“ – dennoch. Er stellt fest, dass für die Frage der Verfolgung nach Art. 9 abs. 1 QRL

„die Unterscheidung zwischen Handlungen, die in den Kernbereich des Auslebens einer sexuellen Ausrichtung – sofern ein solcher erkennbar ist – eingreifen und solchen, die dies nicht tun, unerheblich (...)“ sei.³³¹

5.3. Tatsächlich verhängte Freiheitsstrafe stellt Verfolgung dar

„Die Antwort auf den Verfolgungscharakter der Bestrafung homosexueller Handlungen, die der EuGH in seinem Urteil vorzog, ist damit klar: Freiheitsstrafen sind Verfolgung“.³³² Als Verfolgung gilt eine Handlung gemäß Art. 9 Abs. 1 QRL, wenn sie aufgrund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend ist, dass sie eine schwere Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellt, insbesondere der nicht derogierbaren, also absoluten Rechte, von denen auch unter den Bedingungen eines Krieges oder eines Notstands nicht abgewichen werden darf (Art. 15 EMRK).³³³ Daneben können allerdings auch niedrigschwelligere Maßnahmen in ihrer Kumulation die Intensitätsschwelle schwerer Menschenrechtsverletzungen erreichen. Damit bestätigt die Qualifikationsrichtlinie die Bindung des Verfolgungsbegriffs an die internationalen Menschenrechte, wie sie insbesondere in der EMRK enthalten sind.³³⁴

Eine wegen homosexueller Handlungen tatsächlich verhängte Freiheitsstrafe erfüllt diesen Standard zweifellos. Sie „verstößt nämlich gegen Art. 8 der EMRK, dem Art. 7 der Charta [der Grundrechte] entspricht, und stellt eine unverhältnismäßige oder diskriminierende Bestrafung“ i. S. d. Art. 9 Abs. 2 lit. c QRL dar.³³⁵

³³⁰ Ebd., Rn. 74f.

³³¹ Ebd., Rn. 78.

³³² Markard 2013b: 405.

³³³ Ebd.

³³⁴ Ebd.

³³⁵ X, Y und Z, Rn. 57, zitiert nach Markard 2013b: 405.

5.4. Strafbarkeit allein als Verfolgung?

Der Raad van State fragt den EuGH allerdings explizit, ob bereits die Strafbarkeit homosexueller Handlungen allein Verfolgung darstelle, oder welche zusätzlichen Umstände andernfalls erforderlich seien.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in den vergangenen Jahrzehnten bereits wiederholt festgestellt, „dass auch die bloße Existenz von Strafnormen menschenrechtlich problematisch ist, wenn es sich um freiwillige sexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen handelt“.³³⁶ Diese Rechtsprechungslinie wird in zwei weiteren Grundsatzentscheidungen, „Norris“ und „Sutherland“, in denen die Beschwerdeführer nicht nach den betreffenden Strafnormen verurteilt worden waren, bestätigt.³³⁷ Die Strafbarkeit sei mit Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) unvereinbar und die schädlichen Auswirkungen ihrer bloßen Existenz auf das Leben einer Person mit homosexueller Orientierung überwiegen gegenüber den Rechtfertigungsgründen für eine solche Strafnorm.³³⁸

Demzufolge stellt laut EGMR die Strafbarkeit einverständlicher homosexueller Handlungen zwischen Erwachsenen an sich – und nicht nur die Bestrafung im Einzelfall – eine Verletzung des Menschenrechts auf Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK dar. Die Frage nach Verfolgungserheblichkeit ist damit jedoch noch nicht abschließend beantwortet. Denn asylrelevante Verfolgungsstärke erreicht eine Menschenrechtsverletzung erst ab einer gewissen Intensität. Nach Art. 9 QRL ist hierfür die Schwere, Art oder Wiederholung der Verletzung oder das Zusammenwirken niedrighwelliger Beeinträchtigungen maßgebend.³³⁹

Grundsätzlich kommen hierfür auch im Flüchtlingsschutz alle Menschenrechte in Betracht. Allerdings richtet sich der EuGH vorliegend an der Wertung des Art. 9 Abs. 1 lit. a QRL, wonach als Verfolgungshandlungen „insbesondere“ Verletzungen der nicht-derogierbaren Menschenrechte nach Art. 15 Abs. 2 EMRK gelten. Der EuGH weist hier ausdrücklich darauf hin,

³³⁶ Markard 2013b: 405.

³³⁷ EGMR, Norris/Irland, Beschwerde Nr. 10581/83 (1988); EKMR, Sutherland/Vereinigtes Königreich, Bericht Nr. 25186/94 (1997); zitiert nach Markard 2013b: 406.

³³⁸ EGMR, Dudgeon/Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 7525/76 (1981); darauf basierend US Supreme Court, Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), Markard 2013b: 406.

³³⁹ Markard 2013b: 406.

„dass die Grundrechte, die spezifisch mit der (...) sexuellen Orientierung verbunden sind – wie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens das durch Art. 8 der EMRK (...), gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 14 der EMRK (...) gestützt ist –, nicht zu den Grundrechten gehören, von denen keine Abweichung möglich ist“.³⁴⁰

Ohne weiterführende Erläuterungen schließt der EuGH daher, dass

„das bloße Bestehen von Rechtsvorschriften, nach denen homosexuelle Handlungen unter Strafe gestellt sind, nicht als Maßnahme betrachtet werden [könnten], die den Antragsteller in so erheblicher Weise beeinträchtigt, dass der Grad an Schwere erreicht ist, der erforderlich ist, um diese Strafbarkeit als Verfolgung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie ansehen zu können“.³⁴¹

„Die tatsächliche Verhängung“ kann demgegenüber „für sich alleine eine Verfolgungshandlung (...) darstellen“.³⁴² Daher läge es an den Behörden, „im Rahmen ihrer Prüfung der Ereignisse und Umstände nach Art. 4 [QRL] alle das Herkunftsland betreffenden relevanten Tatsachen einschließlich der Rechts- und Verwaltungsvorschriften dieses Landes und der Weise, in der sie angewandt werden, zu prüfen“, um zu ermitteln, ob eine Bestrafung mit Verfolgungsstärke tatsächlich zu befürchten sei.³⁴³

Diese Prüfung ist laut der Rechtswissenschaftlerin Markard „unbefriedigend kurz“.³⁴⁴ Denn „[d]er Umstand, dass ein Recht nicht-derogierbar ist, mag aufgrund der besonderen Bedeutung, die damit ausgedrückt ist, die Verfolgungsintensität indizieren“. Umgekehrt könne jedoch „die Derogierbarkeit des Rechts nicht bedeuten, dass die Verfolgungsintensität nicht weiter geprüft werden [müsse]“.³⁴⁵ Es gelte vielmehr zu prüfen, „ob die Beeinträchtigungen des Privatlebens, die mit der Strafbarkeit bestimmter sexueller Verhaltensweisen einhergehen, im Lichte des menschenrechtlichen Schutzes als nicht hinnehmbar“ einzuordnen seien.³⁴⁶ Der EuGH erlaube sich hier eine Abkürzung, die einen notwendigen weiteren Prüfungsschritt auslasse, „nämlich die Frage nach den tatsächlichen Umständen der Ausübung der sexuellen Orientierung im Kontext gesellschaftlicher Diskriminierung“.³⁴⁷

³⁴⁰ X, Y und Z, Rn. 54.

³⁴¹ Ebd. Rn. 55.

³⁴² Ebd., Rn. 56.

³⁴³ Ebd., Rn. 58-60.

³⁴⁴ Markard 2013b: 406.

³⁴⁵ Ebd., S. 406.

³⁴⁶ Markard 2013b: 406.

³⁴⁷ Markard 2013b: 406, Herv. d. Verf.

Laut ständiger Rechtsprechung besteht international mehrheitlich Einigkeit darüber, dass die reine Existenz gesetzlicher Bestrafung in der Regel nicht Verfolgungsstärke erreichen wird.³⁴⁸ Sofern die Durchsetzung der Normen tatsächlich nicht stattfindet, ist annehmbar, dass ein asylherheblicher Verfolgungscharakter nicht begründbar ist. Angesichts der unbestrittenen Existenz strafrechtlicher Gesetze und der jeweils tatsächlich drohenden Bestrafung in den Herkunftsländern der Beschwerdeführer, „unterlasse der EuGH jedoch eine wesentliche Klarstellung: Hiermit endet die Prüfung noch lange nicht“.³⁴⁹

Es gelte als nächster Schritt zu prüfen, „ob es sich bei der Nichtdurchsetzungspolitik um eine ‚verlässliche offizielle Politik‘ handle (...) eine Politikänderung ‚ad hoc‘ auszuschließen“ sei.³⁵⁰ Diese Frage, die entscheidend für die zukünftige Verfolgungsprognose sei, müsse „auf Basis der Erkenntnisse über den jeweiligen Herkunftsstaat“ erstellt werden. Dabei seien fehlende Hinweise zur Durchsetzung solcher Strafgesetze nicht als Indiz für ihre Nichtdurchsetzung zu werten.³⁵¹ So stellt die UNHCR-Richtlinie Nr. 9 aus dem Jahr 2012 klar, dass auch unregelmäßig, selten oder nie durchgesetzte Strafnormen eine unzumutbare Situation erzeugen können, die Verfolgungscharakter haben kann. Je nach Land könne die Kriminalisierung zu einer erdrückenden Atmosphäre der Intoleranz beitragen, in der Verfolgung zu befürchten ist.³⁵²

Die strafrechtliche Diskriminierung kann somit oftmals ein „starkes Indiz für gesellschaftliche Diskriminierung“ sein, welche selbst Verfolgungsintensität erreichen kann.³⁵³ So könne die Existenz solcher Normen zur Erpressung durch staatliche Stellen oder Dritte benutzt werden, eine gefährliche politische Rhetorik befördern oder die Betroffenen davon abhalten, staatlichen Schutz gegen Verfolgung zu suchen und zu erhalten.³⁵⁴

Neben der Prüfung der tatsächlichen Durchsetzung einer Verbotsnorm ist also ein weiteres grundlegendes Element der Erstellung einer Gefahrenprognose die Frage, ob die Existenz der Verbotsnorm ein gesellschaftliches Klima widerspiegelt, indem LGB-Personen nicht vor

³⁴⁸ Markard 2013b: 406; s. a. Millbank 2003: 7; Wessels 2013: 57; Spijkerboer 2013: 218.

³⁴⁹ Markard, S. 406.

³⁵⁰ Markard, S. 407.

³⁵¹ Jansen/Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, 2011: 31, zitiert nach Markard, S. 407.

³⁵² HCR/GIP/12/09, Rn. 27, zitiert nach Markard 2013b: 407.

³⁵³ Markard 2013b: 407.

³⁵⁴ HCR/GIP/12/09, Rn. 29, zitiert nach Markard 2013b: 407.

Verfolgung sicher sind, oder in dem sie von so umfangreichen Diskriminierungen betroffen sind, dass diese kumulativ Verfolgungsstärke erreichen.³⁵⁵

Letztendlich ist die Verfolgungsprognose individuell für die jeweils antragstellende Person zu treffen. Gemäß Art. 4 abs. 3 lit. c QRL hat die Behörde die „individuelle Lage und die persönlichen Umstände des Antragstellers, einschließlich solcher Faktoren wie familiärer und sozialer Hintergrund, Geschlecht und Alter“ einzubeziehen. Die Frage der Verfolgungsintensität kann folglich nicht generell beantwortet werden. Es ist durchaus möglich, dass die Existenz der Strafnorm für die betreffende Person schwere Wirkungen von Verfolgungsintensität bedeuten, während die Beeinträchtigungen bei anderen Personen regelmäßig keine Verfolgungsintensität erreichen.³⁵⁶

Die behördliche Prüfung des Verfolgungscharakters umfasst demnach nicht lediglich die Frage, „ob (...) die in den [fraglichen] Rechtsvorschriften vorgesehene Freiheitsstrafe in der Praxis verhängt wird“³⁵⁷ Sie haben – so der EuGH folgerichtig – „[i]m Lichte dieser Hinweise (...) zu entscheiden, ob der Antragsteller tatsächlich Grund zur Befürchtung ha[t] nach der Rückkehr in sein Herkunftsland (...) verfolgt zu werden“. Dabei geht die Prüfung weiter, als es der EuGH in seiner Prüfung darlegt, denn die Prüfung umfasst vielmehr auch „mit der Strafnorm gegebenenfalls nur mittelbar zusammenhängende Gefahren, die sowohl von Seiten der Behörden als auch von Seiten Privater drohen können“.³⁵⁸

6. „Die Karten sind neu gemischt!“³⁵⁹

Das EUGH-Urteil vom 7. November 2013 ist insgesamt als eine „begrüßenswert konsequente Fortsetzung der Rechtsprechung zur Religion“³⁶⁰ zu betrachten. Als Konsequenz der Entscheidung zur religiösen Verfolgung hat der EuGH der deutschen Unterscheidung zwischen forum internum und forum externum eine menschenrechtlich begründete Absage erteilt hatte. Der Gerichtshof streicht die menschenrechtliche Bedeutung der sexuellen Orientierung wiederholt und ausdrücklich heraus und unterbindet damit jeden Versuch, ihren

³⁵⁵ Markard 2013b: 407.

³⁵⁶ Ebd.

³⁵⁷ EuGH, X, Y und Z, Rn. 59 zitiert nach Markard 2013b: 407.

³⁵⁸ Markard 2013b: 408.

³⁵⁹ Ich bedanke mich sehr herzlich bei Prof.in Elisabeth Holzleithner, dass ich Ihre Formulierung an dieser Stelle verwenden darf. ☺

³⁶⁰ Markard 2013b: 408.

Schutzbereich zu beschränken.³⁶¹ Der Umgang des Gerichtshofs mit der Frage nach dem Verfolgungscharakter der Strafnorm selbst, lässt einige Fragen ungeklärt bzw. unangesprochen, die insbesondere in LGB-Fällen von großer Bedeutung sein können. Das Abstellen auf die Derogierbarkeit des Rechts auf Schutz des Privatlebens erweist sich laut der Rechtswissenschaftlerin Nora Markard „als – in der Qualifikationsrichtlinie unglücklich angelegter – Kurzschluss“.³⁶² Zudem wird nicht ausreichend deutlich, dass die Frage der Nichtanwendung einer Strafnorm nur der erste von mehreren Prüfungsschritten sein kann. Hiermit wird der Tatsache, dass in LGB-Fällen oftmals die Verfolgungshandlung von nichtstaatlichen Akteuren ausgeht, nicht die entsprechende Bedeutung beigemessen in der Hinsicht, dass die Frage der entsprechenden Prüfung nicht vertiefend ausgeführt wird. Außerdem ist zu beachten, dass die Nichtanwendung einerseits der intensiven Nachprüfung bedarf, andererseits, dass solche Strafnormen gerade nicht in einem Vakuum existieren. Sie sind vielmehr als ein ernstes Anzeichen für Diskriminierung in einer Atmosphäre der Intoleranz und der Straflosigkeit zu deuten, die sich sowohl in staatlichen als auch in privaten Verfolgungshandlungen und in Schutzverweigerung äußern kann. Für die Betroffenen können derartige Maßnahmen ebenso schwerwiegend sein wie die Durchsetzung einer Strafnorm.³⁶³

Mit diesem Urteil ist jedoch die Debatte der Verfolgung wegen der Homosexualität keineswegs abgeschlossen – denn sobald feststeht, dass Homosexualität als Fluchtgrund anzuerkennen ist, verschiebt sich das Problem in den Nachweis der Homosexualität.³⁶⁴ In der Studie *Fleeing Homophobia* wird aufgezeigt, dass in den Ländern, in denen sich die Rechtsprechung in den vergangenen Jahren bereits vom „Diskretionsgebot“ distanziert hat, Asylanträge nun in steigender Zahl aufgrund der Unglaubwürdigkeit abgelehnt werden.³⁶⁵ Da hinsichtlich der Frage der Glaubwürdigkeit innerhalb der EU noch große Abweichungen und zum Teil hochproblematische Praxen bestehen,³⁶⁶ hat der Raad van State dem EuGH im März 2013 dazu eine weitere Frage vorgelegt.³⁶⁷ Das Vorlageverfahren „A, B und C“ betrifft u. a. einen Kläger aus Uganda, dessen vorgetragene Homosexualität der Staatssekretaris nicht für

³⁶¹ Ebd.

³⁶² Ebd.

³⁶³ Markard 2013b: 408.

³⁶⁴ Jansen/Spijkerboer, S. 52 f.

³⁶⁵ Ebd.

³⁶⁶ Ebd., S. 52-69, zitiert nach Markard 2013b: 408.

³⁶⁷ Raad van State, uitspraak 201110141/1/T1/V2 (u. a.) vom 20.3.2013, beim EuGH anhängig als A, B und C/Staatssekretaris van Veiligheid en Justitie, Rs. C-148, C-149 und C-150/13, ABl. C 171/16 f. vom 15.6.2013, zitiert nach Markard 2013b: 408.

glaubhaft befunden hatte. Der Kläger hatte angeboten, sich Tests zu unterziehen, „falls solche existieren“, oder sexuelle Handlungen mit anderen Männern vorzunehmen, um seine Homosexualität zu beweisen.³⁶⁸ Der Minister hatte dieses Angebot als unvereinbar mit dem Recht auf Achtung der Privatsphäre zurückgewiesen, aber auch nicht als Beweis der Homosexualität gewertet. Es bleibt Abzuwarten, ob dem „mehrköpfigen Monster“³⁶⁹ des Diskretionsprinzips damit nur ein weiterer Kopf abgetrennt wird, dem neue nachwachsen, oder ob der EuGH sich u. a. der UNHCR-Richtlinie Nr. 9³⁷⁰ orientieren wird, die vor allem vor stereotypen Vorstellungen und invasiven Methoden warnt.³⁷¹

³⁶⁸ Raad van State (ebd.), Rn. 8, zitiert nach Markard 2013b: 408.

³⁶⁹ Spijkerboer (2013): Sexual Identity, Normativity and Asylum, S. 220ff.

³⁷⁰ HCR/GIP/12/09, Rn. 23ff.

³⁷¹ Markard 2013b: 408.

Literaturverzeichnis

- Achermann, Alberto/Hruschka, Constantin (2012): Geschlechtsspezifische Verfolgung. Die schweizerische Praxis vor dem Hintergrund der europäischen und globalen Entwicklungen Editions Weblaw, Bern, S. 3.
- Adamietz, Laura (2010): Geschlecht als Erwartung : das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, Nomos, Baden-Baden.
- Adamietz, Laura/ Markard, Nora (2013): Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand. In: McPherson, Annika (Hrsg.): Wanderungen: Migrationen und Transformationen aus geschlechterwissenschaftlichen Perspektiven, Transcript, Bielefeld, S.169-184.
- Ainetter-Brautigam, Christine (2002): International human rights law : the relevance of gender. In: Wolfgang Benedek, Esther M. Kisaakye and Gerd Oberleitner (Hrsg.): The human rights of women: international instruments and African experiences, 2002: 21f., London, Zed Books Ltd.
- Ammer M. (2012) The EU Asylum and Migration Policy, in Nowak M., Januszewski K.M., Hofstätter T. (Hrg.): All Human Rights for All: Vienna Manual on Human Rights, 198-203.
- Bank, Roland/Schneider, Nina (2006). Durchbruch für das Flüchtlingsvölkerrecht? Eine Auswertung der deutschen Rechtsprechung zu den flüchtlingsrechtlichen Neuerungen des Zuwanderungsgesetzes, Asylmagazin 6/2006, S. 1-23.
- Bank, Roland/ Foltz, Friederike (2008): Flüchtlingsrecht auf dem Prüfstand, die Qualifikationsrichtlinie im deutschen Recht, Teil 1: Flüchtlingsschutz, Asylmagazin, 10/2008, Informationsverbund Asyl e. V. Berlin, S. 1-26.
- Barnes, John /Mackey, Allan (2013): Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection claims under the EU Qualification Directive Judicial criteria and standards, Haarlem: IARLJ (Hrsg.) 2013, 43-44.
- Barwig, Klaus / Constantin Hruschka: 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge - 24 Jahre Zusammenarbeit im Migrationsrecht mit Stuttgart-Hohenheim, 2013 (i.E.)
- Berg, Laurie/Millbank, Jenni (2009): Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants, Journal o/Refugee Studies, 22, S. 195-223.
- Binder, Andrea (2001): Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- Czollek, Leah/ Perko, Gudrun/ Weinbach, Heike (2009): Lehrbuch Gender und Queer: Grundlagen, Methoden und Praxisfelder, Juventa, Weinheim/München.
- Dauvergne, Catherine/ Millbank, Jenni (2003a): Before the High Court. Applicants S396/2002 and S395/2002, a gay refugee couple from Bangladesh, Sidney Law Review VOL 25: 97-124.
- Dauvergne, Catherine/Millbank, Jenni (2003b): Burdened by Proof: How the Australian Refugee Review Tribunal has Failed Lesbian and Gay Asylum Seekers, Federal Law Review, Vol. 31, 2003, 299-342.
- Dolk, Klaudia /Schwantner, Andreas, Homosexualität und (Abschiebungs-)schutz in Deutschland", in: Amnesty International, 2007.
- El-Tayeb (2003): Begrenzte Horizonte. Queer Identity in der Festung Europa, in Steyerl/Gutiérrez Rodriguez (Hrsg), Spricht die Subalterne Deutsch? Migration und postkoloniale Kritik (2003), S. 130.

- Goodman, Ryan (1995): The Incorporation of International Human Rights Standards into Sexual Orientation Asylum Claims: Cases of Involuntary "Medical" Intervention, in *The Yale Law Journal*, 1995, Vol. 105/1, S. 255-289, S. 257.
- Goodwin-Gill, Guy S./ Lambert, Hélène (2010): *The Limits of Transnational Law: Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union*, University Press, Cambridge.
- Hailbronner, Kay (1995): Perspektiven einer europäischen Asylrechtsharmonisierung nach dem Vertrag von Maastricht, in Piazzolo/Grosch: *Festung oder offene Grenzen? Entwicklung des Einwanderungs- und Asylrechts in Deutschland und Europa*, Akademischer Verlag München, München.
- Hathaway, James C. (2011): Queer cases make bad law, in: *Journal of international law and politics*, University Press, New York, Vol. 44, S. 315-390.
- Hathaway, James C. (2005): *The rights of refugees under international law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge.
- Heinze, Eric (1995): *Sexual Orientation: A Human Right; an essay on international human rights law*, Nijhoff, Dordrecht.
- Holzleithner, Elisabeth (2009): Spannungsfeld: Sexualität, Geschlechtliche Identität und Menschenrechte, in: Gregor Heißl (Hrg.) *Handbuch Menschenrechte, Allgemeine Grundlagen – Grundrechte in Österreich*, facultas, Wien, S. 272-274
- Holzleithner, Elisabeth (2012): Human Rights in the Context of Sexual Orientation and Gender Identity, in: Nowak, Manfred/Januszewski, Carolina M./Hofstätter, Tina (Hrsg.) *All Human Rights for all, Vienna Manual on Human Rights*, NWV, Graz, 2012, S. 458-461.
- Hruschka, Constantin: Dublin II Verordnung: Voraussetzungen und (menschen)rechtliche Standards ihrer Anwendung, *Asylmagazin ZAR*.
- Hruschka, Constantin/Löhr, Tillmann (2009): Das Konventionsmerkmal „Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe“ und seine Anwendung in Deutschland, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2009, S. 205-211, S. 205ff.
- Jansen, Sabine/ Spijkerboer, Thomas (2011): *Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*.
- Kapell Nancy (1999): Zur Asylrelevanz der Inkriminierung homosexueller Handlungen, zitiert nach: Haberland, Jürgen/Hailbronner, Kay/ John, Barbara/ Kluth, Winfried/Mallmann, Otto/ Pfaff, Victor/Rognall- Grothe, Cornelia (Hrsg.): *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Heft 6/ 1999, S.260- 269.
- LaViolette, (2010): *IJRL* 22 (2010), On the UNHRC Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation, 173-208;
- LaViolette, Nicole (2013): Overcoming problems with sexual minority refugee claims: is LGBT cultural competency training the solution? in: Spijkerboer, Thomas (2013): *Fleeing homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum*, Routledge, London.
- Lohrenscheit, Claudia (2009): *Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin; Nomos, Baden-Baden.
- Löhr, Tillmann / Constantin Hruschka: Der Prognosemaßstab für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach der Qualifikationsrichtlinie, *ZAR* 2007, 180-185.
- Löhr, Tillmann (2009): Konventionsmerkmal Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe. *NVwZ* 2009 S. 205-211;

- Markard, Nora: Verbesserter Flüchtlingsschutz in Deutschland – Zögerliche Umsetzung von EU-Standards in Deutschland, in: Till Müller-Heidelberg et al. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2009, S. 147-151.
- Markard, Nora: Besprechung – Heike Brabandt, Internationale Normen und das Rechtssystem. Der Umgang mit geschlechtsspezifisch Verfolgten in Großbritannien und Deutschland (Nomos 2011), KJ 2011, 471-473
- Markard, Nora (2013a): Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der »Diskretion«, Asylmagazin 3/2013, S. 74–84.
- Markard, Nora (2013b): EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund, Asylmagazin, 12/2013; S. 402-408.
- Marouf, Fatma E. (2008): The Emerging Importance of ‚Social Visibility‘ in Defining a ‚Particular Social Group‘ and its Potential Impact on Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender, Yale Law & Policy Review, 27/1, 47-106, in Wiemann, Rebekka 2013: 107ff.
- Marx, Reinhard (2005): Furcht vor Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe (Art. 10 I Bst. d RL 2004/83/EG), in: ZAR, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 25. Jahrgang, 6/2005, S. 177-216.
- Marx, Reinhard (2007): Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht in der anwaltlichen Praxis, Nomos, Baden-Baden.
- Marx, Reinhard (2009): Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, Neuwied.
- Nowak, Manfred/ Januzsewski, Karolina M./ Hofstätter, Tina (2012): All Human Rights for All, Vienna Manual on Human Rights, NWV Verlag, Wien.
- Pelzer, Marei/Pennington, Alison (2006): Geschlechtsspezifische Verfolgung: Das neue Flüchtlingsrecht in der Praxis, Asylmagazin 05/2006, S. 4ff.
- Piazolo, Michael/ Grosch, Klaus, Hrsg. (1995): Festung oder offene Grenzen? Entwicklung des Einwanderungs- und Asylrechts in Deutschland und Europa, Akademischer Verlag, München.
- Posch, Albert (2010): Vorrang des Gemeinschaftsrecht vor Verfassungsrecht, Wien: Jan Sramek Verlag, 1-5.
- Raj, Senthoran (2013): Queering Asylum Law, Policy and Practice: LGBTIQ Refugees. Cambridge Journal of International and Comparative Law (abrufbar unter: <http://cjlcl.org.uk/2013/11/22/queering-asylum-law-policy-practice-lgbtqi-refugees-2/> letzter Zugriff: 22.11.2013).
- Rehaag, Sean (2009): Bisexuals Need Not Apply: A Comparative Appraisal of Refugee Law and Policy in Canada, the United States, and Australia International Journal of Human Rights, 2009 Vol. 13, No. 2, S. 415,
- Richter, Dagmar (2007): Die Wiederentdeckung des „Dritten Geschlechts“, in Zimmermann, Andreas/ Giegerich, Thomas (2007): Gender und internationales Recht, Duncker & Humblot, Berlin
- Schilling, Theodor (2004): Internationaler Menschenrechtsschutz, universelles und europäisches Recht, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Siegfried, Dirk (2009): Gibt es eine richtige Rechtsprechung in der falschen? Ein Versuch: Das Bundesverwaltungsgericht, die Homosexualität und das Grundrecht auf Asyl, zitiert nach: Vom Verbot zur Gleichberechtigung, die Rechtsentwicklung zu Homosexualität und Transsexualität in Deutschland, 50 Jahre Eddy-Hirschfeld-Stiftung, Festschrift für Manfred Bruns, LSVD, Berlin, 2009, S. 138-144.

- Soine, Stefanie(2000): Was hat „lesbische Identität“ mit Frausein und Sexualität zu tun? Zitiert nach: Schmerl, Christiane/ Soine, Stefanie/ Stein-Hilbers, Marlene/ Wrede, Brigitta, Sexuelle Szenen, Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften, Springer, 2000.
- Spijkerboer, Thomas (2013): Fleeing homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum, Routledge, London.
- Steckbeck, Wolfram (2013): Es wurde Zeit: EU-Richtlinie für Flüchtlinge umgesetzt, in: ANA-ZAR, Heft 5/2013, S. 54-56.
- Stein, Edward, Hrg. (1990): Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy, Garland Publishing, New York.
- Szczensny, Jerzy (2009): Sexuelle Selbstbestimmung und das Recht auf Asyl in Deutschland, in: Claudia Lohrenscheit (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, Baden-Baden: Nomos 2009, 169-181.
- Thym, Daniel (2010): Migrationsverwaltungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, S. 43f.
- Thielen, Marc (2009): Wo anders leben? Migration, Männlichkeit und Sexualität. Biografische Interviews mit iranischstämmigen Migranten in Deutschland, Waxmann, Münster.
- Trappolin, Luca (2011): Confronting homophobia in Europe: social and legal perspectives, Hart, Oxford.
- UNHCR (2002): Richtlinien zum Internationalen Schutz Nr. 1 – Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1A(2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/01.
- UNHCR (2002): Richtlinien zum Internationalen Schutz Nr. 2 – „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im Zusammenhang mit Artikel 1A(2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/02.
- UNHCR (2008): Guidance Note on Refugee Claims relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 21.11.2008, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5660.html>.
- UNHCR (2012): Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9 – Asylanträge basierend auf sexueller Orientierung und/oder geschlechtlicher Identität im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 23. Okt. 2012, HCR/GIP/12/09.
- UNHCR (2010): Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity, November 2010, S. 3, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cff99a42.html> (zuletzt aufgerufen am 12.11.2013).
- UNHCR (2013): Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäß dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Neuauflage Genf, Dezember 2011, deutsche Version UNHCR, Wien 2013.
- Wessels, Janna (2012): HJ (Iran) and HT (Cameroon) – Reflections on a new test for sexuality-based asylum claims in Britain, 24(4) International Journal of Refugee Law (2012) 815
- Wessels, Janna (2011): Sexual orientation in Refugee Status Determination' RSC Working Paper series No. 74, Oxford 2011.
- Wiemann, Rebekka (2013): Sexuelle Orientierung im Völker- und Europarecht: Zwischen kulturellem Relativismus und Universalismus, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin.
- Wildt, Anna (2009): Frauenspezifische Aspekte im Flüchtlingsrecht, Dissertation, Paris-Lodron Universität Salzburg, S. 6-9.
- Wintemute, Robert (1995): Sexual Orientation and Human Rights, Clarendon Press , Oxford.

Wollenschläger, Michael/ Schraml, Alexander (1994): Art. 16 a GG, das neue „Grundrecht“ auf Asyl?
In: JuristenZeitung, 1994, 49. Jahrg., Nr. 2, S.61-67, Mohr Siebeck, Tübingen.

Online-Quellen:

„Born this Way“ (USA, 2013, Shaun Kadlec/Deb Tallmann), Dokumentarfilm über die Situation von
LGBTs in Kamerun, <http://www.bornthiswaydocumentary.com/#!/about-the-film/c19xi> (Stand:
18.1.2014.).

UN Human Rights Council (Menschenrechtsrat), „Report of the United Nations High Commissioner
for Human Rights on Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against
Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity“, 17. November 2011.,
abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ef09202.html> (Stand: 4.1.2014).

ILGA, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (2013): State sponsored
Homophobia, a world survey of laws: criminalisation, protection and recognition of same-sex
love, http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013.pdf
(Stand: 10.2.2014).

Pro Asyl, EU-Asyl-Paket: Neuregelungen der Asyl-Richtlinien und –Verordnungen. Erste
Einschätzungen von PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgemeinschaft für Flüchtlinge e. V.
Frankfurt/Main, 12.6.2013, auslaender-asyl.dav.de/ANA-ZAR01.03-01.14.pdf.

Rechtsquellenverzeichnis:

Internationale Quellen:

Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 verkündet mit Gesetz vom
01.09.1953 (BGB. II S. 559), in Kraft getreten am 22.04.1954 gemäß Bekanntmachung des
Bundesministers des Auswärtigen vom 25.04.1954 (BGB 1. II S. 619).

Commission on Human Rights, 59th session, Draft Resolution on Human Rights and Sexual
Orientation, Dokument E/CN.4/2003/L.92 vom 17.4.2003.

Internationale Entscheidungen:

EGMR, Dudgeon v. Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 7525/76 (1981).

EGMR, Norris/Irland, Beschwerde Nr. 10581/83 (1988).

EGMR, Sutherland/Vereinigtes Königreich, Bericht Nr. 25186/94 (1997)

Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1997) 190 CLR 225, 264, 142 ALR 331.

Europarechts-Quellen:

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 7. Februar 1992, ABl. Nr. C 340 S. 1, ber.
BGBl. 1999 II S. 416.

Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und
den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die
anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden
Schutzes, EG ABl. L 304/12.

Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den
Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. L 326.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 30.3.2010, ABl Nr. C 83/389, (2010/C 83/02).

Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, EU ABl. L 337/9.

Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung).

EuGH-Urteile:

EuGH Beschluss vom 15.2.2011 – 13 A 1013/09.A, Rs. C-563/10, Kashayar Khavand/Bundesrepublik Deutschland

EuGH (Gr. Kammer), Y und Z/Bundesrepublik, Rs. C-71/11 und C-99/11, Urteil vom 5.9.2012.

EuGH, Minister vor Immigratie en Asiel/X und Y und Z/Minister vor Immigratie en Asiel, Rs. C-199/12, C-200/12 und C-201/12, Urteil vom 7.11.2013.

Raad van State, uitspraak 201110141/1/T1/V2 (u. a.) vom 20.3.2013, beim EuGH anhängig als A, B und C/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, Rs. C-148, C-149 und C-150/13, ABl. C 171/16 f. vom 15.6.2013

Nationale Entscheidungen:

Afdeling Rechtspraak van de Raad van State (Judicial Division of the Council of State), 13. August 1981.

Soering v. United Kingdom, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1989).

R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan and Others, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 23 Juli 1999, abrufbar unter:
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6ad14.html> (Stand: 10.1.2014)

Supreme Court, UK (ehem. House of Lords), HJ (Iran) und HT (Kamerun) v. SSHD (Secretary of State for the Home Department, 2010, (www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abbc2.html).

Deutsche Quellen:

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, I. Die Grundrechte, Artikel 16.

Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, verkündet mit Gesetz vom 01.09.1953 (BGB. II S. 559), in Kraft getreten am 22.04.1954 gemäß Bekanntmachung des Bundesministers des Auswärtigen vom 25.04.1954 (BGB 1. II S. 619).

Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) Vom 30.07.2004 (BGBl. I S. 1950), in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.02.2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.02.2013 (BGBl. I S. 254).

Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage (vom 14.6.2006) der Abgeordneten Dr. Barbara Höll, Sevim Dagdelen, Karin Binder, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Die rechtliche Situation homosexueller Flüchtlinge in Deutschland und die Lage der Bürger- und Menschenrechte von Lesben, Schwulen und Transsexuellen in Afghanistan, Iran und Irak, Drucksache 16/2142.

Antwort der Bundesregierung vom 18.5.2010. auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Dr. Barbara Höll, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Aufnahme

von Flüchtlingen aus dem Iran und Umgang mit homosexuellen Flüchtlingen, Drucksache 17/1722

Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Dr. Barbara Höll, Jan Korte, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Asylrechtlicher Umgang mit homosexuellen Flüchtlingen und der Einschränkung der sexuellen Vielfalt, Drucksache 17/8228.

Deutsche Entscheidungen:

BVerfG:

BVerfG, 10.05.1957 - 1 BvR 550/52

BVerwG:

BVerwG, 15.03.1988 - 9 C 278.86.

BVerwG 17.10.1989 -9 C 25/89.

BVerwG, Beschluss vom 9. Dezember 2010 – 10 C 19/09.

Verwaltungsgerichte:

VG Regensburg, U. v. 4.8.1998 – RN 11 K 97.31221 (unveröff.).

VG Gießen, Urt. v. 26.8.1999 – 10 E 30832/98.

BVerfG, Beschluss vom 26.01.2005 – 2 BvR 1899/04.

VG Düsseldorf, Urteil vom 5.9.2005 – 5 K 6084/04.A.

VG des Saarlandes, Urteil vom 21.4.2006 – 2 K 45/06.A.

VG Bremen, Urteil vom 28.4.2006 – 7 K 632/05.A

VG Düsseldorf, Urteil vom 14.9.2006, 11 K 81/06.A

VG München, Urteil vom 30.1.2007, M 21 K 04.51494.

VG Aachen, U. v. 26.2.2007 – 5 K 2455/05.A.

VG Oldenburg, Urteil vom 13.11.2007 1 A 1824/07.

VG Düsseldorf, Urteil vom 21. Februar 2008 – 11 K 2432/07.A.

VG Regensburg, 15.09.2008 - RN 8 K 08.30020.

VG Düsseldorf, U. v. 11.3.2009 - 5 K 1875/08.A.

VG Düsseldorf 27.8.2009 – 11 K 1003/09.A.

VG Düsseldorf, Urteil vom 14.1.2010 - 11 K 6778/09.

VG Trier, 9.9.2010 – 1 L 928/10.TR.

VG Frankfurt a. d. Oder, U. v. 11. November 2010 – 4 K 772/10 A.

OVG Münster, Bescheid v. 23.11.2010, 13 A 1013/09.A.

Abstract

Die Zurückweisung von lesbischen, schwulen und bisexuellen (LGB) Flüchtlingen durch die deutsche Asylrechtspraxis verwehrt vielen LGB-Antragsteller_innen Schutz vor Verfolgung. Trotz der Anerkennung der sexuellen Orientierung als Verfolgungsgrund durch die Europäische Union bestehen große Differenzen zwischen den EU-rechtlichen Vorgaben und der nationalen Spruchpraxis. Einerseits wurde von LGB-Flüchtlingen verlangt, ihre sexuelle Orientierung im Heimatland „diskret“ und „im Verborgenen“ zu leben, da sie auf diese Weise einer Verfolgungsgefahr ausweichen könnten, andererseits moniert eine menschenrechtlich motivierte Perspektive, dass die Bestrafung von Homosexualität im Herkunftsland bereits Verfolgung im Sinne des internationalen Flüchtlingsschutzes bedeute und daher entsprechender Schutzstatus zuerkannt werden müsse. Ausgehend vom internationalen Rahmenwerk der Genfer Flüchtlingskonvention werden die europäischen Asylrechtsentwicklungen des letzten Jahrzehnts nachgezeichnet hinsichtlich der Frage, wie sich die Flüchtlingsanerkennungspraxis für LGB-Personen in Deutschland gestaltet und verändert hat. Die Anerkennungsstrategien u. a. innerhalb der deutschen Rechtsprechung der vergangenen Jahre haben grundlegende Fragen aufgeworfen, hinsichtlich der Glaubwürdigkeitsprüfung und der Beweisbarkeit der sexuellen Orientierung im Asylverfahren, sowie der Beschränkung ihres Schutzbereichs und der damit einher gehenden Forderung, durch verheimlichendes Verhalten der Gefahr von Verfolgung entgehen zu können. Dies hat zu einer weitreichenden Debatte über das differenzierte Verständnis von Geschlechterverhältnissen in ihrer Vieldimensionalität auf europäischer Ebene geführt. Dieses Diskussionsfeld birgt das Potenzial der europäischen Anerkennungspolitik, durch entsprechende Sensibilisierung offen zu sein für die verschiedenen Arten, in denen LGB-Flüchtlinge binäre und heteronormative Geschlechtermatrizen durchkreuzen und Stereotypisierungen zu vermeiden.

Abstract (English)

Despite the European Union already have recognised sexual orientation as a ground of persecution there are still considerable differences in the way how (single) European States examine LGB asylum applications.

On one hand LGB asylum seekers are deported to their countries of origin because from the point of view of many German courts they purportedly can prevent persecution by concealing their identity in their homelands. On the other hand there are those who continue to view it as a denial of a fundamental human right of LGB applicants, namely the fundamental notion which is at the heart of refugee law: if people have a well-founded fear of being persecuted on account of the legitimate exercise of a human right, they are entitled to international protection. Moreover, they argue that LGB applicants fleeing from those countries criminalizing a certain sexual orientation have a well-founded fear of being persecuted on account of their sexual orientation. Recent debates on LGB asylum claims reflect that there are considerable differences in the way in which European States examine LGB asylum applications – not only in Germany but throughout the European Union. The question of credibility and the prove of one's individual sexual orientation remains at the core of the debate. This discussion can further the development of assessment procedures where the individual narrative of an asylum seekers claim, is at the heart of the procedure. Although there is no ready-made 'solution' for the use of stereotypes, it is of great importance that asylum authorities are made aware of the fact that sexual orientation is a matter of self identification and there exists multidimensionality to sexual orientations. Hence, the potential for debate lies in raising awareness that universal and prevailing procedures used in asylum cases may not appropriately recognize and account for persecution based on sexual orientation. There is a need for constructive dialogue to advance the plight of LGB applicants who are enduring atrocities in cultures suffering from narrow-mindedness and are seeking a haven that allows them to lead normal lives without fear of persecution – a human tenet will all must enjoy equally.

Lebenslauf

- 5.2.1982 geboren in Bonn Bad Godesberg, Deutschland
- 1989 – 2001 Schulausbildung: Freie Waldorfschule Köln
- 2001 Abitur an der Freien Waldorfschule Köln
- 2002 – 2003 Auslandsaufenthalt in Australien und Neuseeland
- 2004 Studium Dolmetschen/Übersetzen, Fremdsprachen: Englisch und Russisch, Universität Wien (bis 2006)
- seit 2005 Mitbelegung und Hauptstudienwahl: individuelles Diplomstudium
 „Internationale Entwicklung“, Universität Wien
- seit 2008 Spezialisierung in den Fachbereichen:
 „Legal Gender Studies“ (Juridicum, Uni Wien)
 „International Human Rights“ (Juridicum, Uni Wien)
- seit 2009 Studium der Rechtswissenschaften (Juridicum, Uni Wien)
- 2014 Abschluss des individuellen Diplomstudiums „Internationale Entwicklung“ (Uni Wien) mit Schwerpunkt „Legal Gender Studies“