

# Kommentare

Nora Markard/Laura Adamietz

## Keep it in the Closet?

### Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand\*

„Kann der homosexuelle Mensch darauf verwiesen werden, seine sexuelle Ausrichtung im Heimatland im Verborgenen auszuleben und nach außen nicht bekannt werden zu lassen?“ Diese Frage hat das OVG Münster kürzlich dem EuGH vorgelegt<sup>1</sup> und damit indirekt eine bahnbrechende Entscheidung des britischen Supreme Court in Frage gestellt. Die Lordrichter hatten 2010 im Fall *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v SSHD*<sup>2</sup> befunden, dass ein Leben im Verborgenen entgegen der bisherigen Rechtsprechung unzumutbar ist. Verhandelt wird hier das, was im Englischen bildhaft als „the closet“ bezeichnet wird: Das Verbergen der Homosexualität im Privaten, sozusagen im Schrank.<sup>3</sup>

#### *I. Die Privatisierung der Homosexualität im Recht: Schutz im Schrank*

Dass Homosexualität vom Schutz der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)<sup>4</sup> umfasst ist, ist inzwischen anerkannt.<sup>5</sup> Sie 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.<sup>6</sup> Dies regelt seit 2004 ausdrücklich die europäische Qualifikationsrichtlinie (Art. 10 I lit. d QRL).<sup>7</sup> Voraussetzung der Anerkennung ist eine Prognose, dass dem Flüchtling wegen dieses Merkmals bei seiner Rückkehr in sein Herkunftsland Verfolgung, also schwere Menschenrechtsverletzungen drohen würden (Art. 1(A)2 GFK).<sup>8</sup>

\* Die Autorinnen danken RA Dirk Siegfried für wichtige und anregende Hinweise zur Praxis sowie Elisabeth Holzleithner und Dominik Bender für Kritik und Anmerkungen.

1 OVG Münster, B. v. 23.11.2010 – 13 A 1013/09.A, Asylmagazin 2011, 81; EuGH Rs. C-563/10, *Kashayar Khavand/Bundesrepublik Deutschland*.

2 Supreme Court (chem. House of Lords), *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. SSHD*, [2010] UKSC 31; im Folgenden *HJ (Iran)*. Frei zugänglich auf <http://www.bailii.org>.

3 Eingehend Sedgwick, The Epistemology of the Closet, 1990. „It is the way in which hundreds of thousands of gay men lived in England before the enactment of the Sexual Offences Act 1967“: *HJ (Iran)*, Rn. 92, per Lord Walker; in Deutschland dauerte es noch zwei Jahre länger.

4 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (1951), 189 UNTS 150, i.d.F. des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (1967), 606 UNTS 267.

5 Vgl. insb. UNHCR, Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 2008, <http://www.refworld.org>; dazu aufz. und krit. LaViolette, IJRL 22 (2010), 173–208.

6 Definition der „bestimmten sozialen Gruppe“; vgl. Hruschka/Löhr, Das Konventionsmerkmal „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ und seine Anwendung in Deutschland, NVwZ 2009, 205–211; zur Entwicklung McGhee, Persecution and Social Group Status: Homosexual Refugees in the 1990s, JRS 14 (2001), 20–42.

7 RL 2004/83/EG regelt Mindeststandards für die Flüchtlingsanerkennung. Hierauf bezieht sich die Vorlage des OVG.

8 Ausf. zu Art. 1(A)2 GFK Löhr, Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs, Baden-Baden 2009, S. 76–156.

In der Vorinstanz zu *HJ (Iran) and HT (Cameroon)* war der Court of Appeal davon ausgegangen, dass für beide Kläger keine Verfolgungsgefahr bestehe.<sup>9</sup> HT hatte angegeben, er werde im Fall seiner Rückkehr nach Kamerun seine Homosexualität geheim halten, was wenig erstaunt; er war vor seiner Flucht von einem Mob angegriffen und von eingreifenden Polizisten krankenhausreif geschlagen worden, weil er in seinem Garten seinen Partner geküsst hatte.<sup>10</sup> Der Court of Appeal befand, ein solches „diskretes“ Verhalten könne auch von dem Iraner HJ erwartet werden. Sei einem Flüchtling die ‚innere Emigration‘ zumutbar, bestehe kein Grund für eine Flucht über die Grenze.<sup>11</sup> Andere Gerichte, die ähnlich argumentierten, bezeichneten die öffentliche Erkennbarkeit homosexueller Orientierung als „Zurschaustellung“ oder sogar als Einladung zur Verfolgung.<sup>12</sup>

Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte im Fall eines Iraners schon 1988 festgestellt, grundsätzlich sei die „Beschränkung“ der sexuellen Betätigung durch die Gesetzeslage im Iran, die (tatbeständlich) derjenigen in Deutschland nur 20 Jahre zuvor entspreche, hinzunehmen. „Das Asylrecht hat nicht die Aufgabe, möglicherweise gewandelte moralische Anschauungen in der Bundesrepublik über homosexuelles Verhalten in anderen Staaten durchzusetzen.“<sup>13</sup> Abgesehen davon, dass hier der Vorwurf des Kulturimperialismus zur Farce gerät,<sup>14</sup> ist auch auf die extrem unterschiedlichen Sanktionen hinzuweisen: Im Iran etwa drohten dem Kläger, anders als im Deutschland der 1960er Jahre, körperliche Züchtigung oder gar die Todesstrafe.

Eine Beschränkung auf den Kernbereich der Privatsphäre, das sog. *forum internum*, dominiert(e) auch die deutsche Asylrechtsprechung zur Religionsfreiheit.<sup>15</sup> Nur wenn dieses „religiöse Existenzminimum“ im Kernbereich der Privatsphäre verletzt sei, bestehe ein Schutzanspruch.<sup>16</sup> An diese Einteilung in geschütztes *forum internum* und zumutbare Beschränkung im *forum externum* knüpfte 2009, wiederum im Falle eines homosexuellen iranischen Klägers, das VG Düsseldorf an: Ein *forum externum* der homosexuellen Betätigung sei nicht geschützt. Zudem könne der Kläger Homosexuelltreffpunkte in öffentlichen Parks aufsuchen.<sup>17</sup> Das OVG Münster legte daraufhin, wie eingangs erwähnt, dem EuGH die Frage vor, ob die QRL auch das *forum internum* schütze<sup>18</sup> – eine Vorlage, die sich sogleich erledigte: Nachdem der EuGH auf seiner Website den

9 [2009] EWCA Civ 172.

10 *HJ (Iran)*, Rn. 41.

11 Grdl. zur Zumutbarkeit Court of Appeal, *J v SSHD*, [2007] Imm AR 73, Rn. 16, per Maurice Kay LJ. HJs Prozessvertreter Raza Husain QC sprach in Anlehnung an die sog. innerstaatliche Schutzalternative von „internal flight within the self“: *HJ (Iran)*, Rn. 20.

12 Ausf. Nachweise bei Millbank, From Discretion to Disbelief, Int'l J. Hum. Rts. 13 (2009), 391-414 (393).

13 BVerwGE 79, 143 (149).

14 Ebenso VG Oldenburg, Urt. v. 13.11.2007 – 1 A 1824/07, Rn. 44 f.: Doppelstandards machen sich die Auffassung des Verfolgerstaats zu eigen.

15 Vorlage an den EuGH: BVerwG, B. v. 9.12.2010 – 10 C 19.09 , 10 C 21.09, LS: DVBl. 2011, 512; offen gelassen noch in BVerwGE 133, 221 (225 ff.). In der Regel liegt die Verfolgungs*handlung* nicht in der Beschränkung der Religionsfreiheit, sondern in den schweren Sanktionen für religiös begründete Regelverstöße. Art. 10 I lit. d QRL statuiert, dass auch Verfolgung (z.B. durch schwere Strafen) wegen der öffentlichen Religionsausübung Verfolgung wegen der Religion ist. Ebenso m.w.N. Göbel-Zimmermann/Masuch, in: Huber, AufenthG (2010), § 60 Rn. 71, 76.

16 BVerwG, NVwZ 1996, 82; BVerwGE 74, 31 (38, 40); 87, 52; 120, 16; BVerfGE 76, 143 (158 f.) – *Ahmadiyya*; BVerfG-K, InfAuslR 1995, 210 m.w.N.

17 VG Düsseldorf, Urt. v. 11.3.2009 – 5 K 1875/08.A.

18 OVG Münster (Fn. 1).

vollen Namen des Klägers veröffentlichte, war es mit der Diskretion ohnehin vorbei.<sup>19</sup>

Nicht allen homosexuellen Flüchtlingen jedoch wird der *closet* zugemutet. So gewährte das Bundesverwaltungsgericht dem iranischen Kläger ausnahmsweise Asyl nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, weil das Berufungsgericht festgestellt hatte, dass „sich der Kläger einer homosexuellen Betätigung gar nicht enthalten kann.“<sup>20</sup> Homosexualität, dies beweise die Forschung, sei vielfach eine irreversible Prägung.<sup>21</sup> Auch beim Kläger handle es sich „nicht um eine bloße Neigung ..., der nachzugeben mehr oder weniger im Belieben des Klägers stünde“; vielmehr sei „in dessen Person im Sinne einer irreversiblen Prägung eine unentrinnbare schicksalhafte Festlegung auf homosexuelles Verhalten gegeben ... , die das Gefühlsleben des Klägers einschließlich seines sexuellen Verhaltens seit seinem 15. oder 16. Lebensjahr bestimmt.“<sup>22</sup> Der Kläger werde daher trotz der Strafnormen „seinem unentrinnbaren Geschlechtstrieb auf absehbare Zeit mehr oder weniger zwangsläufig nachgeben.“<sup>23</sup>

Diese Pathologisierung der Homosexualität kann zu ungeheuerlicher Beweisfindung Anlass geben, wie folgende Urteilsbegründung zeigt: „Der Landgerichtsarzt 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 Weise homosexuell veranlagt. Jedermann, der nicht krankhaft veranlagt sei, sei in der Lage, seinen Sexualtrieb durch Selbstbefriedigung zu kompensieren oder generell zu unterdrücken. Dies ist nachvollziehbar und überzeugend und entspricht dem, was jedermann aus eigener Erfahrung ohnehin weiß.“<sup>24</sup> Das Gericht entwirft hier normative Vorstellungen „normaler“ Sexualität, an denen der Kläger gemessen wird; nur wer als quasi krankhaft triebhaft eingeordnet wird, kann in solcher Perspektive noch Schutz erlangen.

## 2. Menschenrechtlicher Schutz von Homosexualität: Devianz im Privaten

Während im Bereich der Verfolgung wegen der politischen Überzeugung,<sup>25</sup> der Religion<sup>26</sup> oder der Ethnizität<sup>27</sup> weitgehend anerkannt ist, dass von einem Flüchtling nicht verlangt werden kann, diese dauerhaft geheim zu halten, ist dies bei der sexuellen Orientierung – genauer, bei der normabweichenden sexuellen Orientierung – häufig anders. Das Konzept der „Diskretion“ betrifft die Frage, welcher Raum queerer Sexualität gesellschaftlich zugewiesen ist.<sup>28</sup>

In der Rechtsprechung des EGMR ist dies traditionell der Raum des Privaten: Danach beinhaltet der Schutz der Homosexualität vor allem das Recht auf „Aus-

19 OVG Münster, B. v. 15.2.2011 – 13 A 1013/09.A: Aufhebung des Vorlagebeschlusses wg. Klagosstellung.

20 BVerwGE 79, 143 (151); Herv. im Original.

21 Ebd., 147.

22 Ebd.

23 Ebd., 152.

24 VG Regensburg, Urt. v. 4.8.1998 – RN 11 K 97.31221 (unveröff.; Herv. d. Verf.). Der Kläger befand sich zum Zeitraum, auf den sich das Gutachten bezieht, in Einzelhaft. Der Anwalt des Klägers bestritt diese Behauptung und berief sich u.a. auf sein eigenes Zeugnis. Das Gericht befand, es handle sich nicht um einen Beweisantrag und berief sich im Urteil dann auf eigen Sachkenntnis.

25 Austral. FC, *Win v MIMA*, [2001] FCA 132. *SZATV v MIC*, (2007) 233 CLR 18; die Vorinstanz hatte vorschlagen, der Kläger, ein Journalist, könne umziehen und im Bausektor arbeiten.

26 US 11th Cir. CA, *Kazemzadeh v AG*, 577 F.3d 1341 (2009); 7th Cir. CA, *Iao v Gonzalez*, 400 F.3d 530, 532 (2005); 9th Cir. CA, *Zhang v Ashcroft*, 388 F.3d 713 (2004); 8th Cir. CA, *Woldemichael v Ashcroft*, 448 F.3d 1000 (2006).

27 CA, *Hysi v SSHD*, [2005] EWCA Civ 711, [2005] INLR 602, Rn. 37.

28 Millbank (Fn. 12), 393.

übung' der Homosexualität in den eigenen vier Wänden und das Recht auf Geheimhaltung der Homosexualität als „the most intimate aspect of private life“.<sup>29</sup> Anknüpfungspunkt ist dabei der Schutz des Privatlebens, der nach den Yogyakarta-Prinzipien das Recht auf Offenlegung oder Geheimhaltung der eigenen sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität sowie von Entscheidungen umfasst, die den Körper oder sexuelle Aktivitäten betreffen.<sup>30</sup> Zwar befand der EGMR die Strafbarkeit einverständlicher sexueller Handlungen zwischen Erwachsenen desselben Geschlechts als Menschenrechtsverletzung,<sup>31</sup> betonte jedoch jeweils die räumliche Privatheit der sexuellen Aktivität und den Wunsch der Kläger nach Vermeidung von Öffentlichkeit.<sup>32</sup> Auch als es um Befragungen zur Homosexualität in der Armee ging,<sup>33</sup> beschränkte sich der EGMR auf die Verletzung des Privatlebens, hinter dem eine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) durch den Zwang zur Geheimhaltung zurücktrete. Erfolgreich konnte auch die Anerkennung der Kriegsdienstverweigerung aufgrund homophober Gewalt in der Armee geltend gemacht werden, bei der es also um die Entziehung von der Gewaltbedrohung, nicht um die Gewaltbedrohung selbst ging.<sup>34</sup>

Auch die deutsche verfassungsrechtliche Rechtsprechung folgt diesem Muster. Im *Lebach*-Urteil etwa schützte das Bundesverfassungsgericht 1973 einen verurteilten Mörder vor der filmischen Veröffentlichung seiner homosexuellen Kontakte; der Kläger sei bisexuell, und der Film vermindere seine Chancen auf Resozialisierung, insbesondere seine Chancen, eine Frau zu finden.<sup>35</sup> 2005 schützte das Bundesverfassungsgericht eine lesbische Asylsuchende vor Ermittlungen in ihrem Herkunftsland, die sie dort ounten würden.<sup>36</sup> Homosexuelle Orientierung fand damit bis 2009 – der Erklärung der Verfassungswidrigkeit von Benachteiligungen von Lebenspartnern gegenüber Eheleuten<sup>37</sup> – in Karlsruhe nur Unterstützung in dem Bemühen, im Verborgenen, Privaten zu verbleiben.<sup>38</sup> Erst in den letzten Jahren weitet sich die EGMR-Rechtsprechung auf „öffentliche“ Rechte aus, so die Demonstrationsfreiheit z.B. für Gay-Pride-Demonstrationen.<sup>39</sup> Übertragbar ist die Rechtsprechung zum Schutz vor sog. *hate crimes*.<sup>40</sup> Nachdem in mehreren Staaten die Lebenspartnerschaft eingeführt oder die Ehe ausgeweitet wurde, öffnete der EGMR auch den Schutz des Familienlebens

29 EGMR, *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 7525/76 (1981), Rn. 52; aufz. Johnson, ‘An essentially Private Manifestation of Human Personality’, *Hum. Rts. L. Rev.* 2010, 67–97.

30 Yogyakarta Principles: Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity (2007), Prinzip 6; [www.yogjakartaprinciples.org](http://www.yogjakartaprinciples.org).

31 EGMR, *Dudgeon* (Fn. 29); *L. und V./Österreich*, 39392/98 (2003); *Norris/Irland*, 10581/83 (1988); darauf basierend US SC, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Auch Strafbewehrungen von Geschlechtsverkehr von Männern mit männlichen Jugendlichen (nicht jedoch von Frauen oder Männern mit weiblichen Jugendlichen) hat der EGMR bzw. die EKMR für konventionswidrig erklärt: EGMR, *S. L./Österreich*, 45330/99 (2003); EKMR, *Sutherland/Vereinigtes Königreich*, Bericht Nr. 25186/94 (1997).

32 EGMR, *Dudgeon* (Fn. 29); *Norris* (Fn. 31); *ADT/Vereinigtes Königreich*, 35765/97 (2000), Rn. 25. Auch der US-Supreme Court (Fn. 31) stellt klar, es gehe nicht um öffentliches Verhalten.

33 EGMR, *Smith and Grady/Vereinigtes Königreich*, 33985/96 and 33986/96 (1999).

34 EGMR, *Mangaros/Zypern*, 12846/05 (2008). Genauer ging es um Rechtshilfe in einem Verfahren, dessen Grundlage die Anerkennung der Verweigerung war.

35 BVerfGE 35, 202 (242).

36 BVerfGK 5, 60 = NVwZ 2005, 681.

37 BVerfGE 124, 199.

38 Adamietz, Geschlecht als Erwartung, Baden-Baden 2011, 263.

39 EGMR, *Bączkowski/Polen*, 1543/06 (2007), Rn. 64. Viele weitere Fälle sind anhängig.

40 Für politische Überzeugung EGMR, *Ouranio Toxo u.a./Griechenland*, 74989/01 (2005): Pflicht zum Schutz von Minderheiten gegen vorhersehbare Gewalt. Verschiedene Fälle betreffen den Schutz Einzelner vor vorhersehbarer Gewalt, insb. *Opuz/Türkei*, 33401/02 (2009), hinsichtlich häuslicher Gewalt als Form von Geschlechterdiskriminierung.

für homosexuelle Paare,<sup>41</sup> wohlgemerkt also auf solche, die das heteronormative Ideal der verbindlichen und exklusiven Zweierbeziehung<sup>42</sup> anrufen.

### *3. Sex und das andere: Triebhaftigkeit und Passing*

Diese Rechtsprechungslinien – flüchtlingsrechtlich, menschenrechtlich – reduzieren tendenziell die (normabweichende) sexuelle Orientierung auf den Sex, der auf den privaten Raum beschränkt werden kann. Vor allem männliche Homosexuelle erscheinen als triebhafte Wesen, die ihrer Homosexualität und dem Drang zu ihrer sexuellen Realisierung entweder ausgeliefert sind<sup>43</sup> oder die lernen müssen, sich zu bändigen.

Zum Teil verweisen Gerichte dabei darauf, dass im Herkunftsland des Flüchtlings auch heterosexuelle Sexualbeziehungen „diskret“ gehandhabt würden.<sup>44</sup> Lebensweisen, die über das Geschlechtsleben hinausgehen, werden jedoch ausgebendet, da sie bei Heterosexuellen zumeist „unsichtbar“ sind, da sie gesellschaftlich akzeptiert sind und daher als „neutral“ gelten.

Denn nicht nur Sexualität geht über den eigentlichen Geschlechtsverkehr weit hinaus. Verhaltensweisen, an denen die sexuelle Orientierung abgelesen wird, erfassen viele Lebensbereiche: Wie reagiert eine Person auf Frauen oder Männer, gibt sie sich dem anderen Geschlecht durch ihr Auftreten als grundsätzlich sexuell aufgeschlossen zu erkennen? Geht sie aufgrund ihres Aussehens, ihres Auftretens, ihres Ganges, ihrer Stimme, als feminine, an Männern interessierte Frau, als maskuliner an Frauen interessierter Mann durch?<sup>45</sup> Redet sie beim Geplänkel über Eroberungen und sexuelle Attraktion gegenüber dem „richtigen“ Geschlecht mit? Lord Rodger macht in *HJ (Iran)* deutlich, dass es nicht nur um sexuelle Kontakte sondern auch um all die kleinen Flirts geht, „which are an enjoyable part of heterosexual life“, um die kleinen zärtlichen Gesten, die zwischen Männern und Frauen selbstverständlich seien, insgesamt die Möglichkeit, in einer sexuellen Beziehung glücklich zu sein.<sup>46</sup>

Gesetze, die gleichgeschlechtlich konnotierte sexuelle Handlungen unter Strafe stellen, dienen zudem der Aufrechterhaltung eines gesellschaftlichen Klimas, in dem Homosexuelle in der Familie und auf der Straße von Gewalt und Erpressung bedroht sind, die sich in Polizeistationen fortzusetzen droht;<sup>47</sup> dies macht die Geschichte von HT in *HJ (Iran)* überaus plastisch. Damit geht es nicht nur um „diskreten“ Sex, sondern um die Geheimhaltung einer gesamten Lebensweise, um *citizenship* im umfassenden Sinne:<sup>48</sup> „In short, what is protected is the applicant’s right to live freely and openly as a gay man.“<sup>49</sup>

41 EGMR, *Schalk und Kopf/Österreich*, 30141/04 (2010).

42 Dazu König, Beziehungsweisen jenseits der Zweisamkeits(ver)ordnung, KJ 2008, 271-278.

43 So leider auch in *HJ (Iran)*, Rn. 77, *per* Lord Rodger.

44 Vgl. VG München, Urt. v. 28.11.2007 – M 18 K 07.50325, Rn. 23; s.a. BVerwG (Fn. 13), 152.

45 Vgl. US SC, *Price Waterhouse v Hopkins*, 490 U.S. 228.

46 *HJ (Iran)*, Rn. 77, *per* Lord Rodger.

47 UNHCR Guidance Note (Fn. 5), Rn. 20-22; vgl. a. südafri. Const. Court, National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice, 1999 (1) SA 6, Rn. 130 (*per* Sachs J.).

48 Für eine Diskussion verschiedener Citizenship-Konzepte vgl. z.B. Richardson, Rethinking Sexuality, London u.a. 2000, 71-115. Dank an Lucy Chebout für diesen Hinweis.

49 *HJ (Iran)*, Rn. 78, *per* Lord Rodger. So auch der austral. High Court, *Appellant S395/2002*, [2003] HCA 71, Rn. 81 (*per* Gummow and Hayne JJ.).

Die Law Lords befanden nun in der Sache *HJ (Iran) and HT (Cameroon)* unter Berufung auf internationale Rechtsprechung,<sup>50</sup> dass ein Leben auf Dauer im *closet*, ob wie bei HJ vom Gericht angeordnet oder wie von HT aus Furcht vor Verfolgung selbst auferlegt, unzumutbar ist.<sup>51</sup> Die Flüchtlingskonvention gehe davon aus, dass Menschen frei von Furcht vor schweren Verletzungen wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Überzeugung leben können sollten.<sup>52</sup> Denn der Zwang, seine Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politische Orientierung aus Furcht vor Verfolgung zu verbergen, beraubt den Flüchtling genau des Schutzes, den die Konvention ihm bieten soll.<sup>53</sup> Entscheidend sei daher nicht, ob der Flüchtling – hier: HJ – seine sexuelle Orientierung verbergen könne, sondern nur ob er es werde.

Mit der Feststellung, dass ein Flüchtling – wie HT – im Fall seiner Abschiebung seine sexuelle Orientierung verbergen und dadurch voraussichtlich Verfolgung entgehen wird, ist die Prüfung jedoch noch nicht beendet. Lord Walker bezeichnet dies als das „Anne-Frank-Prinzip“.<sup>54</sup> Anne Frank habe der Verfolgung durch den Aufenthalt in ihrem Versteck – bis zu ihrem Verrat – entgehen können. Nach der Diskretions-Rechtsprechung wäre sie kein Flüchtling gewesen, da sie ja das Versteck hatte. Entscheidend ist daher, ob der Flüchtling seine sexuelle Orientierung allein aus Gründen gesellschaftlicher oder familiärer Erwartungen verberge oder weil er andernfalls Verfolgung fürchtet.<sup>55</sup>

Mit dieser neuen Rechtsprechung sind jedoch wiederum Stereotype verbunden, die sich teilweise auf die Flüchtlingsdefinition zurückführen lassen. Zum anderen verlagern sich die Probleme nun in den Nachweis der Homosexualität, in eine Verschiebung „from discretion to disbelief“.<sup>56</sup>

### 1. Kylie und Cocktails: Homosexualität als Identität und als Schicksal

Flüchtlingsrechtlich ist die Homosexualität geschützt, weil sie entweder ein angeborenes, unveränderliches Merkmal darstellt oder weil sie so zentral für die Identität des Flüchtlings ist, dass ein Verzicht nicht verlangt werden kann. Im Einklang hiermit erscheint die Homosexualität im Urteil des britischen Supreme Court als Identität und als Schicksal.

Mit der Ausweitung der Betrachtung über den sexuellen Kontakt hinaus wird Homosexualität von einer Aktivität zu einer Identität und damit tendenziell zu einer prägenden Eigenschaft, etwas was man wesentlich ist, nicht was man tut.<sup>57</sup> Die dieser Betrachtungsweise innenwohnende Tendenz wird an dem deutlich, was Lord Rodger selbst(ironisch) „trivial stereotypical examples from British society“ nennt: „[J]ust as male heterosexuals are free to enjoy themselves playing rugby, drinking beer and talking about girls with their mates, so male

<sup>50</sup> Insb. *Appellant S395/2002* (Fn. 49), Rn. 41, per McHugh und Kirby JJ; neuseel. RSAA, *Refugee Appeal No. 74665/03*, [2005] INLR 68; US-Court of Appeals 9th Cir., *Karouni v. Gonzalez*, 399 F.3d 1163 (2005); kanad. FC, *Atta Fosu v Canada (MCI)*, [2008] FC 1135; *Okoli v MCI*, [2009] FC 332.

<sup>51</sup> So auch UNHCR (Fn. 5), Rn. 12, 25 f.

<sup>52</sup> *HJ (Iran)*, Rn. 52, per Lord Rodger.

<sup>53</sup> Ebd., Rn. 110, per Lord Collins. Ebenso Sir John Dyson SCJ, Rn. 113.

<sup>54</sup> Ebd., Rn. 96, per Lord Walker, unter Berufung auf *J v SSHD* (Fn. 11). Der Vergleich taucht auch in der australischen Rspr. auf: *Win v MIMA* [2001] FCA 132.

<sup>55</sup> *HJ (Iran)*, Rn. 35, per Lord Hope, 82, per Lord Rodger. Zust. Lord Walker, Rn. 98.

<sup>56</sup> Millbank (Fn. 12).

<sup>57</sup> Hierzu Halley, Reasoning about Sodomy, Va. L. Rev. 79 (1993), 1721-80; dazu Thomas, The Eclipse of Reason, ebd., 1805-32.

homosexuals are to be free to enjoy themselves going to Kylie concerts, drinking exotically coloured cocktails and talking about boys with their straight female mates.“ Schwule Männer müssten ebenso wie Heteros so leben können, wie es ihrer Natur entspreche.<sup>58</sup> Diese klischeehafte Überzeichnung der „Natur“ von (hier: männlichen) Homosexuellen verweist auf das gruppistische Element<sup>59</sup> des Identitätskonzepts. Das einzelne Individuum wird als zugehörig zu einer (bestimmten sozialen) Gruppe konzipiert, die durch bestimmte Gemeinsamkeiten gekennzeichnet ist, an denen sie erkennbar wird. Das Individuelle verschwindet tendenziell hinter diesen (vermeintlichen) Gemeinsamkeiten.

Komplementär hierzu ist die Konstruktion von Homosexualität als *Schicksal* oder Natur, als irreversibel. Johnson zeigt auf, wie das Konzept der „Persönlichkeit“ in der EGMR-Rechtsprechung benutzt wurde, um Homosexualität als immanente Eigenschaft zu essenzialisieren und dadurch ihren Ausdruck als Menschenrecht zu verteidigen: Was ein Mensch nicht ändern kann, das darf ihm nicht zum Nachteil gereichen.<sup>60</sup> Dabei fungierte die Argumentation der „Schicksalhaftigkeit“ auch als Verteidigungslinie gegenüber Pathologisierungen von Homosexualität unter dem Vorzeichen der vermeintlichen „Heilbarkeit“.<sup>61</sup> Dies wird auch in der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts erkennbar; nur weil die Homosexualität des Klägers „schicksalhaft“ und „irreversibel“ war, bekam er besonderen Schutz.

Wie diese beiden Elemente zusammenwirken, zeigt Lord Hopes Argumentation in *HJ (Iran)*: „The group is defined by the immutable characteristic of its members' sexual orientation or sexuality. ... [B]ecause it manifests itself in behaviour, it is less immediately visible than a person's race. But, unlike a person's religion or political opinion, it is *incapable of being changed*. To pretend that it does not exist, or that the behaviour by which it manifests itself can be suppressed, is to deny the members of this group their fundamental right to *be what they are* ....“<sup>62</sup>

## *2. Glaubwürdige „gay performance“: Queere Stereotype als Beweisproblem*

Der Entwurf von Homosexualität als Identität und als Schicksal spiegelt sich in den Stereotypen wieder, mit denen Flüchtlinge beim Kampf um Anerkennung konfrontiert sind. Dabei müssen sich Flüchtlinge einerseits in westliche Bilder von homosexueller Identität einpassen, andererseits ihre Homosexualität als ihre eigentliche, alternativlos einzige und endgültige Natur präsentieren. Hilfreich bei der Anerkennung ist dabei ein lineares Narrativ der sexuellen Selbsterkenntnis, in dem heterosexuelle Erfahrungen allenfalls in einer Phase anfänglicher Verwirrung eine Rolle spielen.<sup>63</sup> Unvereinbar mit der Homosexualität als Schicksal sind bisexuelle oder wechselnde, fluide Orientierungen und Selbstidentifikationen. Rehaag bringt es auf dem Punkt: „Bisexuals need not apply.“<sup>64</sup>

58 *HJ (Iran)*, Rn. 78, *per* Lord Rodger.

59 Brubaker, Ethnizität ohne Gruppen, Hamburg 2007; vgl. a. Baer, Ungleichheit der Gleichheiten?, in: Klein/Menke (Hrsg.), Universalität – Schutzmechanismen - Diskriminierungsverbote, 2008, 421-450 (434, 444).

60 Johnson (Fn. 29), 74 und *passim*.

61 Ebd.

62 *HJ (Iran)*, Rn. 11 (Herv. d. Verf.).

63 Berg/Millbank, Constructing the Personal Narratives of LGB Claimants, JRS 2009, 195-223.

64 Rehaag, Bisexuals need not apply: A comparative appraisal of refugee law and policy in Canada, the United States, and Australia, Int'l J. Hum. Rts. 13 (2009), 415-436. Dagegen hat das BVerwG entschieden, dass eine homosexuelle Veranlagung, aufgrund derer es immer wieder zu gleichgeschlechtlichen Kontakten kommen werde, auch dann ein asylrelevantes Persönlichkeitsmerkmal darstelle, wenn der Homosexuelle nicht ausschließlich auf Sexualkontakte mit Partnern seines Geschlechts festgelegt sei: Urt. v. 17.10.1989, NVwZ-RR 90, 375.

Millbank, Berg und Rehaag beschreiben, wie schwule Flüchtlinge nach Schwulenbars im Aufnahmeland befragt werden, um herauszufinden, ob sie dort die neugewonnene Freiheit nutzen.<sup>65</sup> In anderen Fällen zweifeln Behörden oder Gerichte an der Homosexualität von Flüchtlingen, wenn diese sich nicht ‚tunig‘ genug verhalten oder ihr Umgang mit ihrem Partner nicht pärchenhaft genug wirkt,<sup>66</sup> oder wenn eine lesbische Frau zu attraktiv und weiblich wirkt.<sup>67</sup> Umgekehrt kann die Erfüllung klischehafter Vorstellungen die asylrechtliche Anerkennung bedeuten, wie etwa vor dem VG Düsseldorf: „Nach dem Eindruck, den das Gericht gewonnen hat, kann der Kläger seine sexuelle Orientierung nämlich nicht verbergen. Sie kommt nicht etwa in aufdringlicher Aufmachung, wie es in der in diesem Verfahren eingeholten gutachterlichen Stellungnahme des Deutschen Orient-Instituts ... vermutet wird, zum Ausdruck, sondern in seiner ihm prägenden körperlichen Erscheinung und Körpersprache, die er nach dem Eindruck, den das Gericht in den Terminen zur mündlichen Verhandlung nachhaltig gewonnen hat, nicht verstehen kann.“<sup>68</sup> Solche Kriterien sind an westlichen Stereotypen und (vermeintlichen) Normalitäten schwuler Lebensweisen orientiert, 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 serious lack of sensitivity to intersectional considerations such as gender, race, class, linguistic background, and immigration status.“<sup>69</sup> Zudem werden Flüchtlinge oft detailliert nach intimen Begegnungen befragt. Für Flüchtlinge, die über Jahre ihr Intimleben geheim halten mussten, oft begleitet von Selbsthass und Schamgefühlen, und die möglicherweise auch generell offenes Sprechen über Sexualfragen nicht gewöhnt sind, sind diese Kriterien oft schwer erfüllbar.<sup>70</sup> Klar menschenrechtswidrig sind Verfahren, wie sie in der tschechischen Republik eingesetzt werden. Dabei werden Flüchtlingen zur „Überprüfung“ ihrer Homosexualität pornographische Aufnahmen gezeigt und ihre körperlichen Reaktionen mittels phallometrischer oder vaginalplethysmografischer Instrumente auf pseudowissenschaftliche Weise gemessen.<sup>71</sup> UNHCR hat diese Praxis als erniedrigende Behandlung verurteilt.<sup>72</sup>

### *III. Risiken und Nebenwirkungen von Anerkennungspolitik*

An der beschriebenen Rechtsprechung erweisen sich erneut die Risiken und Nebenwirkungen von Anerkennungsstrategien. Die Einordnung in Gruppen weist Individuen tendenziell fixe Identitäten zu, in die sie sich einordnen müssen, um vom Gruppenschutz zu profitieren. Eine Anerkennungspolitik, die Essenzialismus vermeiden will, sollte von der individuellen Erfahrung ausgehen und offen für die verschiedenen Arten sein, in denen Flüchtlinge binäre und heteronorma-

65 Millbank (Fn. 12), 400; Rehaag, Patrolling the Borders of Sexual Orientation: Bisexual Refugee Claims in Canada, McGill L.J. 53 (2008), 59-102 (72 f).

66 Millbank (Fn. 12), 401.

67 Rehaag (Fn. 64), 71.

68 VG Düsseldorf, Urt. v. 1.9.2004 – 5 K 1367/00.A (nicht veröffentlicht).

69 Rehaag, (Fn. 65), 73.

70 LaViolette (Fn. 5), 195 f.

71 Ausf. ORAM, Testing Sexual Orientation: A Scientific and Legal Analysis of Plethysmography in Asylum & Refugee Status Proceedings, San Francisco 2011, <http://oraminternational.org>.

72 UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation, 2011, <http://refworld.org>.

tive Geschlechtermatrices durchkreuzen.<sup>73</sup> Dies erfordert ein differenziertes Verständnis von Geschlechterverhältnissen in ihrer Vieldimensionalität. Guidelines, also Handreichungen für das Asylverfahren, wie sie bereits für Fragen von geschlechtsspezifischer Verfolgung existieren, können ein Weg zu einer entsprechenden Sensibilisierung sein; auch hier jedoch müssen wiederum Stereotypisierungen vermieden werden.<sup>74</sup> UNHCR geht hier erneut wesentliche erste Schritte, die auch für deutsche Gerichte leitend sein sollten.<sup>75</sup>

- 73 Vgl. LaViolette, Gender-Related Refugee Claims: Expanding the Scope of the Canadian Guidelines, IJRL 2007, 169-214. S.a. Markard/Adamietz, Herausforderungen an eine zeitgenössische feministische Menschenrechtspolitik am Beispiel sexualisierter Kriegsgewalt, KJ 2008, 257-265 (259-261).
- 74 Zu den Fällen von Gender Guidelines – z.B. Stigmatisierung, Orientalisierung – Markard, Fortschritte im Flüchtlingsrecht?, KJ 2007, 373-390.
- 75 UNHCR (Fn. 5 ).