

Martin Bertschi<sup>1</sup>

## Die asylrechtliche Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität

### 1. Übersicht über die Gerichts- und Behördenpraxis

Die sexuelle Selbstbestimmung wird vom Völkerrecht und vom schweizerischen Verfassungsrecht geschützt.<sup>2</sup> Weltweit anerkennen Behörden und Gerichte seit den 1980er-Jahren, dass Verfolgung aufgrund von Homosexualität einen Asylgrund darstellen kann, wobei Begründungen und Ergebnisse stark variieren.<sup>3</sup> Auch die schweizerischen Asylbehörden sehen sich regelmässig mit Asylgesuchen konfrontiert, in denen eine Verfolgung wegen Homosexualität – oder begründete Furcht davor – geltend gemacht wird. Wie eine Einsichtnahme in die Dossiers des Bundesamts für Migration zu unveröffentlichten Entscheiden ergab, fällten das Bundesamt bzw. die Asylrekurskommission zwischen 1993 und September 2005 – mit steigender Tendenz ab 2000 – in mindestens 50 Fällen einen rechtskräftigen Entscheid über ein Asylgesuch wegen Verfolgung aufgrund von Homosexualität oder begründeter Furcht davor. Die betreffenden Fälle werden allerdings beim Bundesamt nicht systematisch erfasst, sodass die Gesamtzahl offen bleibt. Aus der Zeitspanne zwischen September 2005 und August 2007 liessen sich sodann 40 relevante Beschwerdeentscheide der Asylrekurskommission bzw. des Bundesverwaltungsgerichts – in dem erstere Anfang 2007 aufgegangen ist – ausfindig machen. Die Gesuchstellenden stammten aus Osteuropa (mit abnehmender Tendenz) und den Ländern der früheren Sowjetunion, aus den Balkanländern (vor allem Kosovo), Afrika (vor allem Kamerun), arabischen Staaten, Kuba, dem Iran sowie vereinzelt aus der Türkei, Afghanistan und Bangladesch. Es handelte sich überwiegend um Männer und um Einzelpersonen, nicht um Paare.

In den meisten der 90 Fälle wurde den Gesuchen nicht stattgegeben: Wegen erlittener Verfolgung erhielten vier Gesuchsteller Asyl, wobei nur in zwei Fällen die Verfolgung wegen der Homosexualität als solcher im Vordergrund stand. Weil sie aufgrund ihrer offen homosexuellen Lebensweise oder ihrer lesben- und schwulenpolitischen Betätigung in der Schweiz begründete Furcht vor Verfolgung in ihrem Heimatstaat hatten und damit subjektive Nachfluchtgründe im Sinn von Art. 54 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG) vorlagen, wurden zwei Gesuchsteller als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen.<sup>4</sup> Bei zwei weiteren Personen ordnete die Beschwerdeinstanz die vorläufige Aufnahme wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinn von Art. 14a Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) an: Der eine Fall betraf einen Mann, der wegen seiner auffälligen Affektiertheit in der Heimat sozial isoliert worden wäre, was die weitere, unerlässliche

medikamentöse Behandlung seiner ausgeprägten Psychosen verunmöglicht hätte;<sup>5</sup> im andern Fall bestand die erhebliche Wahrscheinlichkeit einer menschenrechtswidrigen Behandlung des offen homosexuell lebenden Beschwerdeführers in Afghanistan.<sup>6</sup> Während die Asylrekurskommission bis Ende 2006 nur zwei der betreffenden Entscheide publizierte,<sup>7</sup> veröffentlicht nun das Bundesverwaltungsgericht seine Urteile in der Regel auf seiner Homepage.<sup>8</sup>

### 2. Faktische Grundlagen

#### 2.1 Homosexualität

Homosexualität kann zunächst in einem biologischen Sinn die sexuelle Anziehung durch Personen des gleichen Geschlechts bezeichnen. Die sexuelle Orientierung dürfte auf das Zusammenwirken verschiedener Ursachen zurückgehen; sie wird vermutlich spätestens im frühkindlichen Alter ausgeprägt und ist grundsätzlich irreversibel. Homosexualität ist sodann ein gesellschaftliches Konstrukt, nämlich das Ergebnis einer Kategorisierung aufgrund des Kriteri-

<sup>1</sup> Dr. iur., Habilitand, Ersatzrichter am Verwaltungsgericht Zürich, ehemaliges Vorstandsmitglied von Pink Cross – Schweizerische Schwulenorganisation. Der Beitrag beruht im Kern auf: M. Bertschi, in: A. Büchler (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007, Anh. 3 N. 25 ff. (Exkurs: Schweizerisches Asylrecht und Verfolgung wegen Homosexualität). Der Autor dankt den verantwortlichen Personen im Bundesamt für Migration (BFM) und am Bundesverwaltungsgericht für die Einsicht in unpublizierte Entscheide bzw. die entsprechenden Dossiers und Dr. Bernhard Schmithüsen für die kritische Durchsicht beider Texte und die wertvollen Anregungen.

<sup>2</sup> Im Einzelnen: A. R. Ziegler, Der verfassungsrechtliche Schutz von Lesben und Schwulen, in: A. R. Ziegler u.a. (Hrsg.), Rechte der Lesben und Schwulen in der Schweiz, Bern 2007, S. 15 ff.

<sup>3</sup> Für eine Zusammenstellung der älteren Praxis vgl. ELENA [European Legal Network on Asylum] Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status, Juni 1997, www.ecre.org. – Literatur: T. Spijkerboer, Querelle Asks for Asylum, in: P. Fitzpatrick/J. H. Bergeron (Hrsg.), Europe's Other: European Law Between Modernity and Post-modernity, Aldershot u.a. 1998, S. 189 ff.; vor allem für Australien: C. N. Kendall, Lesbian and Gay Refugees in Australia: Now that «Acting Discreetly» is no Longer an Option, will Equality be Forthcoming?, International Journal of Refugee Law (IJRL) 2003, S. 715 ff.; K. L. Walker, Sexuality and Refugee Status in Australia, IJRL 2000, S. 175 ff. (m.H. auch auf US-amerikanische Literatur); für Deutschland: N. Kapell, Zur Asylrelevanz der Inkriminierung homosexueller Handlungen, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 1999, S. 260 ff.; Referat für gleichgeschlechtliche Lebensweisen, Homosexualität als politischer Asylgrund?, Berlin 1994; für das Vereinigte Königreich: D. McGhee, Persecution and Social Group Status: Homosexual Refugees in the 1990s, Journal of Refugee Studies 2001, S. 20 ff. m.H.

<sup>4</sup> BFF, 12.7.2004, 31.3.2003 (beide unveröffentlicht).

<sup>5</sup> ARK, 11.4.2006 (unveröffentlicht).

<sup>6</sup> BVGer, 14.3.2007, D-5242/2006 (unveröffentlicht).

<sup>7</sup> EMARK (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [ARK]) 1996 Nrn. 29 f., www.ark-cra.ch.

<sup>8</sup> Bisher 10 wirklich einschlägige Urteile (Stand 31.8.2007). Vgl. www.bundesverwaltungsgericht.ch, namentlich BVGer, 13.4.2007, D-6223/2006 (Aufhebung eines Nichteintretensentscheids und Rückweisung zur Neuerteilung).

ums, von welchem Geschlecht sich eine Person sexuell (mehrheitlich) angezogen fühlt. Die Unterscheidung zwischen Hetero- und Homosexualität ist in diesem Sinn kulturell bedingt.<sup>9</sup> Homosexualität kann schliesslich Bestandteil des individuellen Selbstverständnisses sein.<sup>10</sup> Dieses umfasst im Zeichen der individuellen Freiheit das offene Streben nach emotionaler und sexueller Erfüllung. Es ist davon auszugehen, dass dieses «westliche» Konzept der Homosexualität weltweit an Boden gewinnt oder zumindest Einfluss ausübt. Entsprechend dürften sich zusehends mehr Personen aus anderen Kulturkreisen gemäss dieser Vorgabe definieren.<sup>11</sup> Aber je nach Herkunft wird eine Person nicht über Vorstellungen und Begriffe verfügen, die ihr den Aufbau einer homosexuellen Identität nach «westlichem» Muster gestatten würden.

Die Homosexualität wird auch im «Westen» oft erst nach einer – mitunter langen und schmerzhaften – inneren Auseinandersetzung als Bestandteil der eigenen Identität akzeptiert und allenfalls im sozialen Umfeld manifestiert. Dieser Prozess bzw. sein Ergebnis wird als Coming-out bezeichnet.<sup>12</sup> Die damit verbundenen Schwierigkeiten – die sich namentlich aus der gesellschaftlich spürbaren und allenfalls verinnerlichten Abwehr, aber auch aus der Minderheitenposition als solcher ergeben – dürfen nach wie vor nicht unterschätzt werden. So ist davon auszugehen, dass etwa die Hälfte der Homosexuellen in der Schweiz ihre Veranlagung am Arbeitsplatz ganz oder nahezu geheim hält.<sup>13</sup> Das nach aussen gezeigte Bild der Persönlichkeit, aber auch das Selbstbild brauchen mit der gelebten Sexualität nicht übereinzustimmen; selbst Personen, die ausschliesslich mit Personen des gleichen Geschlechts sexuell verkehren, nehmen sich keineswegs immer als homosexuell wahr.<sup>14</sup>

Die Begriffe «homosexuell» und «Homosexualität» werden im Folgenden meist ohne Unterscheidung der Bedeutungsebenen verwendet.<sup>15</sup> Die Begriffe «lesbisch» und «schwul», die für die bewusste Integration der Homosexualität in die individuelle Identität stehen, werden in der Regel nicht gebraucht, da sie im vorliegenden Zusammenhang zu spezifisch erscheinen.

## 2.2 Verfolgungssituation

In rund 85 Staaten sind einvernehmliche sexuelle Handlungen unter Erwachsenen desselben Geschlechts strafbar, wobei die entsprechenden Strafbestimmungen teilweise nicht konsequent angewandt werden. In einigen Staaten ist die Todesstrafe vorgesehen.<sup>16</sup> An staatlichen Formen der Verfolgung Homosexueller sind weiter nahezu weltweit grundlose Verhaftungen, Folter, Misshandlungen, besonders schlechte Haftbedingungen, Zwangspsychiatisierungen und Verweigerung von Schutz bei Übergriffen durch Dritte dokumentiert. Manchenorts wird Homosexualität als Symbol unerwünschter «westlicher» Einflüsse bekämpft.<sup>17</sup> Auf gesellschaftlicher Ebene sind Homosexuelle

Opfer von Gewalt, Stigmatisierung und Tabuisierung; sie werden im Wirtschaftsleben diskriminiert; ihre Familien reagieren unter Umständen mit Tötungen und Morddrohungen, Gewalt, Druck zu medizinischen und psychiatrischen Behandlungen oder Verstossung.<sup>18</sup>

## 3. Kritische Sichtung der Praxis zu den einzelnen Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft

### 3.1 Vorbemerkung: Zusammenhänge mit geschlechtsspezifischer Verfolgung

Die Verfolgung Homosexueller steht im Zusammenhang mit der geschlechtsspezifischen Verfolgung, der sie teils sogar zugerechnet wird:<sup>19</sup> In beiden Fällen wird Verhalten geahndet, das traditionellen geschlechtlichen Rollenbildern und sozialen Normen widerspricht.<sup>20</sup> Die asylrechtliche

<sup>9</sup> Vgl. D. M. Halperin, *How to Do the History of Homosexuality*, Chicago/London 2002; für den arabischen Raum und die Türkei z.B.: F. Courtray, *La loi du silence. De l'homosexualité en milieu urbain au Maroc*, *Gradhiva, Revue d'histoire et d'archives de l'anthropologie* 1998, S. 109 ff., 110 f.; H. Tertilt, *Ibne. Zum Verständnis zwischen-männlicher Sexualität in der Türkei*, in: H. Karatepe/C. Stahl (Hrsg.), *Männersexualität*, Reinbek 1993, S. 125 ff.; weiter LSVD [Lesben- und Schwulenverband in Deutschland] Berlin-Brandenburg e.V. (Hrsg.), *Muslimen unter dem Regenbogen. Homosexualität, Migration und Islam*, Berlin 2004; B. Whitaker, *Unspeakable Love. Gay and Lesbian Life in the Middle East*, London 2006; für Asien: G. Sullivan/P. A. Jackson (Hrsg.), *Gay and Lesbian Asia: Culture, Identity, Community*, *Journal of Homosexuality* Bd. 40, Nrn. 3/4 (2001).

<sup>10</sup> Dazu U. Rauchfleisch, *Schwule – Lesben – Bisexuelle. Lebensweisen, Vorurteile, Einsichten*, 3. A., Göttingen 2001, S. 15.

<sup>11</sup> Als Beispiel: D. L. Donham, *Freeing South Africa: The «Modernization» of Male-Male Sexuality in Soweto*, in: J. Robertson (Hrsg.), *Same-Sex Cultures and Sexualities. An Anthropological Reader*, Malden u.a. 2005, S. 261 ff.

<sup>12</sup> Dazu Rauchfleisch (Fn. 10), S. 76 ff.

<sup>13</sup> VoGay, *Association vaudoise de personnes concernées par l'homosexualité* (Hrsg.), *Enquête VoGay sur les discriminations envers les gays et lesbiennes en Suisse romande*, Lausanne 2001, S. 41 f., [www.vogay.ch/enqueteVoGay](http://www.vogay.ch/enqueteVoGay).

<sup>14</sup> Daher richtet sich etwa das einschlägige Aufklärungsprojekt der Aids-Hilfe Schweiz unspezifisch an «Männer, die Sex mit Männern haben»; vgl. [www.aids.ch/d/ahs/msm.php#identitaet](http://www.aids.ch/d/ahs/msm.php#identitaet). Vgl. auch Tertilt (Fn. 9), S. 131 f. (mit Quellenangabe), zu den «Legitimationsstrategien» arabischer Männer.

<sup>15</sup> Die Begriffe umfassen weibliche und männliche Homosexualität. Für Bisexuelle und Transgender, auf deren spezifische Situation hier nicht eingegangen werden kann, gelten die Ausführungen in diesem Beitrag sinngemäss.

<sup>16</sup> Vgl. Amnesty International (Hrsg.), *Das Schweigen brechen. Menschenrechtsverletzungen aufgrund sexueller Orientierung*, 3. A., Berlin 2001, S. 140 ff.; ILGA (International Lesbian and Gay Association), *State-sponsored Homophobia. A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults*, April 2007, [www.ilga.org](http://www.ilga.org).

<sup>17</sup> Vgl. M. Aarmo, *How Homosexuality Became «Un-African»: The Case of Zimbabwe*, in: E. Blackwood/S. E. Wieringa (Hrsg.), *Female Desires. Same-Sex Relations and Transgender Practices Across Cultures*, New York 1999, S. 255 ff.

<sup>18</sup> Zum Ganzen Amnesty International (Fn. 16), S. 41 ff.

<sup>19</sup> UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees), *Richtlinien zum internationalen Schutz: «Geschlechtsspezifische Verfolgung»*, HCR/GIP/02/01, 7.5.2002, Ziff. 3, 16 f., [www.unhcr.de](http://www.unhcr.de).

<sup>20</sup> Vgl. Kendall (Fn. 3), S. 727 ff.

Behandlung kann sich daher an den Grundsätzen orientieren, die zu den geschlechtsspezifischen Fluchtgründen entwickelt wurden.

### 3.2 Nachweis der Homosexualität

Der Nachweis der Homosexualität als solcher spielt in der Praxis – zu Recht – keine wesentliche Rolle, soweit im Sinn von Art. 7 AsylG der Nachweis einer deswegen erlittenen Verfolgung gelingt. Bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Gesuchstellenden wird allerdings teilweise die Frage behandelt, ob diese überhaupt homosexuell seien.<sup>21</sup> In einigen Fällen wurde die Glaubwürdigkeit des jeweiligen Gesuchstellers unter anderem deswegen verneint, weil er die Schwulenszene seiner Heimatstadt bzw. – nach zweijährigem Aufenthalt in der Schweiz – seines schweizerischen Aufenthaltsorts nicht kannte.<sup>22</sup> Ungenaue Kenntnis der Straftatbestände und des Strafmasses für homosexuelle Akte im Heimatstaat wurden ebenfalls zu Ungunsten der Gesuchstellenden gewertet.<sup>23</sup> Umgekehrt sprach für die Glaubwürdigkeit eines Gesuchstellers, dass seine Erscheinung, Gestik und Sprechweise nach Ansicht der Behörde klarerweise den Homosexuellen verrieten.<sup>24</sup> Bei Gesuchstellern, die in der Schweiz als Stricher bzw. im «Gay-Business» tätig waren, wurde die Homosexualität ebenfalls bejaht.<sup>25</sup>

Steht nur die begründete Furcht vor Verfolgung in Frage, wird – je nach den Umständen – die Homosexualität als solche darzutun sein. Als Beweismittel kommen dabei die glaubhaften Aussagen der betreffenden Person sowie etwa Bestätigungen von nahestehenden Personen (in der Schweiz) oder psychiatrische Gutachten in Frage.<sup>26</sup> Die Homosexualität im Sinn einer individuellen Identität bzw. der Lebensstil wird dabei sachlich im Vordergrund stehen, wofür im Übrigen auch der Persönlichkeitsschutz und die Praktikabilität sprechen.<sup>27</sup>

### 3.3 Verfolgungsmotiv

#### 3.3.1 Zur internationalen Diskussion

Art. 1A Ziff. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention vom 28. Juli 1951 (FK) nennt Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und politische Anschauungen als Verfolgungsmotive, die den Flüchtlingsstatus zu begründen vermögen. Die Praxis ordnet Homosexuelle vorwiegend der «bestimmten sozialen Gruppe» zu. Teilweise wird aber gefordert, bei Homosexuellen – wie auch bei Frauen – die politische Komponente der Verfolgung stärker zu gewichten.<sup>28</sup>

Über die Definition des Kriteriums der «bestimmten sozialen Gruppe» besteht nach wie vor keine Einigkeit. Zwar soll es abgrenzbar sein, doch bietet es sich zur dynamischen Auslegung an, wenn Lücken im Schutz vor Verfolgung vermieden werden sollen. Der UNHCR betont denn

auch, dass das Kriterium als offen und entwicklungsfähig aufgefasst werden sollte.<sup>29</sup> Es werden hauptsächlich zwei Auslegungsansätze verfolgt: Angeknüpft wird entweder an ein geschütztes persönliches Merkmal (interner Ansatz) oder an die soziale Wahrnehmung eines Merkmals, die zur Bildung einer von der übrigen Gesellschaft getrennten Gruppe führt (externer Ansatz).<sup>30</sup> Den Stand der Diskussion widerspiegelt nun Art. 10 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie):<sup>31</sup> Den Empfehlungen des UNHCR folgend,<sup>32</sup> vereint die Bestimmung diese beiden Ansätze; sie stellt zudem ausdrücklich klar, dass die «sexuelle Ausrichtung» ein Merkmal einer sozialen Gruppe bilden kann. Für die schweizerische Praxis ist die ausländische als Auslegungshilfe von Bedeutung.<sup>33</sup>

#### 3.3.2 Geringe Bedeutung der Zuordnung in der schweizerischen Praxis

Gerichtspraxis und Lehre messen der Umschreibung der fünf Verfolgungsmotive von Art. 1A Ziff. 2 FK bzw. Art. 3 Abs. 1 AsylG in der Regel keine entscheidende Bedeutung bei bzw. erklären sie sogar ausdrücklich für nicht erheb-

<sup>21</sup> Vgl. auch hinten Fn. 84.

<sup>22</sup> ARK, 5.12.2006, E. 6.1.2; Bundesamt für Flüchtlinge (BFF), 19.9.1997, 29.6.2001 (alle unveröffentlicht); vgl. auch BVGer, 23.5.2007, E-3362/2007, S. 3.

<sup>23</sup> ARK, 5.12.2006, E. 6.1.2; BFF, 3.11.2004, 29. 6. 2001 (alle unveröffentlicht). Vgl. auch BVGer, 13.4.2007, D-6223/2006, E. 5.1, 6.2.

<sup>24</sup> BFF, 3.10.2003 (unveröffentlicht).

<sup>25</sup> ARK, 14.3.2002, 21.6.2002 (beide unveröffentlicht).

<sup>26</sup> BVGer, 14.3.2007, D-5242/2006, Sachverhalt B und E. 7.2 (unveröffentlicht).

<sup>27</sup> Vgl. auch Walker (Fn. 3), S. 185 ff.

<sup>28</sup> Vgl. A. Edwards, Age and gender dimensions in international refugee law, in: E. Feller/V. Türk/F. Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, S. 46 ff., 69; Spijkerboer, Querelle (Fn. 3), S. 212; weitere Hinweise bei Kapell (Fn. 3), S. 265.

<sup>29</sup> UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz: «Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe», HCR/GIP/02/02, 7.5.2002, Ziff. 3.

<sup>30</sup> Vgl. T. A. Aleinikoff, Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of «membership of a particular social group», in: Feller/Türk/Nicholson (Fn. 28), S. 263 ff., bes. 294 ff.; J. C. Hathaway/M. Foster, Membership of a Particular Social Group, *IJRL* 2003, S. 477 ff.

<sup>31</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. Vgl. dazu die Begründung des Vorschlags der EU-Kommission vom 12.9.2001, KOM(2001) 510 endgültig, S. 24 f.; UNHCR, Kommentar zur Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004, Mai 2005, S. 19 ff.; R. Marx, Furcht vor Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe (Art. 10 I Bst. d RL 2004/83/EG), *ZAR* 2005, S. 177 ff.

<sup>32</sup> UNHCR, Richtlinien soziale Gruppe (Fn. 29), Ziff. 10 ff.

<sup>33</sup> Vgl. EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.2 m.H. zur völkerrechtskonformen Auslegung, insbesondere zur Bedeutung des UNHCR und der Praxis anderer Vertragsstaaten.

lich.<sup>34</sup> Ausschlaggebend sei einzig, ob eine Verfolgung wegen Merkmalen erfolge, die im Sinn der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote untrennbar mit der Person oder Persönlichkeit des Opfers zusammenhängen, bzw. ob mit der Verfolgung dessen «Gesinnung, Persönlichkeit oder Eigenart» getroffen werden sollte. Zugleich wird anerkannt, dass eine soziale Gruppe auch erst durch die an einem bestimmten Merkmal anknüpfende Verfolgung konstituiert werden könne.<sup>35</sup> Im Ergebnis dürfte dies ebenfalls einer Vereinigung der beiden international diskutierten Ansätze gleichkommen.

### 3.3.3 Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder politische Anschauung?

Die schweizerische Praxis prüft eine geltend gemachte Verfolgung aufgrund von Homosexualität in jenen Fällen, in denen sie sich überhaupt zum Verfolgungsmotiv äussert, als Verfolgung wegen Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe.<sup>36</sup> Damit stimmen im Grundsatz auch jene Entscheide zur Verfolgung wegen Homosexualität überein, in denen das Bundesamt – wohl aus übertriebener Furcht vor präjudiziellen Wirkungen – die Definition der jeweiligen sozialen Gruppe so eng fasst, dass sie praktisch mit der Begründung für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft zusammenfällt.<sup>37</sup>

Praxis und Lehre in der Schweiz betrachten teilweise die geschlechtsspezifische Verfolgung als politisch oder religiös motiviert, wenn sie in der Sanktionierung von Normbrüchen besteht, die als «geschlechtsspezifischer Ausdruck politischer oder religiöser Anschauungen» aufzufassen sind oder aufgefasst werden.<sup>38</sup> Für die Verfolgung Homosexueller trifft dies analog zu: Sie kann ebenso als Versuch zur Durchsetzung herrschender Geschlechterrollen und damit patriarchaler Ordnungen verstanden werden.<sup>39</sup> Diese Überlegung gilt nicht nur, soweit die Normbrüche öffentlich gemacht wurden (was zum Beispiel für das offene Führen einer Liebesbeziehung zuträfe); in der ausländischen Lehre wird denn auch gefordert, die staatliche Regelung sexuellen Verhaltens und damit die Pönalisierung der Homosexualität seien stets als politisch zu betrachten.<sup>40</sup> Aus einem derart weiten Begriff des Politischen würde – zu Ende gedacht – allerdings folgen, dass jede dem Staat zuzurechnende Verfolgung auch auf «politische Anschauungen» zurückginge.

### 3.3.4 Vermittelnde Lösung

Die Verfolgung braucht nicht ausschliesslich dem einen oder dem anderen Motiv zugeordnet zu werden.<sup>41</sup> Sachgerecht erscheint, einen Fall unter dem Gesichtspunkt aller in Frage kommenden Verfolgungsmotive zu prüfen; damit kann einerseits die Erörterung unfruchtbarer Abgrenzungsfragen vermieden und andererseits die Berücksichtigung sämtlicher relevanter Aspekte sichergestellt werden.

Die schweizerische Praxis scheint diesen Weg einzuschlagen.<sup>42</sup> Jedenfalls sollte der politische Gehalt des Kampfes um geschlechtliche Rollenmuster nicht übersehen werden.

Aus der internationalen Rechtsentwicklung zum Kriterium der «sozialen Gruppe» können vor allem folgende Grundsätze aufgenommen werden: Bei einer Verfolgung durch Private genügt es, wenn entweder die Verfolgung oder das Ausbleiben des staatlichen Schutzes im Gruppenmerkmal begründet liegt. Weder ist vorauszusetzen, dass sämtliche Mitglieder der Gruppe verfolgt werden oder Verfolgung zu befürchten haben, noch genügt die Zugehörigkeit zur Gruppe für die Annahme einer individuellen Verfolgung oder begründeter Furcht davor; die asylsuchende Person hat vielmehr im Einzelfall darzulegen, dass sie gezielt verfolgt wird oder dies befürchten muss und dass diese Verfolgung an der Zugehörigkeit zur sozialen Gruppe anknüpft. Ein innerer Zusammenhalt der Gruppe wird nicht verlangt.<sup>43</sup> Es kann somit nicht entscheidend sein, ob eine Person sich selber der betreffenden Gruppe zurechnet und ob sie die Merkmale, aufgrund derer sie verfolgt wird, überhaupt aufweist.

Die Schweizer Praxis dürfte sinngemäss diesen Grundsätzen folgen; sie hat sie teilweise in Bezug auf die Verfolgungsmotive im Allgemeinen ausdrücklich festgehalten.<sup>44</sup> Gerade bei Homosexuellen ist von Bedeutung, dass sich die asylsuchende Person nicht mit der Gruppe identifizieren muss. Es spielt somit keine Rolle, ob sie eine homosexuelle Identität im «westlichen» Sinn aufgebaut hat; massgebend ist allein, ob sie wegen tatsächlicher oder vorgeblicher homosexueller Handlungen oder Verhaltensweisen bzw. – allgemeiner – wegen Nichterfüllens der ihr auferlegten Geschlechterrolle Verfolgung erlitten hat oder befürchten muss.

<sup>34</sup> EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.7.1; W. Stöckli, Asyl, in: P. Uebersax u.a. (Hrsg.), Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Basel u.a. 2002, § 8, S. 325 ff., N. 8.12; vgl. auch W. Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 91.

<sup>35</sup> EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.7.1; Stöckli (Fn. 34), N. 8.12; ähnlich W. Kälin, Die Bedeutung geschlechtsspezifischer Verfolgung im Schweizerischen Asylrecht, ASYL 2001/2, S. 7 ff., 15 f.

<sup>36</sup> So ausdrücklich ARK, 18.1.2000, E. 3e; ähnlich BFF, 3.10.2003 (beide unveröffentlicht); BFM, Handbuch Asylverfahren, Kap. J § 2 Ziff. 1.3, www.bfm.admin.ch.

<sup>37</sup> Vgl. auch Kälin, Verfolgung (Fn. 35), S. 15 f.

<sup>38</sup> EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.8.2 (obiter dictum); A. Binder, Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention, Basel u.a. 2001, S. 487 ff.; Kälin, Verfolgung (Fn. 35), S. 11; vgl. auch UNHCR, Richtlinien geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 19), Ziff. 32; Edwards (Fn. 28), S. 67 ff.; T. Spijkerboer, Gender and Refugee Status, Aldershot 2000, S. 115 f., 117 ff., 204 f.

<sup>39</sup> Vgl. Amnesty International (Fn. 16), S. 42.

<sup>40</sup> Spijkerboer, Querelle (Fn. 3), S. 212; vgl. auch Edwards (Fn. 28), S. 69; a.M. Kapell (Fn. 3), S. 266.

<sup>41</sup> Kälin, Grundriss (Fn. 34), S. 91.

<sup>42</sup> Vgl. EMARK 2006 Nr. 32 E. 7 f.; ähnlich auch Edwards (Fn. 28), S. 69.

<sup>43</sup> Zum Ganzen: Marx (Fn. 31), S. 178, 181 f.; UNHCR, Richtlinien soziale Gruppe (Fn. 29), Ziff. 20 ff.

<sup>44</sup> EMARK 1993 Nr. 39 E. 7b, S. 286; Stöckli (Fn. 34), N. 8.13.

### 3.4 Kausalität zwischen Verfolgungsmotiv und Verfolgung

Mit der Voraussetzung des genügenden kausalen Bezugs zwischen den Verfolgungsmotiven und den erlittenen oder befürchteten Nachteilen soll namentlich die Verfolgung von legitimen Eingriffen, wie der Bestrafung krimineller Handlungen,<sup>45</sup> abgegrenzt werden. Letztlich ist unter diesem Titel zu klären, ob der nach völkerrechtlichen Massstäben zu bestimmende menschenrechtliche Gehalt des im Heimat- oder Herkunftsstaat verpönten Verhaltens schwerer wiegt als die allenfalls geltend gemachten öffentlichen Interessen oder kulturellen Normen.<sup>46</sup>

Ob die Verfolgung wegen der Homosexualität als solcher oder wegen homosexueller Handlungen erfolgt, darf keine Rolle spielen.<sup>47</sup> Der Schutz der öffentlichen Ordnung kann eine Bestrafung für einvernehmliche homosexuelle Akte unter Erwachsenen im Privatbereich nicht legitimieren.<sup>48</sup> Zu beachten ist sodann, dass die Verfolgung Homosexueller auch in der Form einer Bestrafung für gemeinrechtliche Delikte – zum Beispiel Pornografie, Verführung Minderjähriger, Prostitution, Verstösse gegen die öffentliche Ordnung und Moral – erfolgen kann. Auch eine unverhältnismässig strenge Strafe für gemeinrechtliche Delikte oder besondere Schikanen im Strafvollzug können eine Verfolgung darstellen.<sup>49</sup> Wurden Taten geahndet, die unter Umständen als Verstösse gegen die öffentliche Ordnung gelten können – etwa sexuelle Handlungen im Freien –, müssen die gesamten Umstände betrachtet werden, weil die Alternativen für Homosexuelle im Vergleich zu verschiedengeschlechtlichen Paaren oft eingeschränkt sind.<sup>50</sup>

### 3.5 Staatliche Verantwortung oder Schutzunfähigkeit

Seit einem Grundsatzentscheid der Asylrekurskommission vom 8. Juni 2006 wird Verfolgung nicht mehr nur als solche anerkannt, wenn sie staatlich (oder quasi-staatlich) ist oder wenn dem Staat im Fall einer Verfolgung durch Private der Schutzwille fehlt, sondern auch, wenn der Staat angesichts einer nichtstaatlichen Verfolgung schutzunfähig ist.<sup>51</sup> Dieser Wechsel von der «Zurechenbarkeits-» zur «Schutztheorie» dürfte aber auch im vorliegenden Zusammenhang nur selten von praktischer Bedeutung sein. Zumindest stand bisher (fast) durchwegs nicht die Schutzfähigkeit, sondern der Schutzwille des Staates in Frage.<sup>52</sup>

Als Hürde erweist sich häufig, dass die geltend gemachten Übergriffe familiärer oder gesellschaftlicher Natur sind und das Fehlen des staatlichen Schutzwillens nicht nachgewiesen wird.<sup>53</sup> Ein innerstaatlicher Ortswechsel ist eine je nach den Umständen zumutbare und ausreichende Massnahme zum Schutz vor familiären Repressionen. Erfolg versprechende rechtliche Mittel müssen benützt werden.<sup>54</sup> In diesem Bereich ist die Praxis allerdings nicht konsequent: Einerseits soll staatlicher Wille zum Schutz Homosexueller vor Übergriffen Dritter auch dann vorliegen können, wenn

homosexuelle Akte im betreffenden Staat strafbar sind.<sup>55</sup> Andererseits wurde in einem Fall unter anderem deshalb an der Glaubwürdigkeit des Gesuchstellers gezweifelt, weil er gegen angebliche Übergriffe von Polizisten in Zivil eine Strafanzeige erstattet haben wollte, womit er sich selber einer Strafverfolgung ausgesetzt hätte.<sup>56</sup>

Geht es um Repressionen durch die Familie, so muss deren Intensität und das Vorliegen einer innerstaatlichen Fluchtalternative nach jenem Massstab beurteilt werden, der in Fällen häuslicher Gewalt gegenüber Frauen angewandt wird.<sup>57</sup> Nach der hier vertretenen Meinung muss schliesslich die Inanspruchnahme staatlichen Schutzes gegen Übergriffe der Familie oder anderer Privater generell als nicht zumutbar angesehen werden, wenn homosexuelle Handlungen im betreffenden Staat strafbar sind und sich das Opfer damit der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen würde.<sup>58</sup> In den andern Fällen sind jeweils der Wille und die Fähigkeit des Staates zur Ahndung privater Repressionen gegen Homosexuelle konkret zu prüfen.

Fragwürdig ist die Ansicht der Asylrekurskommission, dass gesellschaftliche Isolation einer bestimmten Gruppe – im konkreten Fall: «weibische» Männer – selbst dann keine asylrelevante Verfolgung darstellen soll, wenn sie einem unerträglichen psychischen Druck im Sinn von Art. 3 Abs. 2 AsylG gleichkommt.<sup>59</sup> Hier müsste nun der Wechsel zur «Schutztheorie» Bedeutung erlangen: Die soziale Ächtung aufgrund eines Verfolgungsmotivs im Sinn von Art. 3 Abs. 1 AsylG müsste bei Schutzunfähigkeit des Heimat- bzw. Herkunftsstaates zur Annahme einer asylrechtlich relevanten Verfolgung führen.<sup>60</sup>

<sup>45</sup> Vgl. im Einzelnen Kälin, Grundriss (Fn. 34), S. 99 ff.; EMARK 1996 Nr. 34 E. 3.

<sup>46</sup> Dies hat das BFF (9.9.1996; unveröffentlicht) z.B. in Bezug auf lange Haare, Ohrringe und kurze Hosen bei Männern zu Recht verneint. Vgl. aber Binder (Fn. 38), S. 487 ff., zur Ahndung von Verstössen gegen Kleidungs Vorschriften für Frauen.

<sup>47</sup> So wohl auch EMARK 1996 Nr. 30 E. 5a. – Die Praxis hebt den Unterschied manchmal hervor: ARK, 30.7.1998; BFF, 29.6.2001 (beide unveröffentlicht).

<sup>48</sup> Anders anscheinend noch Kälin, Grundriss (Fn. 34), S. 98.

<sup>49</sup> Kälin, Grundriss (Fn. 34), S. 114 f.

<sup>50</sup> Vgl. auch Kendall (Fn. 3), S. 748; Walker (Fn. 3), S. 197 f.

<sup>51</sup> EMARK 2006 Nr. 18 E. 6 ff.

<sup>52</sup> Vgl. aber immerhin hinten bei Fn. 59.

<sup>53</sup> Z.B. BFF, 31.3.2003 (unveröffentlicht).

<sup>54</sup> BFM, 19.5.2005 (unveröffentlicht).

<sup>55</sup> ARK, 14.3.2002; BFF, 31.3.2003 (beide unveröffentlicht).

<sup>56</sup> BFF, 29.6.2001 (unveröffentlicht).

<sup>57</sup> Zur häuslichen Gewalt: Kälin, Verfolgung (Fn. 35), S. 11 ff.; BFM, Handbuch (Fn. 36), Kap. J § 2 Ziff. 3.3. Zur innerstaatlichen Fluchtalternative: EMARK 2006 Nr. 32 E. 7.4.3; 1996 Nr. 1 E. 5c; UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz: «Interne Flucht- oder Neuansiedlungsalternative», HCR/GIP/03/04, 23.7.2003, Ziff. 7, 15, 19 ff.

<sup>58</sup> Gl.M. Kapell (Fn. 3), S. 265.

<sup>59</sup> ARK, 11.4.2006, E. 5.2 (unveröffentlicht), wobei aufgrund der besonderen Situation des psychisch kranken Beschwerdeführers der Wegweisungsvollzug für unzulässig im Sinn von Art. 14a Abs. 3 ANAG erklärt wurde.

<sup>60</sup> Im betreffenden Entscheid – der vor der Praxisänderung erging – wurde den Behörden Schutzwille, nicht aber die Fähigkeit zum Schutz vor Diskriminierung attestiert: ARK, 11.4.2006, E. 3.1 a.E. (unveröffentlicht).

### 3.6 Gezieltheit und Intensität der Verfolgung

#### 3.6.1 Übersicht über die Praxis

Die Verfolgung ist von einer allgemein schlechten Menschenrechtssituation im Heimat- oder Herkunftsstaat abzugrenzen.<sup>61</sup> Um asylrelevant zu sein, muss sie aktuell sein und sich gezielt gegen die betreffende Person richten, wobei diese den Verfolgenden nicht als Individuum bekannt sein muss; ferner müssen die erlittenen oder befürchteten Nachteile eine gewisse Intensität erreichen.<sup>62</sup> Die Asylgesuche, die wegen Verfolgung aufgrund von Homosexualität eingereicht werden, scheitern häufig an der letztgenannten Voraussetzung. Behördliche Kontrollen und Schikanen, willkürliche Festnahmen, Demütigungen und Misshandlungen, Schwierigkeiten am Arbeits- oder Studienplatz bis hin zu dessen Verlust reichen unter Umständen zur Anerkennung einer Verfolgung selbst dann nicht aus, wenn sie wiederholt oder kombiniert vorkommen.<sup>63</sup>

Steht die begründete Furcht vor Verfolgung in Frage, ist eine objektivierte Betrachtung unter Beachtung der persönlichen Situation vorzunehmen.<sup>64</sup> Unter Vorbehalt einer allfälligen Kollektivverfolgung setzt die Anerkennung der Flüchtlings-eigenschaft eine aus irgendeinem Grund erhöhte Wahrscheinlichkeit voraus, dass die theoretisch denkbaren Nachteile die jeweiligen Gesuchstellenden individuell treffen könnten. Die Gesuchstellenden müssen sich nach der Praxis also in irgendeiner Weise von den übrigen Homosexuellen im Heimat- oder Herkunftsstaat abheben. Dies wurde etwa in einem Fall angenommen, in dem ein Bericht über den Gesuchsteller erstellt und an staatliche Stellen weitergeleitet worden war, weil dessen Vater staatlicher Funktionär war.<sup>65</sup> Bei der Prüfung, ob die Furcht begründet ist, gewichtet die Praxis neben der Rechtslage auch die faktische Situation. So kann allein daraus, dass homosexuelle Handlungen in einem bestimmten Staat legal sind, noch nicht geschlossen werden, dass behördliche Schikanen die Intensität einer Verfolgung nicht erreichen können.<sup>66</sup> Umgekehrt geht die Praxis noch nicht allein deshalb von einer begründeten Furcht vor Verfolgung wegen Homosexualität aus, weil einvernehmliche homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen im Heimat- oder Herkunftsstaat mit Freiheitsstrafen bedroht sind; verlangt wird vielmehr, dass solche Strafnormen auch regelmässig angewandt werden. So wird nicht von einer Verfolgung ausgegangen, wenn «es in der Praxis nur selten und im wesentlichen nur im Sinne eines Antragsdeliktes zu einer entsprechenden Strafverfolgung komm(t)».<sup>67</sup> Auch die Bedrohung homosexueller Handlungen mit der Todesstrafe gibt nach der Praxis noch keinen Anlass zur begründeten Furcht, sofern davon auszugehen ist, dass die Todesstrafe allein wegen homosexueller Handlungen faktisch nicht verhängt wird.<sup>68</sup>

#### 3.6.2 Anmerkungen zur begründeten Furcht vor Verfolgung

Nicht angebracht ist das von den Behörden in manchen Fällen verwendete Argument, massgebliche Nachteile im Heimat- oder Herkunftsstaat könnten vermieden werden, wenn die Homosexualität nicht «zur Schau gestellt» werde:<sup>69</sup> Eine mögliche Verfolgung wird nicht dadurch unbeachtlich, dass das potenzielle Opfer sich ihr durch Preisgabe asylrechtlich geschützter Güter entziehen könnte.<sup>70</sup> So sehen die Behörden zu Recht davon ab, Angehörige religiöser Minderheiten auf die Konversion oder politisch Opponierende auf das Stillschweigen zu verweisen. In der genannten Ansicht schwingt noch die Reduktion von Homosexualität auf die Vornahme homosexueller Akte und ihre Bewertung als zu verbergender Makel mit.

Immerhin ist der Praxis zugute zu halten, dass sie vielleicht etwas anderes meint, als sie sagt: Ungeachtet dessen, dass auch eine Person Anstoss erregen kann, deren Erscheinung und Gebaren nicht den herrschenden Geschlechterrollen entsprechen – was nicht mit Homosexualität gleichgesetzt werden darf –, sind Homosexuelle in der Regel nicht als solche erkennbar. In den Grossstädten mancher Länder existiert offenbar – trotz gesellschaftlicher Repression und allenfalls Strafbarkeit homosexueller Handlungen – eine den Behörden bekannte und von diesen geduldete «Szene» mit Treffpunkten wie Bars, Parks, Bädern. Teilweise werden zudem bestehende Strafnormen nicht oder nicht systematisch durchgesetzt. Dies kann dazu führen, dass eine grundsätzlich unauffällige Person – je nach den konkreten Umständen – nicht damit rechnen muss, Opfer asylrelevanter, gezielter Verfolgung zu werden.

Doch darf eine verdeckte Lebensweise oder gar die Enthaltensamkeit niemandem vorgeschrieben werden. Eine Person darf nicht zu einem Doppelleben angehalten werden, wenn sie einen anderen Lebensentwurf gewählt hat, wie er etwa dem «westlichen» schwulen bzw. lesbischen Selbst-

<sup>61</sup> Vgl. dazu EMARK 1998 Nr. 17 E. 4c/bb; Stöckli (Fn. 34), N. 8.17; weiter Kälin, Grundriss (Fn. 34), S. 74 ff.; BFM, Handbuch (Fn. 36), Kap. D § 1 Ziff. 4.1.

<sup>62</sup> EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.7.3 a.E.

<sup>63</sup> Z.B. ARK, 11.6.2003 (unveröffentlicht); vgl. auch EMARK 1996 Nr. 30 E. 4.

<sup>64</sup> BVGer, 19.4.2007, E-5487/2006, E. 4.2; EMARK 2004 Nr. 1 E. 6a–b.

<sup>65</sup> BFF, 12.7.2004 (unveröffentlicht).

<sup>66</sup> ARK, 13.7.2005; BFM, 19.5.2005 (beide unveröffentlicht).

<sup>67</sup> EMARK 1996 Nr. 30 E. 5a; ähnlich auch BVGer, 28.3.2007, D-5188/2006, S. 6.

<sup>68</sup> ARK, 30.6.2005, unter Berufung auf EMARK 1994 Nr. 3 E. 5b, und ARK, 13.6.2005 (beide unveröffentlicht) zum Iran. Ebenso UN Committee Against Torture, 15./26.5.2003, Communication 190/2001, K.S.Y. v. Niederlande, www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf; Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 9.12.2004, 2035/04, I.I.N. v. Niederlande; 22.6.2004, 17341/03, F. v. Vereinigtes Königreich, echr.coe.int.

<sup>69</sup> BFF, 6.8.2004 (zwei Entscheide, beide nicht rechtskräftig); ähnlich ARK, 28.6.2005 (Androhung des Nichteintretens), 21.6.2002, 25.3.2002; BFM, 15.7.2005; BFF, 27.2.2001 (alle unveröffentlicht).

<sup>70</sup> Vgl. Kendall (Fn. 3), bes. S. 716 ff., 732 f., 736 ff.; Marx (Fn. 31), S. 184; Walker (Fn. 3), S. 203 ff.

bild entspricht.<sup>71</sup> Darunter fällt die Suche nach einem erfüllten Privatleben unter Einschluss der Sexualität, konkret etwa: das offene Führen von Liebesbeziehungen, der Verzicht auf eine traditionelle Ehe, der ehrliche gedankliche Austausch zumindest mit nahestehenden Personen. Vielmehr ist eine solche Haltung als politische Anschauung zu betrachten und entsprechend zu behandeln. Frauen ist ein solches Aufbegehren gegen die im Heimat- oder Herkunftsstaat herrschenden Normen ebenso zuzugestehen wie Männern.<sup>72</sup>

Generell sollte die Zumutbarkeit der Situation im Heimat- oder Herkunftsstaat nicht vorschnell allein aus der Gelegenheit zu flüchtigen Sexualkontakten abgeleitet werden. Massgebend muss vielmehr eine Gesamtbetrachtung aller Umstände sein, wobei der gesamte Druck zu beachten ist, der auf den Betroffenen lastet: die Hindernisse für das Führen einer Liebesbeziehung, der Zwang zur Verheimlichung der Sexualität, die Abhängigkeit von den Behörden, die ständige Gefahr der Denunziation, die besondere Angst vor Diskriminierung in Polizeigewahrsam oder Strafvollzug, die gesellschaftliche Repression und Marginalisierung, gegebenenfalls die Schwierigkeiten oder gar die Unmöglichkeit, ohne Unterstützung des Familienverbands auszukommen. Frauen dürften oft über geringere Entfaltungsmöglichkeiten verfügen. Diese Problematik ist vor allem auch bei der Prüfung des Wegweisungsvollzugs zu berücksichtigen.<sup>73</sup>

Im Übrigen ist nach der hier vertretenen Ansicht bei der Beurteilung, ob eine begründete Furcht vor Verfolgung vorliegt, nicht nur die Wahrscheinlichkeit allfälliger Nachteile, sondern auch deren Schwere zu berücksichtigen. Je einschneidender also die angedrohte Sanktion ist, desto geringere Anforderungen sollten an die Wahrscheinlichkeit der individuellen Verfolgung gestellt werden.<sup>74</sup> Sieht ein Staat die Todesstrafe oder eine schwere Strafe für homosexuelle Handlungen vor – und kann eine solche Bestrafung nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden –, kann das Leben unter einem derartigen Damoklesschwert aufgrund des psychischen Drucks auch für unauffällige Homosexuelle nicht mehr als menschenwürdig gelten. Sollten die ausserordentlich strengen Anforderungen, die an die Annahme einer Kollektivverfolgung gestellt werden, nicht erfüllt sein,<sup>75</sup> wäre immerhin wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Hingegen entspricht die in der ausländischen Literatur vertretene Ansicht, bereits die blosser Existenz einer Strafnorm für einvernehmliche homosexuelle Handlungen beinträchtigt die Menschenwürde in asylrelevanter Intensität, sofern eine Bestrafung nicht ausgeschlossen werden könne,<sup>76</sup> nicht der Praxis in vergleichbaren Fällen.<sup>77</sup>

#### 4. Behandlung im Verfahren

Zentral ist im Asylverfahren die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen.<sup>78</sup> Obwohl eine detaillierte, konkrete und stringente Schilderung unzweifelhaft ein Indiz für Glaubhaftigkeit darstellt, ist zu beachten, dass den Gesuchstellenden das Sprechen gerade über gleichgeschlechtliche Sexualkontakte aus Angst, Scham- und Schuldgefühlen, aber auch mangels eines geeigneten Vokabulars, schwer fallen kann. Namentlich im Bereich der Sexualität – die bekanntlich nicht immer rational gelebt wird – ist auch besondere Vorsicht gegenüber dem Argument angebracht, ein von der gesuchstellenden Person beschriebenes Verhalten sei nicht glaubhaft, weil es unlogisch sei.<sup>79</sup>

Wie erwähnt, kann nicht vorausgesetzt werden, dass die Betroffenen sich als homosexuell wahrnehmen und dies problemlos kommunizieren können. Aufgrund dessen können verspätete Vorbringen zur Homosexualität nicht unbesehen als unglaubhaft gelten.<sup>80</sup> Die Praxis zeigt sich aber bei Wiedererwägungs- bzw. Revisionsgesuchen von Asylsuchenden, die sich vorher nicht auf eine Verfolgung wegen Homosexualität berufen hatten, oft eher verständnislos gegenüber der Lebenswirklichkeit. So führte die Asylrekurskommission etwa aus, die «Entdeckung» der eigenen Homosexualität als einer angeborenen Eigenschaft könne kaum eine neue Tatsache und damit einen Revisionsgrund darstellen.<sup>81</sup> Ebenso realitätsfremd ist die Annahme, dass ein aus Afghanistan stammender Asylbewerber sich ab jenem Zeitraum, in dem er in Schwulenlokalen verkehrte

<sup>71</sup> So tendenziell wohl auch BVGer, 14.3.2007, D-5242/2006, E. 8.1 f. (unveröffentlicht).

<sup>72</sup> Ohnehin dürfte die Bemerkung des BFF (zwei Entscheide vom 6.8.2004; beide nicht rechtskräftig) nicht zutreffen, dass in einer konservativen Gesellschaft gerade eine Beziehung zwischen zwei Frauen nicht als solche auffalle und im privaten Rahmen gelebt werden könne.

<sup>73</sup> Sowie bei der Prüfung der Frage, ob Hinweise auf Verfolgung einen Nichteintretensentscheid ausschliessen; vgl. Art. 32 Abs. 3 lit. c und Art. 33 Abs. 3 lit. b AsylG; ARK, 21.10.2005 (unveröffentlicht); BVGer, 13.4.2007, D-6223/2006, E. 6.

<sup>74</sup> Gl.M. Kapell (Fn. 3), S. 262.

<sup>75</sup> EMARK 2006 Nr. 1 E. 4 m.H.

<sup>76</sup> Kapell (Fn. 3), S. 262 ff., besonders 265.

<sup>77</sup> Vgl. Kälin, Grundriss (Fn. 34), S. 143 ff.; EMARK 2006 Nr. 1 E. 5.2 f.; 2004 Nr. 1 E. 6a–b; vgl. auch UNHCR, Richtlinien geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 19), Ziff. 14 ff.

<sup>78</sup> Dazu BFM, Handbuch (Fn. 36), Kap. E § 1, Kap. F § 4 Ziff. 7.7, Kap. J § 2 Ziff. 4.3.

<sup>79</sup> Z.B. BVGer, 28.3.2007, D-5188/2006, S. 5; BFM, 29.4.2005 (unveröffentlicht).

<sup>80</sup> Vgl. BFM, Handbuch (Fn. 36), Kap. J § 2 Ziff. 4.4, zur geschlechtsspezifischen Verfolgung; vgl. auch EMARK 2004 Nr. 1 E. 5b/dd. Wenn eine Person Verfolgung aufgrund ihrer offen gelebten Homosexualität behauptet, ist hingegen nicht nachvollziehbar, weshalb sie dies nicht bereits im ordentlichen Verfahren vorbringen konnte; ARK, 3.4.2006, E. 4.4, 5.2 (unveröffentlicht).

<sup>81</sup> ARK, 21.6.2002; ähnlich ARK, 25.3.2002. In einem andern Fall prüfte das BFF das als Wiedererwägungsgesuch entgegengenommene zweite Asylgesuch allerdings materiell (9.9.2004; alle unveröffentlicht).

und Beziehungen zu Männern eingegangen war, «offen zu seiner Homosexualität bekannte» und es ihm daher «möglich und zumutbar» gewesen wäre, diese im Verfahren bekanntzugeben.<sup>82</sup>

Ein Revisionsgrund liegt unter anderem vor, wenn es der gesuchstellenden Person tatsächlich unmöglich war, die betreffende Tatsache oder das betreffende Beweismittel im früheren Verfahren geltend zu machen.<sup>83</sup> Dies trifft zu, wenn die Homosexualität aufgrund einer psychischen Barriere nicht geltend gemacht werden konnte, was vom Gesuchsteller – etwa mit einem psychiatrischen Gutachten – nachzuweisen wäre.<sup>84</sup> Die Praxis, wonach ein Revisionsgrund gegeben sein kann, wenn eine Tatsache aufgrund einer posttraumatischen Belastungsstörung nicht vorher vorgebracht wurde,<sup>85</sup> sollte analog angewandt werden.

## 5. Schlussbemerkung

Die adäquate Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität lässt sich letztlich mit der Anwendung der drei Regeln sicherstellen, die Walter Kälin für die geschlechts-

spezifische Verfolgung formuliert hat: Es sind keine Stereotypen zu verwenden; es darf die Ernsthaftigkeit bestimmter Verfolgungsmechanismen, die sich vor allem gegen Homosexuelle richten, nicht verkannt werden; es darf nicht vorschnell geschlossen werden, dass bestimmte Formen der Verfolgung rein privater Natur sind.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> BVGer, 14.3.2007, D-5242/2006, E. 7.3 (unveröffentlicht). Allerdings wurde das Vorbringen wegen Vorliegens eines völkerrechtlichen Wegweisungshindernisses trotzdem entgegengenommen (a.a.O., E. 8 f.).

<sup>83</sup> Art. 29 Abs. 1 f. der Bundesverfassung vom 18.4.1999; vgl. z.B. BGer, 19.7.2006, 1P.343.2006, E. 3.1; BGE 120 Ib 42 E. 2b, www.bger.ch.

<sup>84</sup> In einem Revisionsverfahren anerkannte die ARK ein psychiatrisches Gutachten, das die im ordentlichen Verfahren für unglaubhaft erachtete Homosexualität belegte, als neues Beweismittel, und nahm das Beschwerdeverfahren wieder auf (22.12.2005 [unveröffentlicht]).

<sup>85</sup> BVGer, 13.4.2007, D-7358/2006, E. 4.3; EMARK 2003 Nr. 17 E. 3 f. Vgl. auch BFM, Handbuch (Fn. 36), Kap. J § 2 Ziff. 4.4.

<sup>86</sup> Kälin, Verfolgung (Fn. 35), S. 10.