

Beitrag aus dem ASYLMAGAZIN 12/2013, S. 402–408

Nora Markard

**EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund:  
Zur Entscheidung »X, Y und Z gegen Minister  
vor Immigratie en Asiel« vom 7.11.2013**

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

**ASYLMAGAZIN, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht**

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

Vertrieb und Versand des ASYLMAGAZINs werden ab dem Jahr 2014 vom von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst übernommen. Der Abonnement-Preis beträgt 62 € für regelmäßig 10 Ausgaben pro Jahr. Ein kostenloses Probeexemplar können Sie unverbindlich bei kontakt@asyl.net anfordern.

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



In Kooperation mit



## EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund

Zur Entscheidung »X, Y und Z gegen Minister voor Immigratie en Asiel« vom 7.11.2013

### Inhalt

- I. Sachverhalt und Vorlagefragen
- II. Entscheidung des EuGH
  1. Homosexuelle bilden eine bestimmte soziale Gruppe
  2. Keine »Diskretion« bei der sexuellen Orientierung
  3. Freiheitsstrafe stellt Verfolgung dar
  4. Strafbarkeit allein als Verfolgung?
    - a. Strafbarkeit als Menschenrechtsverletzung
    - b. Verfolgungsintensität dieser Menschenrechtsverletzung
    - c. Strafbarkeit im Kontext gesellschaftlicher Diskriminierung
- III. Bewertung und Ausblick

Wer »A« sagt, muss auch »B« sagen, heißt es: So wie es von Anhängern einer Minderheitsreligion nicht verlangt werden kann, sich auf Glaubensbetätigungen im privaten Bereich zu beschränken,<sup>1</sup> kann auch nicht von Homosexuellen verlangt werden, ihre sexuelle Orientierung lediglich in den eigenen vier Wänden zu praktizieren, um Verfolgung zu vermeiden.<sup>2</sup> Diese folgerichtige Entscheidung des EuGH hatte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) bereits Ende 2012 vorausgesehen und eine interne Anweisung herausgegeben, wonach die Möglichkeit der Geheimhaltung der sexuellen Orientierung nicht zur Ablehnung des Flüchtlingsschutzes führen dürfe.<sup>3</sup> Damit schloss es sich den kurz zuvor erschienenen

UNHCR-Richtlinien zur Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung an.<sup>4</sup>

In der Rechtssache *X, Y und Z* hatte der EuGH nun selbst Gelegenheit zur expliziten Bejahung der Gruppenzugehörigkeit Homosexueller, der Unzulässigkeit des sogenannten »Diskretionsprinzips«, sowie des Verfolgungscharakters der Bestrafung homosexueller Handlungen. Wenngleich die Entscheidung in vielen Punkten überzeugt, lässt sie aufgrund der Konstellation des Vorlageverfahrens einige wichtige Fragen unangesprochen, ohne dass dies ausreichend deutlich wird. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob die Strafbarkeit homosexueller Handlungen im Herkunftsstaat auch dann beachtlich ist, wenn die entsprechende Strafnorm nicht angewendet wird.

### I. Sachverhalt und Vorlagefragen

Das Vorlageverfahren betraf drei junge männliche Antragsteller aus Sierra Leone (X), Uganda (Y) und Senegal (Z), deren Homosexualität unstrittig war. Der niederländische Einwanderungs- und Asylminister lehnte ihre Schutzanträge jedoch ab. Seine Begründung, die von ihnen jeweils vorgetragene Verfolgungsgeschichte sei nicht glaubhaft, hatte vor den gerichtlichen Instanzen Bestand. Die *rechtbank s<sup>2</sup>-Gravenhage*<sup>5</sup> 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. Der nieder-

\* Dr. Nora Markard ist im Wintersemester 2013/14 Vertretungsprofessorin für Prof. Dr. Stefan Oeter an der Universität Hamburg. Die Verfasserin dankt Dr. Constantin Hruschka für kritische Anmerkungen und Nelleke Koffeman für Auskünfte zum niederländischen Vorlagebeschluss in der Sache *A, B and C* (unten, Fn. 49).

<sup>1</sup> 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 = NVwZ 2012, 1612 (m. Anm. Marx) = EzAR-NF 62 Nr 27; Anm. Marx, ASYLMAGAZIN 10/2012, 327; zur Folgerspr. s. Lübke, ZAR 2013, 272–278.

<sup>2</sup> 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*).

<sup>3</sup> Schreiben des BAMF vom 27.12.2012 an MdB Volker Beck, abrufbar unter <http://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Recht/BAMF-121227.pdf> (alle Links zuletzt besucht am 30.11.2013); dazu Markard, ASYLMAGAZIN 3/2013, 74–84. S. auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 7.3.2013 – A 9 S 1872/12, ASYLMAGAZIN 5/2013, 164.

<sup>4</sup> UNHCR, Guidelines on International Protection No.9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/12/09, abrufbar unter <http://www.unhcr.org/50ae466f9.pdf>; leider nach wie vor nur auf Englisch verfügbar (im Folgenden: UNHCR-Richtlinie Nr. 9). Deutsche Zusammenfassung von UNHCR in ASYLMAGAZIN 3/2013, 70.

<sup>5</sup> Seit 2013 *rechtbank Den Haag*, das erstinstanzliche Gericht für den Gerichtsbezirk Den Haag.

ländische Ausländerrunderlass von 2000 sieht hierzu vor, dass die bloße Strafbarkeit homosexueller Handlungen allein noch keine Verfolgung darstelle. Vielmehr müsse eine Strafe von einigem Gewicht für den jeweiligen Antragsteller auch tatsächlich zu befürchten sein. Während der Erlass auch klarstellte, dass ein verfolgungsvermeidendes Verbergen der sexuellen Orientierung im Heimatland nicht verlangt werden dürfe, argumentierte der Minister vor dem Raad van State, umgekehrt bestehe jedoch kein Recht auf ein öffentliches Ausleben der sexuellen Orientierung wie in den Niederlanden. Der Raad van State legte daraufhin dem EuGH drei Fragen vor:

1. ob Homosexuelle eine bestimmte soziale Gruppe darstellten;
2. welche homosexuellen Handlungen gegebenenfalls vom Schutzbereich der QRL umfasst seien, insbesondere ob
  - (a) eine Geheimhaltung,
  - (b) eine (gegebenenfalls besondere) Zurückhaltung oder
  - (c) eine Beschränkung auf einen möglichen Kernbereich der sexuellen Orientierung verlangt werden könne;
3. ob bereits die Strafbarkeit homosexueller Handlungen allein Verfolgung darstelle, oder welche zusätzlichen Umstände andernfalls erforderlich seien.

## II. Entscheidung des EuGH

### 1. Homosexuelle bilden eine bestimmte soziale Gruppe

Der Konventionsgrund der bestimmten sozialen Gruppe gilt als der am wenigsten klare der fünf in der Flüchtlingskonvention enthaltenen Gründe für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft.<sup>6</sup> Zwei wesentliche, konkurrierende Ansätze haben sich international durchgesetzt: Erstens das Erfordernis eines identitätsprägenden *geschützten Merkmals* und zweitens die *soziale Wahrnehmung* als Gruppe.<sup>7</sup> Die Qualifikationsrichtlinie (QRL) kumuliert diese Erfordernisse – und damit ihre jeweiligen Schwierigkeiten – in Satz 1 des Art. 10 Abs. 1 lit. d QRL.

Dennoch überrascht die erste Vorlagefrage des Raad van State; sie ist bereits mit einem einfachen Blick in die Qualifikationsrichtlinie zu bejahen. Denn Satz 2 stellt im unmittelbaren Anschluss an die beiden generellen Krite-

rien klar, dass das Merkmal der »sexuellen Ausrichtung« (in der Neufassung nun angepasst an den englischen Wortlaut<sup>8</sup>: der »sexuellen Orientierung«) je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland eine bestimmte soziale Gruppe definieren könne.

Entsprechend klar fällt die Antwort des EuGH aus, der zur Sicherheit aber auch explizit – im Einklang mit der UNHCR-Richtlinie<sup>9</sup> – die beiden Kriterien für das Bestehen einer bestimmten sozialen Gruppe bejaht. 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.« Dies erteilt auch der früheren deutschen Rechtsprechung eine Absage, die mehrheitlich die sexuelle Orientierung nur dann als schützenswert ansah, wenn die sexuelle Orientierung für die jeweilige Person »unveränderbar« war.<sup>10</sup> Zudem erlaube

»[...] das Bestehen strafrechtlicher Bestimmungen [...], die spezifisch Homosexuelle betreffen, die Feststellung [...], dass diese Personen eine abgegrenzte Gruppe bilden, die von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird.«<sup>11</sup>

Begrüßenswert ist es hier vor allem, dass sich der EuGH nicht darauf einlässt, die bestimmte soziale Gruppe von vornherein so eng zu definieren, dass sie ausschließlich Personen erfasst, für die auch eine Verfolgungsgefahr aufgrund der Gruppenzugehörigkeit zu bejahen ist. Dies wird zum Teil bei der Verfolgung durch häusliche Gewalt oder durch Genitalbeschneidung versucht, von der in der Regel nicht alle Frauen eines Landes bedroht sind, zumal wenn die Genitalbeschneidung bereits durchgeführt wurde.<sup>12</sup> Richtigerweise betrachtet der EuGH 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. Denn eine Definition der Gruppe durch die Verfolgung bzw. die Verfolgungsgefahr wäre zirkulär und mit der Systematik der Flüchtlingsdefinition nicht zu vereinbaren.

Der EuGH stellt vielmehr explizit fest, dass die sexuelle Orientierung menschenrechtlich als so bedeutsam anzu-

<sup>6</sup> Foster, *The ›Ground with the Least Clarity‹: A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to ›Membership of a Particular Social Group‹*, UNHCR 2012, abrufbar unter: <http://www.refworld.org/docid/4f7d94722.html>.

<sup>7</sup> Ausführlich Hruschka/Löhr, NVwZ 2009, 205-211; Marx, ZAR 2005, 177-185.

<sup>8</sup> Die Neufassung, RL 2011/95/EU, tritt am 21.12.2013 an die Stelle der RL 2003/83/EG und ist bis dahin umzusetzen.

<sup>9</sup> UNHCR-Richtlinie Nr. 9 (a. a. O., Fn. 4), Rn. 44-49.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Markard (a. a. O., Fn. 3), 75 f; s. auch Hruschka/Portmann, in: Achermann/Hruschka (Hg.), *Geschlechtsspezifische Verfolgung*, Bern 2012, S. 147-170.

<sup>11</sup> EuGH, X, Y und Z (a. a. O., Fn. 2), Rn. 46, 48.

<sup>12</sup> Vgl. dazu etwa House of Lords, *Fornah and K v SSHD* [2005] EWCA Civ 680 = IJRL 2007, 96. Ausführlich zu diesem Problem Markard, *Kriegsflüchtlinge*, Tübingen 2012, S. 245-248, m. w. N.

sehen ist, dass sie den unverzichtbaren Merkmalen zuzurechnen ist. Die homosexuelle Orientierung erfüllt also stets das Erfordernis des »geschützten Merkmals.« Gleichzeitig werden Homosexuelle wohl auch in Gesellschaften ohne Strafvorschriften, in denen sie diskriminiert werden, als andersartige soziale Gruppe betrachtet, sodass auch das Erfordernis der Gruppenkonstituierung aufgrund der »sozialen Wahrnehmung« erfüllt sein dürfte.

## 2. Keine »Diskretion« bei der sexuellen Orientierung

Weiterhin fragte der Raad van State den EuGH, ob von einem Antragsteller verlangt werden könne, seine sexuelle Orientierung zur Verfolgungsvermeidung zu verbergen oder zumindest sich in der Äußerung dieser Orientierung zurückzuhalten, gegebenenfalls stärker als dies von Heterosexuellen erwartet werde.<sup>13</sup> Warum dies angesichts des eindeutigen Runderlasses von 2000 entscheidungserheblich gewesen sein soll, ist nicht erkennbar. Möglicherweise wollte der Raad van State hier für das OVG Nordrhein-Westfalen einspringen, das ebendiese Frage dem EuGH im November 2010 vorgelegt hatte; jener Rechtsstreit war jedoch vor einer Entscheidung des EuGH für erledigt erklärt worden, nachdem der volle Name des Antragstellers auf der Website des EuGH genannt worden war.<sup>14</sup> Der EuGH ging auf die Entscheidungserheblichkeit jedoch nicht weiter ein und stellte lediglich fest, diese Frage sei aufgrund der als unglaublich eingeordneten Verfolgungsgeschichte der drei Kläger noch zu klären.

Der Gerichtshof konnte hier jedoch umfangreich auf sein Urteil in der Sache *Y und Z/Deutschland*<sup>15</sup> zurückgreifen, in dem es um den Schutz für öffentliche religiöse Betätigung ging. Darin hatte er 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 benötige,<sup>16</sup> in klaren Worten zurückgewiesen. Dem Bundesverwaltungsgericht<sup>17</sup> hatte er geantwortet, zur Ermittlung des Gewichts der Verletzung nach Art. 9 Abs. 1 lit. a QRL könne die Unterscheidung zwischen *forum internum* und *forum externum* nichts beitragen. Zudem sei sie mit dem weiten Religionsbe-

griff in Art. 10 Abs. 1 lit. b QRL, der auch die öffentliche Glaubensbezeugung und -betätigung schütze, nicht vereinbar.<sup>18</sup> Zu prüfen sei allein, ob ein Antragsteller in seiner individuellen Lage repressive Verfolgungshandlungen tatsächlich zu befürchten habe. Keine der für diese Beurteilung maßgeblichen Regeln des Art. 4 QRL deute darauf hin, dass hierbei berücksichtigt werden müsse,

»ob der Antragsteller die Gefahr einer Verfolgung möglicherweise dadurch vermeiden kann, dass er auf die betreffende religiöse Betätigung und folglich auf den Schutz, den ihm die Richtlinie mit der Anerkennung als Flüchtling garantieren soll, verzichtet. Sobald feststeht, dass sich der Betroffene nach Rückkehr in sein Herkunftsland in einer Art und Weise religiös betätigen wird, die ihn der tatsächlichen Gefahr einer Verfolgung aussetzen wird, müsste ihm daher [...] die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt werden. *Dass er die Gefahr durch Verzicht auf bestimmte religiöse Betätigungen vermeiden könnte, ist grundsätzlich irrelevant.*«<sup>19</sup>

Nichts anderes konnte in Bezug auf die sexuelle Orientierung gelten – diesen Schluss, der auch im Einklang mit den UNHCR-Richtlinien steht,<sup>20</sup> hat das BAMF bereits vor dem EuGH gezogen.<sup>21</sup> Zwar erwähne, so der EuGH, Art. 10 Abs. 1 QRL in lit. d anders als in lit. b die öffentliche Betätigung nicht ausdrücklich. Doch nehme er ausschließlich solche Handlungen vom Schutzbereich aus, 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.«<sup>22</sup>

Ein Umkehrschluss aus Art. 10 Abs. 1 lit. b QRL verbiete sich daher.<sup>23</sup> Es würde auch »der Anerkennung eines für die Identität so bedeutsamen Merkmals, dass die Betroffenen nicht gezwungen werden sollten, auf es zu verzichten,« widersprechen, wenn die Mitglieder einer auf dieses Merkmal gegründeten bestimmten sozialen Gruppe gleichzeitig gezwungen würden, dieses geheim zu halten.<sup>24</sup>

»Daher kann nicht erwartet werden, dass ein Asylbewerber seine Homosexualität in seinem Her-

<sup>13</sup> Zur »Diskretion« ausf. Markard/Adamietz, KJ 2011, 294-302; s. a. Titze, ZAR 2012, 93-102 und (zur Religion) Lübke, ZAR 2012, 7-13.

<sup>14</sup> 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. Gemäß Art. 96 Abs. 2 VfO-EuGH, ABl. L265/1 vom 29.9.2012, kann Anonymität sowohl auf Ersuchen des vorlegenden Gerichts oder auf begründeten Antrag einer Partei als auch von Amts wegen gewährt werden. Dies war hier versäumt worden.

<sup>15</sup> EuGH, *Y und Z* (a. a. O., Fn. 1).

<sup>16</sup> BVerfGE 76, 143 (158f.) zur *Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft*; BVerfG-K InfAuslR 1995, 210 m. w. N.; BVerwGE 74, 31 (38, 40); 87, 52; 120, 16; BVerwG, NVwZ-RR 1996, 293; BVerwGE 120, 16-26.

<sup>17</sup> BVerwGE 138, 270.

<sup>18</sup> EuGH, *Y und Z* (a. a. O., Fn. 1), Rn. 62-71.

<sup>19</sup> Ebd., Rn. 76-79 (Herv. d. Verf.).

<sup>20</sup> UNHCR-Richtlinie Nr. 9 (a. a. O., Fn. 4), Rn. 30-33.

<sup>21</sup> Oben Fn. 3.

<sup>22</sup> EuGH, *X, Y und Z* (a. a. O., Fn. 2), Rn. 67.

<sup>23</sup> Ebd., Rn. 69.

<sup>24</sup> Ebd., Rn. 70.

kunftsland geheim hält, um eine Verfolgung zu vermeiden.«<sup>25</sup>

Dasselbe gelte bei der Zurückhaltung; wie bereits in *Y und Z* verweist der EuGH darauf, dass die Verfolgungsprognose allein aufgrund der tatsächlichen Ereignisse und Umstände nach den Regeln des Art. 4 QRL zu erfolgen habe:<sup>26</sup>

»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 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.«<sup>27</sup>

Damit erübrigte sich die Frage nach einem eventuellen Kernbereich der sexuellen Ausrichtung. Zur Sicherheit aber legte der Gerichtshof auch hier unter erneutem Hinweis auf *Y und Z* noch ein wenig nach: Für die Frage der Verfolgung nach Art. 9 Abs. 1 QRL sei

»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 [...]«<sup>28</sup>

### 3. 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.

Der Begriff der Verfolgung ist in Art. 9 Abs. 1 QRL definiert. Demnach gilt eine Handlung als Verfolgung, 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). Auch niedrighschwelligere Maßnahmen können darüber hinaus in ihrer Kumulation die Intensität schwerer Menschenrechtsverletzungen erreichen. Art. 9 Abs. 2 QRL nennt Beispiele. Damit bestätigt die Qualifikationsrichtlinie die Bindung des Verfolgungsbegriffs an die internationalen Menschenrechte, wie sie insbesondere in der EMRK enthalten sind.

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.<sup>29</sup> Dies macht auch die UNHCR-Richtlinie deutlich, die dafür auch auf die internationale Rechtsprechung verweist.<sup>30</sup>

### 4. Strafbarkeit allein als Verfolgung?

Allerdings fragte der Raad van State ausdrücklich, wie es sich mit Strafvorschriften verhalte, die nicht angewandt werden. Reicht also die Existenz einer Strafnorm allein als Verfolgung?

#### a. Strafbarkeit als Menschenrechtsverletzung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in seiner Rechtsprechung bereits wiederholt klargestellt, dass auch die bloße Existenz von Strafnormen menschenrechtlich problematisch ist, wenn es sich um freiwillige sexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen handelt. So befand er in der *Dudgeon*-Entscheidung die Strafbarkeit sexueller Handlungen zwischen Männern, die nicht beide älter als 21 Jahre sind,<sup>31</sup> für mit Art. 8 EMRK unvereinbar, obwohl diese Norm offenbar kaum noch angewandt wurde.<sup>32</sup> Gegenüber den Rechtfertigungsgründen für eine solche Strafnorm überwogen die schädlichen

<sup>25</sup> Ebd., Rn. 71.

<sup>26</sup> Ebd., Rn. 73.

<sup>27</sup> Ebd., Rn. 74 f.

<sup>28</sup> Ebd., Rn. 78.

<sup>29</sup> Ebd., Rn. 57.

<sup>30</sup> UNHCR-Richtlinie Nr. 9 (a. a. O., Fn. 4), Rn. 26; MRA, Entscheidung vom 4.4.1994, *Toonen/Australien*, CCPR/C/50/D/488/1992; belg. Conseil du contentieux des étrangers, arrêts n° 50 966 und n° 50 967 vom 9.11.2010, Rn. 5.7.1. (Freiheitsstrafe von 1-5 Jahren und Geldstrafe von 100.000-1,5 Mio. CFA); Entscheidungen verfügbar auf <http://www.unhcr.org/refworld>.

<sup>31</sup> Später strich er auch die Diskriminierungswirkung einer Strafvorschrift heraus, die für sexuelle Handlungen zwischen Männern und Jungen ein wesentlich höheres Einwilligungsalter voraussetzte als für sexuelle Kontakte im Übrigen; vgl. z. B. *L. und V./Österreich*, Beschwerde Nr. 39392/98 (2003).

<sup>32</sup> EGMR, *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 7525/76 (1981); darauf basierend US Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

Auswirkungen ihrer bloßen Existenz auf das Leben einer Person mit homosexueller Orientierung.<sup>33</sup>

Diese Rechtsprechung bestätigte er in den Entscheidungen *Norris* und *Sutherland*, zwei Fällen, in denen die Beschwerdeführer nicht nach den betreffenden Strafnormen verurteilt worden waren.<sup>34</sup> In *Norris* wurde die Vorschrift gegen einverständlich handelnde Erwachsene überhaupt kaum noch angewandt; jedoch betonte der Gerichtshof, diese Politik könne sich jederzeit ändern. Zudem bekräftigt er die Einschätzung des nationalen Gerichts, Strafvorschriften verstärkten die Irrtümer über und verbreiteten Vorurteile gegen Homosexuelle in der Öffentlichkeit und verstärkten die Angst- und Schuldgefühle Homosexueller, die zu Depressionen und schweren weiteren Folgen führen könnten.<sup>35</sup>

#### b. Verfolgungsintensität dieser Menschenrechtsverletzung

Damit stellt 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. Allerdings ist damit die Frage nach der Verfolgungserheblichkeit erst teilweise beantwortet. Denn Verfolgungsstärke erreicht eine Menschenrechtsverletzung erst ab einer gewissen Intensität. Maßgeblich hierfür ist nach Art. 9 QRL die Schwere, Art oder Wiederholung der Verletzung oder das Zusammenwirken niedrigrschwelliger Beeinträchtigungen.

Grundsätzlich kommen hierfür alle Menschenrechte in Betracht. Allerdings orientiert 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. Verschiedene Menschenrechtsverträge sehen hierfür einen leicht unterschiedlichen Katalog vor; Art. 15 Abs. 2 EMRK weist diesen besonderen Status den folgenden Rechten zu:

- dem Recht auf Leben,
- dem Schutz gegen Folter und gegen unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung,
- dem Schutz gegen Sklaverei und Leibeigenschaft
- sowie dem Verbot der Strafe ohne Gesetz.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> »Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved.« EGMR, *Dudgeon*, ebd., Rn. 60.

<sup>34</sup> EGMR, *Norris/Irland*, Beschwerde Nr. 10581/83 (1988); EKMR, *Sutherland/Vereinigtes Königreich*, Bericht Nr. 25186/94 (1997).

<sup>35</sup> EGMR, *Norris/Irland*, ebd., Rn. 33.

<sup>36</sup> Art. 4 Abs. 2 Zivilpakt und Art. 27 Abs. 2 AMRK enthalten dieselbe Liste, nehmen beim Recht auf Leben jedoch rechtmäßige Kriegshandlungen nicht aus. Sie kennen Derogationsverbote zudem u. a. für das Recht auf Rechtspersönlichkeit sowie auf Gedanken- und Religionsfreiheit, Art. 27 Abs. 2 AMRK auch für die Rechte des Kindes, das

Der EuGH weist darauf hin, dass die Grundrechte, die spezifisch mit der sexuellen Ausrichtung verbunden seien – Art. 8 und 14 EMRK bzw. Art. 7 und 21 der Charta der Grundrechte – nicht zu diesen Rechten gehören.<sup>37</sup> Daher, so schließt er ohne weitere Erläuterung, könne

»das bloße Bestehen von Rechtsvorschriften, nach denen homosexuelle Handlungen unter Strafe gestellt sind, nicht als Maßnahme betrachtet werden, 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.«<sup>38</sup>

Die Behörden hätten daher im Rahmen der Verfolgungsprognose nach Art. 4 QRL zu ermitteln, ob eine Bestrafung mit Verfolgungsstärke tatsächlich zu befürchten sei.

Diese Prüfung ist unbefriedigend kurz. Der Umstand, dass ein Recht nicht derogierbar ist, mag aufgrund der besonderen Bedeutung, die damit ausgedrückt ist, die Verfolgungsintensität indizieren. Andersherum kann jedoch die Derogierbarkeit des Rechts nicht bedeuten, dass die Verfolgungsintensität nicht weiter geprüft werden muss. Vielmehr wäre zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen des Privatlebens, die mit der Strafbarkeit bestimmter sexueller Verhaltensweisen einhergehen, im Lichte des menschenrechtlichen Schutzes als nicht hinnehmbar einzuordnen sind. Hier erlaubt sich der EuGH gewissermaßen einen *shortcut*, der einen notwendigen weiteren Prüfungsschritt abschneidet, nämlich die Frage nach den tatsächlichen Umständen der Ausübung der sexuellen Orientierung im Kontext gesellschaftlicher Diskriminierung.

#### c. Strafbarkeit im Kontext gesellschaftlicher Diskriminierung

Richtig ist, dass die reine Existenz einer Verbotsnorm allein in der Regel nicht Verfolgungsstärke erreichen wird. Wenn nachweislich keine Strafe droht, ist der Verfolgungscharakter der Strafnorm wohl tatsächlich nicht begründbar. Angesichts der jeweils tatsächlich drohenden Bestrafung in den Herkunftsländern der Beschwerdeführer unterlässt der EuGH eine wesentliche Klarstellung: Hiermit endet die Prüfung noch lange nicht.

Zuerst ist zu fragen, ob es sich bei der Nichtdurchsetzung um eine *verlässliche offizielle Politik* handelt – die

Recht auf Familienleben, auf einen Namen, eine Staatsangehörigkeit und Partizipation sowie die essentiellen Verfahrensgarantien zur Sicherung dieser Rechte. Art. 4 Abs. 2 Zivilpakt und Protokoll Nr. 6 und 13 zur EMRK verbieten die Derogation vom (relativen) Verbot der Todesstrafe. Eine Derogation, durch die die Geltung von anderen Rechten suspendiert werden kann, setzt z. B. die Ausrufung des Notstands voraus.

<sup>37</sup> EuGH, *X, Y und Z* (a. a. O., Fn. 2), Rn. 54.

<sup>38</sup> Ebd., Rn. 55.

sich, wie der EGMR in *Norris* zu bedenken gab, natürlich prinzipiell jederzeit ändern kann. Nur wenn eine Politikänderung *ad hoc* zuverlässig auszuschließen ist, kann davon ausgegangen werden, dass keine Verfolgung durch Bestrafung zu befürchten ist. Dies ist eine Frage der Prognose auf Basis der Erkenntnisse über den jeweiligen Herkunftsstaat. Fehlende Informationen über die Durchsetzung solcher Strafgesetze können keinesfalls als Beweis ihrer Nichtdurchsetzung gelten.<sup>39</sup>

Hierbei ist auch einzubeziehen, dass möglicherweise nur deswegen keine Anwendungsfälle entstehen, weil die Betroffenen ein Bekanntwerden aus *Angst vor Repression* um jeden Preis vermeiden. So stellt die UNHCR-Richtlinie 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. 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.<sup>40</sup> Zudem wendeten staatliche Stellen unabhängig von der Strafbarkeit häufig andere Normen in diskriminierender Weise gegen Homosexuelle an, z. B. Vorschriften über die öffentliche Moral oder Ordnung.<sup>41</sup>

Des Weiteren ist die Existenz solcher Verbotsnormen ein *starkes Indiz für gesellschaftliche Diskriminierung*, die selbst Verfolgungsintensität erreichen kann. Staatliche Strafnormen signalisieren Akzeptanz von Übergriffen durch Private und tragen zu einem Klima der Straflosigkeit bei, das sich in behördlicher Schutzverweigerung oder gar eigenen Übergriffen staatlicher Stellen auswirken kann. Dem trägt nicht nur der EGMR Rechnung,<sup>42</sup> sondern auch der südafrikanische Verfassungsgerichtshof, der die Verfassungsmäßigkeit des sogenannten Sodomyverbots<sup>43</sup> zu beurteilen hatte:

»Its symbolic effect is to state that in the eyes of our legal system all gay men are criminals. The stigma thus attached to a significant proportion of our population is manifest. [...] Just as apartheid legislation rendered the lives of couples of different racial groups perpetually at risk, the sodomy offence builds insecurity and vulnerability into the daily lives of gay men. There can be no doubt that the existence of a law which punishes a form of sexual expression for gay men degrades and devalues gay men in our broader society. As such it is a palpable invasion of their dignity and a breach of section 10 of the Constitution.«<sup>44</sup>

Zu prüfen ist also nicht nur die Durchsetzung einer Strafnorm, sondern auch, ob ihre Existenz ein gesellschaftliches Klima widerspiegelt, in dem Homosexuelle nicht vor Verfolgung sicher sind, oder in dem sie von so umfangreichen Diskriminierungen betroffen sind, dass diese kumulativ Verfolgungsstärke erreichen.

Schließlich ist die *Verfolgungsprognose individuell* für die jeweils antragstellende Person zu treffen. Nach 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, »um bewerten zu können, ob in Anbetracht seiner persönlichen Umstände die Handlungen, denen er [...] ausgesetzt sein könnte, einer Verfolgung [...] gleichzusetzen sind.« Die Frage der Verfolgungsintensität kann daher nicht generell beantwortet werden; vielmehr ist zu prüfen, welche Intensität die betreffenden Maßnahmen für den individuellen Antragsteller haben. So ist durchaus vorstellbar, dass die bloße Existenz einer Strafnorm für die betreffende Person schwere Wirkungen von Verfolgungsintensität haben kann, während die Beeinträchtigungen bei anderen Personen regelmäßig keine Verfolgungsintensität erreichen.

Die Behörden haben also nicht lediglich zu »ermitteln, ob [...] die in [den fraglichen] Rechtsvorschriften vorgesehene Freiheitsstrafe in der Praxis verhängt wird.«<sup>45</sup> Sie haben – so der EuGH richtig weiter – »[i]m Licht dieser Hinweise [...] zu entscheiden, ob der Antragsteller tatsächlich Grund zur Befürchtung ha[t] nach der Rückkehr in sein Herkunftsland [...] verfolgt zu werden.«<sup>46</sup> Diese Prüfung geht aber eben deutlich über die Frage der Anwendung der Strafnorm hinaus und umfasst auch mit der Strafnorm gegebenenfalls nur mittelbar zusammenhän-

<sup>39</sup> Jansen/Spijkerboer, *Fleeing Homophobia: Asylanträge mit Bezug zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität in Europa*, Amsterdam 2011, abrufbar unter [http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/web2\\_110098\\_FH-DE\\_tcm22-241574.pdf](http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/web2_110098_FH-DE_tcm22-241574.pdf), S. 31, nun erweitert zum Sammelband: Spijkerboer (Hg.), *Fleeing Homophobia: Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum*, Oxon/New York 2013; s. auch VG Bayreuth, Urteil vom 5.3.2012 – B 3 K 11.30113 –, abrufbar unter <http://www.vgh.bayern.de/media/vgbayreuth/presse/3k11.30113-web.pdf>, S. 10 f.; UNHCR-Richtlinie Nr. 9 (a. a. O., Fn. 4), Rn. 28.

<sup>40</sup> UNHCR-Richtlinie Nr. 9 (ebd.), Rn. 27.

<sup>41</sup> Ebd., Rn. 29.

<sup>42</sup> EGMR, *Norris* (a. a. O., Fn. 34), Rn. 38.

<sup>43</sup> Der Begriff »sodomy« kann im Englischen im Unterschied zum Deutschen auch den analen oder oralen Geschlechtsverkehr bezeichnen, wobei die Gleichgeschlechtlichkeit des Verkehrs häufig impliziert wird. Der Begriff und seine stark pejorative Note stammen aus einer umstrittenen Lesart der biblischen Geschichte von Sodom und Gomorra (Gen. 14, 18 und 19), deren Bewohner den Zorn Gottes auf sich zogen.

<sup>44</sup> Südafrikanischer Constitutional Court, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517, Rn. 28 (Ackerman J.).

<sup>45</sup> EuGH, *X, Y und Z* (a. a. O., Fn. 2), Rn. 59.

<sup>46</sup> Ebd., Rn. 60.

gende Gefahren, die sowohl von Seiten der Behörden als auch von Seiten Privater drohen können.

### III. Bewertung und Ausblick

Insgesamt ist das Urteil eine begrüßenswert konsequente Fortsetzung der Rechtsprechung zur Religion, in der der EuGH der deutschen Unterscheidung zwischen *forum internum* und *forum externum* eine menschenrechtlich begründete Absage erteilt hatte. Der Gerichtshof betont die menschenrechtliche Bedeutung der sexuellen Orientierung wiederholt und ausdrücklich und unterbindet damit jeden Versuch, ihren Schutzbereich zu beschränken. Konsequenter ist damit auch die Bejahung des Verfolgungscharakters der Bestrafung entsprechender Äußerungen.

Unbefriedigend ist allerdings der Umgang des Gerichtshofs mit der Frage nach dem Verfolgungscharakter der Strafnorm selbst. Das Abstellen auf die Derogierbarkeit des Rechts auf Schutz des Privatlebens erweist sich als – in der Qualifikationsrichtlinie unglücklich angelegter – Kurzschluss. Zudem wird nicht ausreichend deutlich, dass die Frage der Nichtanwendung einer Strafnorm nur der erste von mehreren Prüfungsschritten sein kann. Zwar kann eine nicht angewendete Norm, die menschenrechtlich bedenklich ist, wohl tatsächlich nur in Ausnahmefällen Verfolgungsintensität erreichen. Doch diese Nichtanwendung bedarf einerseits der intensiven Nachprüfung, andererseits existieren solche Strafnormen gerade nicht in einem Vakuum. Sie sind vielmehr ein ernstes Anzeichen für Diskriminierung in einer Atmosphäre der Intoleranz und der Straflosigkeit, 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.

Mit diesem Urteil ist jedoch der Komplex Verfolgung wegen der Homosexualität keineswegs abgeschlossen – denn sobald feststeht, dass Homosexualität als Fluchtgrund anzuerkennen ist, verschiebt sich das Prob-

lem in den Nachweis der Homosexualität.<sup>47</sup> Da es in dieser Frage innerhalb der EU noch große Abweichungen und zum Teil hochproblematische Praxen gibt,<sup>48</sup> hat der Raad van State dem EuGH im März 2013 dazu eine weitere Frage vorgelegt.<sup>49</sup> Das Vorlageverfahren *A, B und C* betrifft u. a. einen Kläger aus Uganda, dessen vorgetragene Homosexualität der *Staatssecretaris* nicht für 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.<sup>50</sup> Der Minister hatte dieses Angebot als unvereinbar mit dem Recht auf Achtung der Privatsphäre zurückgewiesen, aber auch nicht als Beweis der Homosexualität gewertet. Der Raad van State stimmt dem Minister zu, wegen der Missbrauchsgefahr könne sich die Behörde nicht allein auf das Vorbringen eines Antragstellers stützen, äußert jedoch auch Zweifel an der menschenrechtlichen Zulässigkeit entsprechender Nachfragen im Hinblick auf das Recht auf geistige und körperliche Gesundheit und auf Achtung der Privatsphäre nach Art. 3 und 7 der EU-Grundrechtecharta.<sup>51</sup> Er fragt daher den EuGH, welche Grenzen Art. 4 QRL und die Grundrechtecharta der Art und Weise setzen, wie die Glaubhaftigkeit der behaupteten sexuellen Orientierung zu prüfen ist, und ob dies von der Prüfung anderer Verfolgungsgründe abweicht.<sup>52</sup> Es steht zu hoffen, dass sich der EuGH auch hier an der UNHCR-Richtlinie orientieren wird, die vor allem vor stereotypen Vorstellungen und invasiven Methoden warnt.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Jansen/Spijkerboer (a. a. O., Fn. 39), S. 52 f.

<sup>48</sup> Ebd., S. 52-69.

<sup>49</sup> 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 171/16f. vom 15.6.2013.

<sup>50</sup> Raad van State (ebd.), Rn. 8.

<sup>51</sup> Ebd., Rn. 13-13.5.

<sup>52</sup> Ebd., Rn. 14.

<sup>53</sup> UNHCR-Richtlinie Nr. 9 (a. a. O., Fn. 4), Rn. 62-66; dazu auch Markard (a. a. O., Fn. 3), 82-84.

Der Beitrag wurde gefördert aus Mitteln der Europäischen Union – Europäischer Flüchtlingsfonds. Er gibt die Meinung der Verfasserin wieder. Die Europäische Kommission zeichnet für die Verwendung der Informationen nicht verantwortlich.





## Unsere Angebote

**ASYLMAGAZIN – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht** Enthält Rechtsprechung, Länderinformationen, Beiträge für die Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen sowie Nachrichten. Das Asylmagazin erscheint zehnmal im Jahr und kann zum Preis von 62 € jährlich abonniert werden.

**Wichtiger Hinweis:** Die bestehenden gemeinsamen Abonnements für das ASYLMAGAZIN und das Asyl-Info von Amnesty International laufen Ende 2013 aus.

**Das ASYLMAGAZIN erscheint weiter** – ab 2014 mit einem erweiterten Nachrichtenteil sowie mit den bewährten Informationen: Beiträge zu rechtlichen Entwicklungen, aktuelle Rechtsprechung, Ländermaterialien, Literaturhinweise. Über das Abonnement ab 2014 und die Bestellmöglichkeiten informieren wir Sie bei [www.asyl.net](http://www.asyl.net).

**[www.asyl.net](http://www.asyl.net)** Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählte Rechtsprechung und Länderinformationen, Adressen, Arbeitsmittel und Tipps.

**[www.ecoi.net](http://www.ecoi.net)** Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern.

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

**Dokumenten- und Broschürenversand** Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei [www.asyl.net](http://www.asyl.net) mit einer Bestellnummer genannt werden, können bei IBIS e.V. in Oldenburg bezogen werden (Bestellformular im ASYLMAGAZIN).

