

Seraina Nufer / Maximilian Lipp

## **Zulässigkeit der Wegweisung eines homosexuellen Iraners**

---

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in seiner Entscheidung vom 18. Januar 2011 mit der Frage zu befassen, ob die Homosexualität eines Iraners dessen Wegweisung unzulässig im Sinne des Art. 14a Abs. 3 ANAG (in der bis zum 1. Januar 2008 geltenden Fassung) mache. Die Argumentation des Gerichts folgt weitgehend der Rechtsprechung vorausgehender Jahre. Eine bisher aus Sicht der Autoren unzureichende Hinterfragung der Rechtsprechungsentwicklung rechtfertigt eine genauere Befassung mit der Materie.

---

Rechtsgebiet(e): Ausländer- und Asylrecht; Ausländisches Recht; EMRK; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Seraina Nufer / Maximilian Lipp, Zulässigkeit der Wegweisung eines homosexuellen Iraners, in: Jusletter 30. Mai 2011

## Inhaltsübersicht

- I. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 18. Januar 2011
  1. Der Sachverhalt
  2. Die Erwägungen
- II. Analyse
  1. Situation Homosexueller in Iran
  2. Rechtliche Einordnung: «real risk» im Sinne von Art. 3 EMRK?
  3. Darf man von einer Person verlangen, seine Homosexualität in Iran versteckt zu leben? Überlegungen zu Art. 8 EMRK und Art. 1 GFK
  4. Verweis auf iranische Beweisregeln
- III. Ausblick

## I. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 18. Januar 2011<sup>1</sup>

### 1. Der Sachverhalt<sup>2</sup>

[Rz 1] Beim Beschwerdeführer handelt es sich um einen iranischen Staatsangehörigen, dessen Asylgesuche abgelehnt wurden. Wegen einer seit April 2003 bestehenden gleichgeschlechtlichen Beziehung zu einem Schweizer Staatsbürger erhielt er 2004 vom Kanton Bern eine Aufenthaltsbewilligung, letztmals verlängert bis Ende November 2007. Im Februar 2008 wurde die Partnerschaft beim zuständigen Zivilstandsamt eingetragen.

[Rz 2] Der Beschwerdeführer wurde im Juni 2007 wegen Drogendelinquenz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt. In der Folge lehnte der zuständige Einwohnerdienst die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Dieser Entscheid wurde von den kantonalen Rechtsmittelinstanzen bestätigt, ebenso durch das Bundesgericht im Dezember 2009.

[Rz 3] Darauf dehnte das Bundesamt für Migration (BFM) die kantonale Wegweisung auf das ganze Gebiet der Schweiz aus und setzte eine Ausreisefrist bis zum 12. April 2010. Der Wegweisungsvollzug wurde im Lichte des Art. 14a ANAG<sup>3</sup> als zulässig, zumutbar und möglich beurteilt.

<sup>1</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, <http://www.bvger.ch/publiws/download?decisionId=277461fb-c770-4f5b-9fcc-467f6344390d>.

<sup>2</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, A.–K.

<sup>3</sup> Art. 14a ANAG in der bis zum 1. Januar 2008 geltenden Fassung lautete: «1 Ist der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so verfügt das Bundesamt für Migration die vorläufige Aufnahme. 2 Der Vollzug ist nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann. 3 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in seinen Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen. 4 Der Vollzug kann insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt. 4<sup>bis</sup> Führt der Vollzug der Wegweisung für den Asylbewerber zu einer schwerwiegenden persönlichen Notlage nach Artikel 44 Absatz 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni

[Rz 4] In der gegen den Entscheid erhobenen Beschwerde beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung der genannten Verfügung und die Wiedererwägung durch das BFM zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft. Eventualiter sei vom Vollzug der kantonalen Wegweisung und von deren Ausdehnung abzusehen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen.

[Rz 5] Dazu machte der Beschwerdeführer in materieller Hinsicht geltend, Homosexuelle seien in Iran der Verfolgung ausgesetzt und deshalb an Leib und Leben akut gefährdet, unabhängig davon, ob die Homosexualität im Heimlichen oder offen gelebt werde. Das von Schweizer Behörden regelmässig ins Feld geführte Argument der nach iranischem Recht bestehenden hohen Beweishürden würde eine strafrechtliche Verfolgung nicht verhindern. Die Situation Homosexueller habe sich seit Amtsantritt von Präsident Ahmadinejad und insbesondere in den letzten Monaten noch verschlechtert. Vor diesem Hintergrund sei es reiner Zufall, dass der Beschwerdeführer bei seinem Familienbesuch in Iran nicht verhaftet, gefoltert oder getötet worden sei. Der Besuch sei unter grösster Diskretion und Verheimlichung seiner Homosexualität erfolgt und könne dem Beschwerdeführer daher nicht als Widerspruch zur geltend gemachten Gefährdung entgegengehalten werden.

[Rz 6] In rechtlicher Hinsicht rügte der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 8 Abs. 2 und Art. 25 BV, Art. 3 und Art. 8–11 EMRK sowie Art. 1 GFK.

### 2. Die Erwägungen

[Rz 7] Das Gericht stellt zunächst die Anwendbarkeit alten materiellen Rechts in Form des ANAG fest. Weiter lehnt es das Gericht ab, wie vom Parteivertreter angeregt zusätzliche Abklärungen anzuordnen, da nicht davon auszugehen sei, dass diese zu massgebenden neuen Erkenntnissen führen würden. Es sieht die entscheidende Frage darin, ob der Vollziehbarkeit der Wegweisung nach Art. 14a Abs. 2–4 ANAG Hindernisse entgegenstünden und deshalb nach Art. 14a Abs. 1 ANAG die vorläufige Aufnahme zu gewähren sei.<sup>4</sup>

[Rz 8] Zunächst schliesst das Gericht die Möglichkeiten der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs aus. Mangels technischer und tatsächlicher Hindernisse gebe es im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für eine Unmöglichkeit nach Art. 14a Abs. 2 ANAG. Die Unzumutbarkeit im Sinne des Art. 14a Abs. 4 ANAG falle wegen Anwendbarkeit der Vorschrift des Art. 14a Abs. 6 ANAG ausser Betracht: Wegen der rechtskräftigen Strafverurteilung habe

1998, so kann das Bundesamt für Migration die vorläufige Aufnahme verfügen. 5 ... 6 Die Absätze 4 und 4bis finden keine Anwendung, wenn der weg- oder ausgewiesene Ausländer die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt hat oder in schwerwiegender Weise gefährdet.»

<sup>4</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, E. 3–6, zum Wortlaut der entsprechenden Bestimmung des ANAG siehe Fn. 2.

der Beschwerdeführer in einer Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, die es ihm verunmögliche, die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs erfolgreich geltend zu machen.<sup>5</sup>

[Rz 9] Dreh- und Angelpunkt des Entscheids ist somit die Frage der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs. Die Anwendbarkeit von Art. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)<sup>6</sup> wird vorab verneint, da der Beschwerdeführer bereits zweimal erfolglos ein Asylverfahren durchlaufen habe, und ihm kein Flüchtlingsstatus zukomme. Somit konzentriert sich die Frage gemäss Gericht auf die Vereinbarkeit der Wegweisung mit dem Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in welchem Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung drohe – dem Non-Refoulement nach Art. 25 Abs. 3 Bundesverfassung (BV), Art. 3 der UN-Folterkonvention (FoK)<sup>7</sup> sowie Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).<sup>8</sup>

[Rz 10] Gemäss der Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs reicht für eine Verletzung von Art. 3 EMRK eine allgemeine, auch ernsthafte Verletzung von Menschenrechten im Zielstaat nicht aus. Vielmehr müsse ein «real risk» für die betroffene Person bestehen, also eine ernsthafte, konkrete Gefahr einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung. Die drohende Misshandlung müsse zudem einen bestimmten Schweregrad aufweisen.<sup>9</sup>

[Rz 11] Im konkreten Fall hält das Gericht fest, dass Homosexualität in Iran zwar illegal sei und gemäss Scharia mit Todesstrafe bedroht werde. Jedoch seien die entsprechenden Beweisanforderungen hoch: ein mehrfaches Geständnis oder vier Aussagen durch Augenzeugen seien erforderlich. In der iranischen Gesellschaft sei keine systematische Diskriminierung von Homosexuellen erkennbar, und in der Praxis werde Homosexualität von den Behörden geduldet, «wenn sie nicht in einer möglicherweise Anstoss erregenden Art öffentlich zur Schau gestellt wird.» Offenbar komme es selten zu Strafverfolgungen, und es sei kein Fall bekannt, in dem eine Person «allein» wegen seiner sexuellen Orientierung verurteilt worden wäre. Das Gericht geht deshalb nicht von einer allgemeinen Gefährdung oder systematischen Verfolgung von Homosexuellen in Iran aus. Auch bestünden keine Anzeichen für eine individuelle Gefährdung des Beschwerdeführers, habe er doch sein Heimatland dreimal unbehelligt besucht. Das Gericht verneint also im konkreten Fall ein

«real risk» einer durch Art. 3 EMRK verbotenen Strafe oder Behandlung bei einer Wegweisung des Beschwerdeführers nach Iran.<sup>10</sup>

## II. Analyse

[Rz 12] Das Gericht folgt mit seiner Argumentation ausdrücklich seiner bisherigen Rechtsprechung.<sup>11</sup> Eine überzeugende Begründung für die gefolgerte Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs wird im Ergebnis jedoch nicht erbracht. Der Entscheid wirft folgende Hauptfragen auf:

1. Wie steht es in tatsächlicher Hinsicht um die Situation Homosexueller in Iran?
2. Besteht aufgrund dieser Situation ein «real risk» einer durch Art. 3 EMRK verbotenen Behandlung?
3. Inwiefern darf einem Homosexuellen zugemutet werden, seine sexuelle Orientierung im Verborgenen zu leben? Ist dies vereinbar mit Art. 8 EMRK?
4. Ist der Verweis des Bundesverwaltungsgerichts auf die formellen Beweisregeln der Scharia haltbar?

### 1. Situation Homosexueller in Iran

[Rz 13] Der Verweis des Gerichts auf die bisherige Praxis der Fachinstanzen vermag angesichts aktueller Menschenrechtsberichte zur Situation Homosexueller in Iran nicht zu überzeugen. Mehr als nur Anzeichen sprechen dafür, dass sich die Lage Homosexueller im Zuge der immer rigideren Haltung des iranischen Machtapparates, insbesondere seit Amtsantritt von Mahmoud Ahmadinejad, verschlechtert hat.<sup>12</sup> Gleichgeschlechtlicher Verkehr ist in Iran verboten und wird mit schweren Strafen wie Peitschenhieben oder Todesstrafe bedroht.<sup>13</sup> Neben diesem expliziten Verbot wird Homosexualität in Iran generell als «Abartigkeit» abgestempelt, welche als «Verwestlichung» und Ausprägung der «Gottlosigkeit» säkularer, offener Gesellschaften angesehen wird.<sup>14</sup> Zusätzlich

<sup>5</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, E. 7.2.

<sup>6</sup> Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.30.

<sup>7</sup> Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, E. 7.3–7.4.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, E. 7.4, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, E. 8.1–8.3.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2107/2010 vom 1. Januar 2011, E. 8.1, mit Hinweisen auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-6128/2006 vom 1. Oktober 2010, E. 5.2, E-2121/2010 vom 15. Juli 2010, E-4396/2006 vom 3. Juli 2009, E. 5.2.1, D-7284/2006 vom 31. März 2009, E. 5.2 und D-4299/2006 vom 12. Dezember 2008, E. 5.2.3.

<sup>12</sup> Illustrativ zur Haltung von Präsident Mahmoud Ahmadinejad ist folgende Äusserung anlässlich einer Rede an der Columbia University, New York, 24. September 2007: «In Iran we don't have homosexuals like you do in your country. This does not exist in our country.», zitiert in: Human Rights Watch, *We Are a Buried Generation, Discrimination and Violence Against Sexual Minorities in Iran*, Dezember 2010, S. 3, [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/iran1210webwcover\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/iran1210webwcover_0.pdf).

<sup>13</sup> Human Rights Watch, *We Are a Buried Generation, Discrimination and Violence Against Sexual Minorities in Iran*, Dezember 2010, S. 19, [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/iran1210webwcover\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/iran1210webwcover_0.pdf).

<sup>14</sup> Siehe z.B. Bertschi, Bertschi, Martin, *Die asylrechtliche Behandlung der*

zu den Straftatbeständen der Homosexualität finden auf Homosexuelle daher auch andere Bestimmungen Anwendung, die sich gegen abweichende moralische Einstellungen und Verhaltensweisen richten. In der Praxis werden homosexuelle Personen häufig wegen Verstössen gegen die öffentliche Moral oder weiterer Tatbestände anstatt wegen sexueller Verbrechen verfolgt. Menschenrechtsaktivisten, welche sich für die Rechte sexueller Minderheiten einsetzen oder Personen, welche nach Ansicht des Regimes die LGBT<sup>15</sup>-Kultur propagieren, riskieren zudem eine Anklage wegen Opposition oder Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit.<sup>16</sup> Die Beschränkung der Persönlichkeit auch in ihrer sexuellen Entfaltung dürfte für nicht wenige gerade individuelles Motiv sein, sich für den Wandel des iranischen Systems zu einer offen(er)en Gesellschaft einzusetzen. Es scheint vor diesem Hintergrund verfehlt, die Gründe staatlicher Verfolgung im Iran «auseinanderzudividieren» im Sinne der Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, es sei kein Fall einer Verurteilung «allein» wegen Homosexualität bekannt. Ganz typischerweise wird bei Homosexuellen eine Mischlage von Gründen vorliegen, die zu einer strafrechtlichen Verfolgung führen. Unter anderem aufgrund der Vielfalt der in der Praxis angewendeten Bestimmungen ist es auch schwierig zu beurteilen, wieviele Homosexuelle wegen Homosexualität hingerichtet wurden.<sup>17</sup> Schätzungen gehen jedenfalls davon aus, dass seit der islamischen Revolution 1979 über 4'000 Homosexuelle hingerichtet wurden.<sup>18</sup> Angemerkt sei hier im Übrigen, dass der UK Supreme Court in seinem Grundsatzurteil *HJ (Iran) and HT (Cameroon)* vom 7. Juli 2010 gerade auf Vorfälle von Hinrichtungen allein wegen Homosexualität hinweist.<sup>19</sup>

[Rz 14] Bei der Beurteilung der Situation von Homosexuellen in Iran muss neben der drohenden strafrechtlichen

Verfolgung seitens des Staates jedoch auch die gesellschaftliche Situation in Betracht gezogen werden. Homosexuellen drohen Diskriminierung und gewalttätige Übergriffe seitens Familienmitglieder oder anderer Privatpersonen.<sup>20</sup> Angehörige sexueller Minderheiten werden im öffentlichen Raum zudem häufig Opfer von verbalen, gewalttätigen oder gar sexuellen Übergriffen durch Polizisten oder Sicherheitskräfte.<sup>21</sup> Hinzu kommen Razzien in Privathäusern sowie die Überwachung von Internet-Chatrooms für Homosexuelle.<sup>22</sup> Human Rights Watch berichtet ausserdem von verbalen, psychologischen, physischen und sexuellen Übergriffen in Haft.<sup>23</sup>

## 2. Rechtliche Einordnung: «real risk» im Sinne von Art. 3 EMRK?

[Rz 15] Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass sich homosexuelle Personen in Iran in einer äusserst prekären Situation befinden: ihnen drohen sowohl seitens des Staates als auch durch die Familie und weitere Akteure der Gesellschaft schwerwiegende Verletzungen ihrer psychischen, physischen und sexuellen Integrität. Sie haben keinerlei Möglichkeit, gegen diese Übergriffe Schutz zu suchen, was zu einer Straflosigkeit der Täter und einer noch zusätzlichen Verletzlichkeit der Betroffenen führt. Vor diesem Hintergrund muss die Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts klar in Frage gestellt werden. Nach Ansicht der Autoren bestehen erhebliche Hinweise auf eine ernsthafte Gefahr einer unmenschlichen Behandlung oder Bestrafung im Sinne von Art. 3 EMRK für homosexuelle Personen in Iran.

## 3. Darf man von einer Person verlangen, seine Homosexualität in Iran versteckt zu leben? Überlegungen zu Art. 8 EMRK und Art. 1 GFK

[Rz 16] Die umständliche Formulierung des Gerichts «nicht in einer möglicherweise Anstoss erregenden Art öffentlich zur Schau stellen» läuft darauf hinaus, dass es vom Beschwerdeführer verlangt, seine sexuelle Orientierung im Verborgenen zu leben. Die Beantwortung der grundsätzlichen Frage, ob eine solches Verhalten einer Person auf Dauer zugemutet werden darf, bleibt das Gericht jedoch schuldig. Hier stellt sich die Frage einer möglichen Verletzung von Art. 8 EMRK und der Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 1 GFK.

[Rz 17] Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Unter die geschützte Privatsphäre fällt auch die sexuelle Orientierung und das Sexuelleben. Gemäss Beurteilung des Europäischen Gerichtshofs für

Verfolgung wegen Homosexualität, Asyl 4/07, S. 4.

<sup>15</sup> Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender: Sammelbegriff für diese sexuellen Minderheiten.

<sup>16</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 22f.

<sup>17</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 27ff.; Schweizerische Flüchtlingshilfe, Iran: Sanktionen bei Verstoss gegen moralische Normen, 30. Juni 2007, S. 11, [http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/iran/iran-sanktionen-bei-verstoss-gegen-moralische-normen/at\\_download/file](http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/iran/iran-sanktionen-bei-verstoss-gegen-moralische-normen/at_download/file).

<sup>18</sup> Schweizerische Flüchtlingshilfe, Iran: Update vom August 2006, S. 11, [http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/iran/iran-update/at\\_download/file](http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/iran/iran-update/at_download/file); Schweizerische Flüchtlingshilfe, Iran: Sanktionen bei Verstoss gegen moralische Normen, 30. Juni 2007, S. 11/12, [http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/iran/iran-sanktionen-bei-verstoss-gegen-moralische-normen/at\\_download/file](http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/iran/iran-sanktionen-bei-verstoss-gegen-moralische-normen/at_download/file).

<sup>19</sup> UK Supreme Court, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department* [2010], UKSC 31, 7. Juli 2010, Ziff.17: «In situations such as those presented by these appeals the fact that members of the particular social group are persecuted may not be seriously in issue. In Iran, where the death penalty exists, persons have been hanged simply because they are gay.» Siehe hierzu II. 3.

<sup>20</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 33ff.

<sup>21</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 44ff.

<sup>22</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 50ff.

<sup>23</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 61ff.

Menschenrechte (EGMR) beinhaltet diese Bestimmung das Recht, Beziehungen mit anderen Menschen und der Aussenwelt aufzubauen und zu entwickeln.<sup>24</sup> Gleichgeschlechtliche Beziehungen fallen zudem in den Schutzbereich des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK.<sup>25</sup> Bereits in einem Urteil von 1981 hielt der EGMR fest, dass die blosse Existenz eines strafrechtlichen Verbots von homosexuellem Verhalten eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstelle: Der Beschwerdeführer sei durch die Existenz solcher Bestimmungen dauernd und direkt in seinem Privatleben betroffen, da er nur die Wahl habe, sich an das Gesetz zu halten und vom Ausleben seiner sexuellen Orientierung abzusehen, oder aber das Risiko einer Strafverfolgung einzugehen.<sup>26</sup> In einem britischen Urteil vom 18. November 2009 folgte der Court of Appeal dieser Argumentation zwar nicht, hielt aber fest, eine genügend schwere Verletzung von durch Art. 8 EMRK geschützten Rechten könne eine Verfolgung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b der EU-Qualifikationsrichtlinie<sup>27</sup> darstellen.<sup>28</sup>

[Rz 18] Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das Grundsatzurteil des UK Supreme Court *HJ (Iran) and HT (Cameroon)* vom 7. Juli 2010, in dem die Flüchtlingeigenschaft einer iranischen sowie eines kamerunischen Homosexuellen im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention bejaht wird.<sup>29</sup> Dazu gliederte das Gericht die Prüfung der Verfolgung aufgrund Homosexualität in mehrere Stufen: Zunächst müsse festgestellt werden, ob die Person homosexuell sei oder als solche wahrgenommen werde. Zweitens stelle sich die Frage, ob der Person im Heimatland Verfolgung drohe, wenn sie ihre sexuelle Orientierung offen lebe. Drittens stellt sich die Frage, wie sich die Person nach ihrer Rückkehr verhalten würde: Falls sie ihre sexuelle Orientierung offen lebe und dadurch ein erhebliches Risiko von Verfolgung drohe, erfülle sie die Flüchtlingeigenschaft. Falls sie ihre sexuelle Orientierung diskret lebe, stelle sich die Frage, aus welchem

Grund sie dies tue. Wenn sie ihre Neigung aus freier Wahl, aufgrund gesellschaftlichen Druckes oder aus Rücksicht auf ihre Familie verstecke, sollte ihr Asylgesuch abgewiesen werden. Wenn sie dies jedoch aus Furcht vor Verfolgung tue, erfülle sie die Flüchtlingeigenschaft.<sup>30</sup> Der Gerichtshof hielt also klar fest, dass von einer homosexuellen Person nicht erwartet werden könne, dass sie aus Furcht vor Verfolgung ihre sexuelle Orientierung im Verborgenen lebe:

*To reject his application on the ground that he could avoid the persecution by living discreetly would be to defeat the very right which the Convention exists to protect – his right to live freely and openly as a gay man without fear of persecution.<sup>31</sup>*

[Rz 19] Das britische Home Office hat diese Argumentation in seinen Richtlinien zu Iran<sup>32</sup> sowie zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität<sup>33</sup> übernommen. Das Urteil setzt jedoch nicht nur für England, sondern auch international neue Massstäbe.<sup>34</sup> Auf EU-Ebene hat das deutsche Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen am 23. November 2010 dem Europäischen Gerichtshof die Frage bezüglich des Verbergens der sexuellen Orientierung vorgelegt.<sup>35</sup> Nachdem die deutschen Behörden dem Betroffenen jedoch Asyl gewährt hatten, wurde die Vorlage zurückgezogen.<sup>36</sup>

[Rz 20] Die zitierten Urteile zeigen, dass die menschenrechtlich geschützte sexuelle Orientierung über die Aktivitäten im Schlafzimmer hinausgeht und auch das freie, offene Leben derselben gegenüber der Aussenwelt umfasst.<sup>37</sup> Sowohl im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK als auch auf das Urteil des UK Supreme Courts scheint die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 18. Januar 2011 demnach höchst problematisch. Nach den Ausführungen unter 1. und 2. bestehen bei einer Rückkehr nach Iran erhebliche Hinweise auf ein Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK. Aus den Vorbringen des Beschwerdeführers geht zudem klar hervor, dass er seine sexuelle Orientierung aus Furcht vor Verfolgung, und nicht aus freier Wahl oder lediglich Rücksicht auf seine Familie verstecken müsste. Folgte man dem oben zitierten Prüfungsschema des UK Supreme Courts, würde er damit die

<sup>24</sup> EGMR, *Pretty v. United Kingdom*, Nr. 2346/02, 29. April 2002, Ziff. 61, mit weiteren Hinweisen, bestätigt in *S and Marper v. the United Kingdom*, Nr. 30562/04 und 30566/04, 4. Dezember 2008 Ziff. 66.

<sup>25</sup> EGMR, *Schalk and Kopf v. Austria*, Nr. 30141/04, 24. Juni 2010, Ziff. 92-94.

<sup>26</sup> EGMR, *Dudgeon v. The United Kingdom*, Nr. 7525/76, 22. Oktober 1981, Ziff. 41, bestätigt in *Norris v. Ireland*, Nr. 10581/83, 26. Oktober 1988, Ziff. 38, *Modinos v. Cyprus*, Nr. 15070/89, 22. April 1993, Ziff. 24.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> UK Court of Appeal, *OO (Sudan) and JM (Uganda) v Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 1432, 18. November 2009, Ziff. 21.

<sup>29</sup> UK Supreme Court, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department* [2010], UKSC 31, 7. Juli 2010. Zur Frage der Flüchtlingeigenschaft aufgrund Homosexualität siehe auch Bertschi, Martin, Die asylrechtliche Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität, Asyl 4/07, S. 3 ff.

<sup>30</sup> UK Supreme Court, *HJ (Iran) and HT (Cameroon)*, Ziff. 82.

<sup>31</sup> Ebd., Ziff. 82.

<sup>32</sup> UK Home Office, Operational Guidance Note – Iran, Ziff. 3.10.16, 15. März 2011, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d7f54a42.html>.

<sup>33</sup> UK Border Agency, Asylum Instruction, Sexual Orientation and Gender Identity in the Asylum Claim, S. 12 ff, 6. Oktober 2010, <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumpolicyinstructions/apis/sexual-orientation-gender-ident?view=Binary>.

<sup>34</sup> S. Chelvan, Put Your Hands Up (If You Feel Love), Immigration, Asylum and Nationality Law, Vol 25, No 1, 2011, S. 65.

<sup>35</sup> OVG NRW, Beschluss 13 A 1013/09, 23. November 2010.

<sup>36</sup> S. Chelvan, a.a.O., S. 65.

<sup>37</sup> Siehe hierzu S. Chelvan, a.a.O., S. 61.

Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Die Forderung des Bundesverwaltungsgerichts, der Beschwerdeführer könne seine Homosexualität im Verborgenen ausleben, verstösst gegen sein Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK sowie allenfalls gegen Art. 1 GFK. Im Hinblick auf den Schweizer Partner wäre im Übrigen auch die Zulässigkeit der Einschränkung des Rechts auf Familienleben nach Art. 8 EMRK zu prüfen, was im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht zur Sprache kommt.

#### 4. Verweis auf iranische Beweisregeln

[Rz 21] Die Argumentation des Gerichts bezüglich des angeblich hohen erforderlichen Beweinsniveaus nach iranischem Prozessrecht ist ferner äusserst fragwürdig. Es ist erstaunlich, dass das Gericht ohne Begründungsaufwand davon ausgeht, das Erfordernis eines mehrfachen Geständnisses oder die übereinstimmende Aussage von vier Zeugen schaffe ein hohes Beweinsniveau. Zunächst scheint grundsätzlich bedenklich, dass ein Gericht, welches selbst aufgrund freier richterlicher Beweiswürdigung urteilt, auf die angeblich hohen Beweishürden nach dem Recht der Scharia verweist, welche formelle Beweisregeln festlegt. Weiter ist Folter in Iran trotz gesetzlichem Verbot verbreitet, und dadurch erzwungene Geständnisse werden in Strafverfahren oft verwendet.<sup>38</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die Folgerung eines hohen Beweinsniveaus aus dem Erfordernis eines mehrfachen Geständnisses zweifelhaft. Nicht anders verhält es sich mit dem Erfordernis von vier belastenden Zeugen, denkt man an den bekannten Satz mittelalterlichen Beweisrechts «Durch zweier Zeugen Mund wird allwegs die Wahrheit kund». Hinzu kommt, dass gemäss iranischen Strafrechts der Richter mangels eines Geständnisses oder Zeugen nach seinem eigenen «Wissen» entscheiden kann, welches durch «gewöhnheitsmässige Methoden» erlangt wurde.<sup>39</sup> Dieser Wortlaut lässt dem Richter in der Praxis weiten Raum, aufgrund dünner Beweislage zu entscheiden und seine persönlichen Vorurteile in das Urteil einfließen zu lassen.<sup>40</sup>

[Rz 22] Zahlreiche Erfahrungsberichte in einem aktuellen Bericht von Human Rights Watch weisen im Übrigen auf weitere aus rechtsstaatlicher Sicht gravierende Verfahrensdefizite hin, wie Einschüchterungen, Drohungen, sehr kurze Gerichtsverfahren ohne Rechtsvertretung mit kaum einer Gelegenheit zur Darlegung der eigenen Seite der Geschichte, Willkür bei der Festlegung des Strafmasses.<sup>41</sup>

[Rz 23] Auf die genannten Probleme geht das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil nicht ein. Der saloppe Verweis auf die angeblich hohen Beweishürden der Scharia scheint

vor dem Hintergrund der geschilderten iranischen Praxis äusserst problematisch und muss vehement zurückgewiesen werden.

### III. Ausblick

[Rz 24] Es wäre wünschenswert, dass die Schweizer Behörden ihre überholte Praxis bezüglich Homosexualität, insbesondere die Forderung, diese versteckt zu leben, überdenken. Aus ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen aufgrund der EMRK und der GFK heraus sollten sie sich der überzeugenden Argumentation des UK Supreme Courts im Urteil vom 7. Juli 2010 anschliessen und die Unzulässigkeit der Wegweisung feststellen, wenn eine homosexuelle Person bei Rückkehr in den Heimatstaat aus Furcht vor Verfolgung ihre sexuelle Orientierung im Verborgenen leben müsste. Ein kanadisches Urteil von 2007 bringt dies einleuchtend auf den Punkt: «A hidden right is not a right.»<sup>42</sup>

---

Seraina Nufer, lic. iur., Rechtsdienst der Schweizerischen Flüchtlingshilfe.

Maximilian Lipp, Diplomburist und seit 1. April 2009 Rechtsreferendar am Landgericht Tübingen/Deutschland. Von Januar–März 2011 im Rahmen der Wahlstation im Rechtsdienst der Schweizerischen Flüchtlingshilfe.

---

\* \* \*

---

<sup>38</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 22.

<sup>39</sup> Islamischer Strafrechtscode, Iran, Art. 120, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d384ae32.html>.

<sup>40</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 21f und 73.

<sup>41</sup> Human Rights Watch, a.a.O., S. 68ff.

<sup>42</sup> Immigration and Refugee Board of Canada, Decision VA5-02751, 16. Februar 2007, S. 4.