



**SCHWULEN
BERATUNG
BERLIN**

VIELFALT LEBEN

RECHTLICHE EXPERTISE

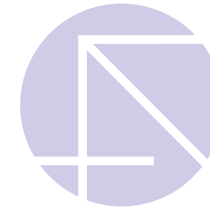
BISEXUALITÄT ALS FLUCHTGRUND

AUTORIN: JULIANE LINKE, RECHTSANWÄLTIN

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Fragestellung	6
B.	Terminologie	7
C.	Rechtsquellen	8
D.	Rechtsprechungsentwicklung in Deutschland	9
E.	Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft	11
	I. Vorliegen eines Verfolgungsgrundes	12
	1. Bestimmte soziale Gruppe.....	12
	a) Gemeinsames Merkmal.....	12
	b) Abgegrenztheit.....	14
	2. Glaubhaftmachung der Gruppenzugehörigkeit	16
	3. Weitere Verfolgungsgründe.....	18
	II. Begründete Furcht vor Verfolgung	19
	1. Das Diskretionsgebot	19
	2. Prognoseentscheidung	21
	a) Grundsätzliche Zulässigkeit der Prognose	23
	b) Identitätsprägung.....	26
	c) aktuelle Lebensumstände	26
	d) Leben im Herkunftsland.....	27
	e) Beschränkung auf sexuelle Handlungen	27
F.	Fazit	28

VORWORT



Die Schwulenberatung Berlin bietet seit 2015 spezifische Angebote für LSBTI* (lesbische, schwule, bisexuelle, trans* und inter*) Geflüchtete an, die bislang von über 2.000 verschiedenen Menschen oft über einen längeren Zeitraum in Anspruch genommen worden sind. Dazu gehörten u.a. eine Unterkunft für LSBTI* Geflüchtete, psychosoziale, asyl- und aufenthaltsrechtliche Beratung, sensible Sprachmittlung, verschiedene Aufklärungs- und Schulungsangebote für Multiplikator*innen sowie Betreuung- und Wohnangebote im Rahmen der Eingliederungshilfe. Die „Fach- und Anlaufstelle für LSBTI* Geflüchtete“ ist ebenfalls ein spezifisches Angebot, welches von der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (LADS) gefördert wird. Sie ist eine direkte Folge der Umsetzung der EU-Aufnahmerichtlinie 2013/33 und der Anerkennung von LSBTI* Geflüchteten als vulnerable Gruppe durch das Land Berlin. Im Mittelpunkt steht die individuelle Bedarfsfeststellung und Unterstützung von LSBTI* Geflüchteten bei der Inanspruchnahme spezialisierter Leistungen, die sich

insbesondere in Fragen der Identifizierung, Unterbringung und gesundheitlicher Versorgung ergeben. Aus dieser Beratungserfahrung und -kompetenz heraus trägt die Fach- und Anlaufstelle mit Stellungnahmen und Beauftragung von rechtlichen Expertisen zur strukturellen Verbesserung der Lebenssituation von LSBTI* Geflüchteten bei. Mit diesem Band IV „Bisexualität als Fluchtgrund“ setzen wir die Reihe von rechtlichen Expertisen mit einem weiteren Thema fort, welches sich aus unserer Arbeit mit der Zielgruppe ergeben hat.

Berlin im Dezember 2021

Marcel de Groot,
Geschäftsführer
Schwulenberatung
Berlin



A. FRAGESTELLUNG

Wer aus begründeter Furcht vor Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung aus seinem:ihrem Herkunftsland flieht, wird in Deutschland als Flüchtling anerkannt. Den Schwerpunkt der bisherigen gerichtlichen sowie wissenschaftlichen Auseinandersetzungen zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund bildet dabei die Homosexualität. Die Situation von Personen, die sich nicht als eindeutig homosexuell, sondern als bi- oder pansexuell identifizieren, ist dagegen weniger eingehend betrachtet worden. Im Asylverfahren begegnen Personen, deren sexuelle Orientierung sich nicht in das eindeutige, binäre Schema homo- oder heterosexuell einordnen lässt, spezifischen Problemen.

So gibt es Berichte aus der Rechtsanwendungspraxis, dass es an einem substantiierten Verständnis von Entscheider:innen zu Bisexualität als eigener sexueller Orientierung mangle.¹ Diese Beobachtung wird bestätigt durch Gerichtsurteile, die die Begriffe Bi- und Homosexualität alternativ verwenden.² Teilweise wird Bisexualität

auch als eine Zusammensetzung aus Hetero- und Homosexualität verstanden, zwischen denen die Betroffenen wählen könnten.³ Dies führte unter anderem zu Entscheidungen, in denen Gerichte bisexuelle Personen darauf verwiesen, im Herkunftsland weiterhin ihren heterosexuellen Persönlichkeitsanteil ausleben zu können. Auf das Ausleben ihres homosexuellen Persönlichkeitsanteils könnten sie dagegen verzichten bzw. diesen geheim halten.⁴ Urteile zu explizit pansexuellem Begehren oder queerer Selbstidentifikation sind der Verfasserin nicht bekannt. Schließlich sorgt der möglicherweise fluide, sich verändernde Charakter einer bi- oder pansexuellen Orientierung für Herausforderungen im Rahmen der Glaubwürdigkeitsprüfung. Insbesondere mangelndes Wissen über spezifisch queere Lebenswelten sowie heteronormative⁵ Vorverständnisse von Entscheider:innen können hier dazu führen, dass das Vorbringen der Betroffenen unzureichend gewertet wird.⁶

Vor diesem Hintergrund geht die vorliegende Untersuchung der Frage nach, mit welchen

spezifischen Problemen bisexuelle Geflüchtete im Asylverfahren konfrontiert sind.

Dafür gebe ich zunächst eine Einführung in die von mir genutzte Terminologie (B.). Daraufhin stelle ich die wichtigsten Rechtsquellen des Verfahrens zur Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft vor (C.). Anschließend stelle ich die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zu Asylverfahren von Geflüchteten, die sich auf Verfolgung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung berufen, kurz dar (D.).

Darauf aufbauend wende ich mich dem Verfahren zur Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zu (E.) Ich orientiere mich dabei an der durch § 3 Asylgesetz (AsylG) vorgegebenen Prüfungsreihenfolge. Zunächst gehe ich der Frage nach, inwiefern bisexuelle Personen eine bestimmte soziale Gruppe bilden (E.I.1.) und dies glaubhaft machen können (E.I.2.). Danach erläutere ich die Möglichkeit, sich auch auf andere Verfolgungsgründe zu berufen (E.I.3.). Schließlich wende ich mich der Verfolgungsprognose zu. Hier stelle ich die Rechtsprechungsentwicklung zum Diskretionsgebot (E.II.1.) und die aktuell in diesem Zusammenhang erfolgende Prognoseentscheidung dar (E.II.2.). Ich werde untersuchen, ob diese den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird (E.II.2.a).

Abschließend werde ich in diesem Zusammenhang häufig erfolgende Argumentationsmuster vorstellen (E.II.2.b-e). Im Laufe der Untersuchung werde ich immer wieder Strategien aufzeigen, die es ermöglichen sollen, der Vielfalt sexueller Orientierungen im Asylverfahren angemessen Rechnung zu tragen.

B. TERMINOLOGIE

Bei sexueller Orientierung handelt es sich um einen weit gefassten, kulturell, gesellschaftlich und biographisch variierenden Begriff, der Raum zur Selbstidentifikation bietet und einem konstanten Wandel unterworfen ist.⁷ Um der Vielzahl von Selbstidentifikationen und -beschreibungen sowie Verfolgungsschicksalen gerecht zu werden, verbietet sich daher ein starres Begriffskonzept.⁸ Darüber hinaus ist zu beachten, dass in Begrifflichkeiten gewisse Identitätskonzepte eingeschrieben sein können. Insbesondere die Wahl von Begriffen, die auf bestimmte Identitäten fokussiert sind, beinhaltet daher die Gefahr, dass „westlich“ geprägte Identitätskonzepte universalisiert werden.⁹

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung habe ich mich entschieden, die Begriffe sexuelle Orientierung sowie bisexuelle Orientierung bzw. Bisexualität zu verwenden.

¹ Danisi, Dustin, Ferreira, Held *Queering Asylum in Europe. Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity* (2021), 233 unter Berufung auf die Erfahrungen eines in Deutschland praktizierenden Anwalts.

² siehe bspw. VG Leipzig, Urteil vom 04. Juni 2019 – 7 K 3146/17.A–, juris; VG Würzburg, Urteil vom 15. Juni 2020 – W 8 K 20.30255 –, juris. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 05. September 2019 – 7 ZB 19.32227 –, juris, Rn. 8.

³ Vgl. Danisi et al (a.a.O., Fn. 1), 266.

⁴ Vgl. VG Saarland – Urteil vom 23.01.2015 – 5 K 534/13, abrufbar unter: <https://www.lsvd.de/de/ct/1518-rechtsprechung-zu-herkunftslaendern-von-lsbt-gefuechteten> (zuletzt abgerufen am 27.11.2021); VG Dresden, Urteil vom 17. November 2016 – 4 K 398/16.A –, juris.

⁵ Heteronormativität bezeichnet dabei ein gesellschaftliches Ordnungsprinzip, das ausschließlich zwei Geschlechter akzeptiert, die in einem hierarchischen Verhältnis zueinanderstehen. Gleichzeitig schreibt Heteronormativität eine Übereinstimmung des biologischen und des sozialen Geschlechts und ein auf das jeweilige Gegengeschlecht ausgerichtetes (heterosexuelles) Begehren vor. Siehe eingehend Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, Nomos 2011, insb. 250–253.

⁶ Vgl. Hübner, *Fluchtgrund sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität: Auswirkungen von heteronormativem Wissen auf die Asylverfahren LGBTI-Geflüchteter*. *Feministische Studien*, 2/ 2016: 242-260.

⁷ Vgl. Sußner, *Flucht - Geschlecht - Sexualität Eine menschenrechtsbasierte Perspektive auf Grundversorgung und Asylstatus*. Wien: Verlag Österreich GmbH (2020), 26 mit Verweis auf UNHCR, *Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 9: Anträge auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund der sexuellen Orientierung und/oder der geschlechtlichen Identität im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge* (2012), abrufbar unter: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=56caba174> (zuletzt abgerufen am 4.12.2021) Rn. 9.

⁸ Vgl. Sußner (a.a.O., Fn. 7) 26; UNHCR, *Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 9* (a.a.O., Fn. 7) Rn. 11.

⁹ Danisi et al (a.a.O., Fn. 1), 14.

Unter sexueller Orientierung verstehe ich dabei unter Rückgriff auf die in den Yogyakarta-Prinzipien getroffene Definition „die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben oder eines anderen Geschlechts oder mehr als einem Geschlecht [bzw. jedweder Geschlechtsidentität] hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen.“¹⁰ Auch die UNHCR-Richtlinie Nr. 9 greift auf diese Definition zurück.¹¹ Angesichts der mittlerweile erfolgten Verfassungsgerichtsrechtsprechung, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) auch die geschlechtliche Identität derjenigen schützt, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen,¹² habe ich die Definition um das Merkmal „jedweder Geschlechtsidentität“ erweitert.

In der Asylrechtspraxis wird zur Beschreibung von sexuellen Orientierungen außerhalb der Hetero- und Homosexualität vorrangig der Begriff der Bisexualität verwendet. Die UNHCR-Richtlinie Nr. 9 definiert Bisexualität dabei als „körperliches, romantisches bzw. emotionales Begehren, [das] sowohl auf Männer als auch auf Frauen ausgerichtet ist.“¹³ Häufig wird unter Bisexualität auch das Begehren von mehr

als einem Geschlecht verstanden.¹⁴ Der UNHCR stellt diesbezüglich klar, dass der

„Begriff „Bisexualität“ [...] eher uneinheitlich interpretiert und angewendet [wird], oft in einem zu engen Sinn. Bisexualität bedeutet nicht unbedingt, dass sich die betreffende Person gleichzeitig zu beiden Geschlechtern hingezogen fühlt, noch dass sie von beiden Geschlechtern gleich stark angezogen wird oder mit beiden Geschlechtern gleich viele Beziehungen eingeht. [...] Bisexuelle beschreiben ihre sexuelle Orientierung oft als „fließend“ oder „flexibel.“¹⁵

C. RECHTSQUELLEN

Die wichtigsten Rechtsquellen für die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus liegen im Völker- und Unionsrecht. So enthält Art. 1 Abschnitt A Ziffer 2 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) eine verbindliche Definition des Flüchtlingsbegriffs. Auf dieser Definition baut die EU-Qualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2011/95/EU) auf. Als Teil des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) legt sie gemeinsame Normen für die Zuerkennung des internationalen Schutzes und damit auch der Flüchtlingseigenschaft fest. Die Richtlinie wurde in Deutschland durch §§ 3 ff. AsylG umgesetzt.

Neben diesen Rechtsgrundlagen kommt den Interpretationshilfen des UNHCR eine besondere Stellung zu. Diese sind zwar nicht unmittelbar rechtsverbindlich, stellen aber eine beachtliche Rechtsauffassung zur Auslegung der GFK dar.¹⁶ Für die Frage von sexueller Orientierung als Fluchtgrund ist die bereits erwähnte UNHCR-RL Nr. 9 zu Anträgen auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund der sexuellen Orientierung und/oder der geschlechtlichen Identität¹⁷ eine wichtige Auslegungshilfe. Eine weitere, wichtige Interpretationshilfe sind die Yogyakarta-Prinzipien.¹⁸ Diese enthalten Interpretationsempfehlungen zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität und formulieren in Prinzip 23 das Recht, Asyl zu suchen. Zwar sind auch die Yogyakarta Prinzipien nicht unmittelbar rechtsverbindlich. Sie sind aber völkerrechtlich beachtlich, da sie von renommierten internationalen Rechtsexpert:innen verfasst wurden.¹⁹

D. RECHTSPRECHUNGS-ENTWICKLUNG IN DEUTSCHLAND

Bevor ich in Abschnitt E konkret auf das Verfahren zur Flüchtlingsanerkennung für Personen sexueller Orientierung eingehen werde, möchte ich die bisherige Rechtsprechungsentwicklung zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund kurz darstellen.

Mit einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1988 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht, dass einem homosexuellen Iraner Asyl zu gewähren sei.²⁰ Dabei berief es sich nicht – wie aus heutiger Perspektive zu erwarten wäre – darauf, dass homosexuelle Personen einer bestimmten sozialen Gruppe angehörten. Dies sei, so das Gericht ohne nähere Begründung „in der Tat zweifelhaft“²¹. Zur Asylgewährung kommt das Gericht erst über einen Vergleich der in seinen Worten „irreversiblen und schicksalhaften homosexuellen Prägung“ mit den ausdrücklich in Art. 1 Abschnitt A Ziffer 2 der GFK genannten Merkmalen und Eigenschaften. „Irreversibler“ Homosexualität und den explizit genannten Verfolgungsgründen sei gemein, dass sie den Betroffenen ohne eigenes Zutun, sozusagen schicksalhaft zufielen.²² Auch wenn der Entscheidung zu Gute zu

¹⁰ The Yogyakarta Principles. Principles on the application of international Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007) abrufbar unter: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf (zuletzt abgerufen am 04.12.2021) Präambel, 8.

¹¹ UNHCR, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 9 (a.a.O., Fn. 7) Rn. 8.

¹² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017, - 1 BvR 2019/16 -.

¹³ UNHCR, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 9 (a.a.O., Fn. 7) Rn. 10.

¹⁴ Vgl. Bisexuelles Netzwerk e.V., Der Bi-Begriff, abrufbar unter: <https://www.bine.net/content/bi-begriff> (zuletzt abgerufen am 4.12.2021).

¹⁵ UNHCR, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 9 (a.a.O., Fn. 7) Rn. 10.

¹⁶ Sußner (a.a.O. Fn. 7) 64; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 12. März 2008 - 2 BvR 378/05 -, Rn. 38.

¹⁷ UNHCR, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 9 (a.a.O., Fn. 7).

¹⁸ The Yogyakarta Principles (a.a.O., Fn. 10).

¹⁹ Sußner (a.a.O. Fn. 7) 21 mit Verweis auf Art. 32 Wiener Vertragskonvention und Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut.

²⁰ BVerwG, Urteil vom 15. März 1988 - 9 C 278/86 -, BVerwGE 79, 143-154.

²¹ Ebenda, Rn. 16.

²² Ebenda, Rn. 17.

halten ist, dass sie Homosexualität nicht als vermeintlich „heilbar“ verstanden hat,²³ so liegt ihr offensichtlich ein problematisches Verständnis von Homosexualität zu Grunde. Diese wird als pathologische Triebhaftigkeit verstanden. Auf Grundlage dieser Rechtsprechung erfolgte eine Trennung in „irreversibel“ homosexuelle Personen und solchen, deren Homosexualität lediglich latent sei.²⁴ Lediglich Erstere hatten Aussicht auf einen Schutzstatus, während es Letzteren zumutbar sein sollte, auf das Ausleben ihrer sexuellen Orientierung zu verzichten bzw. andere Wege der „Triebbefriedigung“ zu finden. Ein Menschenrecht, die sexuelle Orientierung zu leben, wurde implizit verneint.²⁵

Im Jahr 1989 hatte das BVerwG sich dann erstmals mit Bisexualität – freilich ohne diese als solche zu bezeichnen – als Fluchtgrund zu beschäftigen.²⁶ Der iranische Kläger des Verfahrens hatte vorgetragen, sich zu jungenhaft aussehenden Mädchen und zu mädchenhaft aussehenden Jungen hingezogen zu fühlen.²⁷ Die Vorinstanz hatte die Klage unter Hinweis darauf, dass dem Kläger ein Ausweichen in die Heterosexualität nicht verschlossen sei, abgewiesen.²⁸ Das BVerwG entschied dagegen, dass es keinen Unterschied mache, wenn neben einer asylrelevanten homosexuellen auch

eine heterosexuelle Orientierung gegeben sei. Ausschlaggebend sei lediglich, ob der Betroffene seiner, „neben [der] heterosexuellen Orientierung vorhandene[n] homosexuelle[n] Triebrichtung, [...] aus eigener Kraft auf Dauer und immer erneut nicht zu widerstehen bzw. auszuweichen [vermöge].“²⁹ Dann läge auch in diesen Fällen eine „irreversible“ Homosexualität vor. Die Frage, ob der auch gleichgeschlechtlich veranlagte Kläger in der Lage sei, statt seinen homosexuellen Neigungen nachzugeben, heterosexuelle Kontakte einzugehen, wäre eine sexualwissenschaftliche Fachfrage und müsse durch Einholung eines Gutachtens entschieden werden.³⁰

Bereits in dieser frühen Rechtsprechung zeigen sich Argumentationsstränge, die sich später fortsetzen werden. So legt sie zum einen die Grundlage für das sogenannte Diskretionsgebot – also die Erwartung an Betroffene, ihre sexuelle Orientierung geheim zu halten.³¹ Zum anderen wird schon hier die Frage aufgeworfen, ob dem bisexuellen Kläger ein Ausweichen in die Heterosexualität zumutbar sei. Bisexualität wird mithin als ein Nebeneinander von Homo- und Heterosexualität verstanden. Das Gericht fokussiert sich (angesichts der soeben vorgestellten Rechtsprechungslinie nicht überraschend) auf

die Frage, ob der Betroffene weiterhin gleichgeschlechtlichen Sex haben wird.

Mit Inkrafttreten der ersten Qualifikationsrichtlinie im Jahre 2004 sowie dem Erlass des Richtlinienumsetzungsgesetzes im Jahre 2007 war die Rechtsprechung gezwungen, sich zu verändern.³² Art. 10 Abs.1 Buchst. d Satz 2 der Qualifikationsrichtlinie stellte nunmehr klar, dass je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland als eine soziale Gruppe auch eine Gruppe gelten kann, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Ausrichtung gründet. Zur Geltendmachung eines Verfolgungsgrundes bedurfte es nun nicht mehr des pathologisierenden Nachweises einer „irreversiblen Prägung“. Die Diskussion verlagerte sich nun zunehmend auf die Frage, inwiefern die sexuelle Orientierung unverzichtbarer Teil der Identität einer betroffenen Person ist.³³ Dennoch finden sich bis zum Jahr 2012 Urteile, die ihre Entscheidung auf die „Intensität der Irreversibilität“ der Homosexualität stützen.³⁴

Ausgehend von dieser Rechtsprechungsentwicklung möchte ich mich im Folgenden aktuellen Fragestellungen im Zusammenhang mit Anträgen auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft von bisexuellen Personen zuwenden.

E. ZUERKENNUNG DER FLÜCHTLINGSEIGENSCHAFT

Rechtsgrundlage für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft in Deutschland ist § 3 AsylG. Nach dieser Vorschrift wird einer Person, die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer „Rasse“, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe außerhalb ihres Herkunftslandes befindet, dessen Schutz sie nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Furcht nicht in Anspruch nehmen will, die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt.

Wesentliche Elemente dieser Definition sind somit die begründete Furcht vor einer Verfolgungshandlung (§ 3a AsylG) wegen eines Verfolgungsgrundes (§ 3b AsylG) durch einen Verfolgungsakteur (§ 3c AsylG). Schließlich ist die Flüchtlingseigenschaft nicht zuzuerkennen, wenn der/die Betroffene in einem Teil seines/iheres Herkunftslandes keine begründete Furcht vor Verfolgung bzw. Zugang zu Schutz vor Verfolgung hat (§ 3e Abs. 1 AsylG).

Im folgenden Abschnitt werde ich zunächst untersuchen, auf welchen Verfolgungsgrund sich bisexuelle Personen berufen können.

²³ Hübner (a.a.O., Fn. 6) 250.

²⁴ Danisi et al (a.a.O., Fn. 1) 113.

²⁵ Markard, Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der »Diskretion«. ASYLMAGAZIN, 2/2013, 75.

²⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Oktober 1989 – 9 C 25/89 –, juris.

²⁷ Ebenda, Rn. 6.

²⁸ Ebenda, Rn. 7.

²⁹ Ebenda, Rn. 12.

³⁰ Ebenda, Rn. 14.

³¹ Siehe dazu Markard (a.a.O., Fn. 25) 75.

³² Vgl. Titze, Sexuelle Orientierung und die Zumutung der Diskretion, ZAR (2012) 95.

³³ Vgl. Titze (a.a.O., Fn. 32). 95.

³⁴ Hempel, Sexuelle Orientierung als Asylgrund: Entwicklungen der europäischen Asylrechtspraxis am Beispiel Deutschlands (2014) S. 42.

I. VORLIEGEN EINES VERFOLGUNGSGRUNDES

Das Merkmal der sexuellen Orientierung ist in der Aufzählung der Verfolgungsgründe der GFK nicht explizit enthalten. Suchen Personen Schutz vor Verfolgung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung, so wird ihr Vorbringen überwiegend dem Verfolgungsgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe zugeordnet.

1. BESTIMMTE SOZIALE GRUPPE

Eine bestimmte soziale Gruppe liegt gem. § 3b Abs. 1 Nr. 4 AsylG insbesondere vor, wenn

a) die Mitglieder dieser Gruppe angeborene Merkmale oder einen gemeinsamen Hintergrund, der nicht verändert werden kann, gemein haben oder oder Merkmale oder eine Glaubensüberzeugung teilen, die so bedeutsam für die Identität oder das Gewissen sind, dass der Betroffene nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten,

und

b) die Gruppe in dem betreffenden Land eine deutlich abgegrenzte Identität hat, da sie von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird“.

§ 3b Abs. 1 Nr. 4 HS. 2 AsylG stellt klar, dass je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland als eine bestimmte soziale Gruppe auch eine Gruppe gelten kann, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Orientierung gründet. Diese Klarstellung dürfte der Grund für die Praxis sein, Fälle der Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung vorrangig unter den Verfolgungsgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe zu subsumieren.

a) Gemeinsames Merkmal

Für die Annahme einer bestimmten sozialen Gruppe ist es nach der oben genannten Definition erforderlich, dass die Gruppenmitglieder entweder ein angeborenes bzw. unveränderliches oder ein identitätsprägendes Merkmal teilen.

Für den nordamerikanischen und australischen Rechtsraum hat Rehaag herausgearbeitet, dass es ein spezifisches Problem bisexueller Antragsteller sei, dass ihre sexuelle Orientierung aufgrund ihrer Fluidität nicht als unveränderbares Merkmal wahrgenommen werde.³⁵ Sie hätten somit größere Schwierigkeiten, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe darzulegen. Dies wäre einer der Gründe für ein signifikant niedrigere Anerkennungsquote.³⁶

Für das Gemeinsame Europäische Asylsystem hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil vom 7.11.2013 – Minister voor Immigratie en Asiel/ X, Y, Z festgestellt, dass „die sexuelle Ausrichtung einer Person ein Merkmal darstellt, das so bedeutsam für ihre Identität ist, dass sie nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten.“³⁷ Dabei ist es wichtig, anzumerken, dass der EuGH seine Feststellung nicht auf bestimmte sexuelle Orientierungen begrenzt hat. Ausgenommen sind lediglich solche Handlungen, die nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten strafbar sind, vgl. § 3b Abs. 1 Nr. 4, 3. HS AsylG.³⁸ Damit folgt aus dem obigen Zitat, dass jede sexuelle Orientierung – ob homo-, hetero-, bi- oder pansexuell – ein identitätsstiftendes Merkmal ist, auf das eine Person nicht gezwungen werden sollte, zu verzichten. Wie eine Person ihrer sexuellen Orientierung Ausdruck verleiht, wie sie diese auslebt, welchen Stellenwert Sexualität und Partnerschaft in ihrem Leben gerade einnehmen, darf meines

Erachtens an diesem Prüfungspunkt keine Rolle spielen. Die EuGH-Rechtsprechung lässt eine solche Einschränkung nicht zu.³⁹ In der Rechtsprechung⁴⁰ und in der internen Dienstanweisung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF)⁴¹ ist es daher anerkannt, dass es sich bei der bisexuellen Orientierung einer Person um ein identitätsstiftendes Merkmal handelt.

Das Verständnis von sexueller Orientierung als gemeinsamer Gruppenidentität birgt jedoch insbesondere für Personen mit fluider sexueller Orientierung auch Schwierigkeiten. Denn relevant ist nun nicht mehr, „was mensch nur tut, sondern was mensch wesensartig ist.“⁴² Der geforderte Nachweis, sich einer Gruppe zugehörig zu fühlen, die durch ein schicksalhaftes (Persönlichkeits-) Merkmal oder eine gemeinsame Identität auch als Gruppe erkennbar sein soll,⁴³ ist für Personen, die sich einer klaren Identitätszuschreibung gerade entziehen, schwer zu führen.

³⁵ Rehaag, *Patrolling the Borders of Sexual Orientation: Bisexual Refugee Claims in Canada*, MCGILL LAW JOURNAL / REVUE DE DROIT DE MCGILL (2008) 90 ff.

³⁶ Ebenda, 75 ff; vgl. auch: Rehaag, *Bisexuals Need not Apply: A Comparative Appraisal of Refugee Law and Policy in Canada, The United States, and Australia* (2009) 415-436.

³⁷ EuGH (4. Kammer), Urt. v. 7. 11. 2013 – C-199/12, C-200/12, C-201/12 (Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y, Z) Rn. 46.

³⁸ Nach einhelliger Meinung ist damit eine menschenrechtskonforme Bestrafung gemeint. Es ist also nicht möglich bspw. eine Strafbarkeit für Homosexualität wieder einzuführen und homosexuelle Personen so vom Flüchtlingsschutz auszuschließen, vgl. Hruschka in Huber/Mantel AufenthG, 3. Aufl. (2021), AsylG § 3b, Rn. 34.

³⁹ Siehe hierzu auch die Feststellungen der Generalanwältin Sharpston in ihrem Schlussantrag vom 17.07.2014 in den Verfahren C-148/13, C-149/13, C-150/13, Rn. 64: „Zudem hat der Gerichtshof im Urteil X, Y und Z ausgeführt, dass der Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 Buchst. d der Anerkennungsrichtlinie keinen Anhaltspunkt dafür bietet, dass der Unionsgesetzgeber bestimmte andere Arten von Handlungen oder Ausdrucksweisen im Zusammenhang mit der sexuellen Ausrichtung vom Geltungsbereich dieser Bestimmung habe ausnehmen wollen (69). So sehe Art. 10 Abs. 1 Buchst. d der Anerkennungsrichtlinie keine Beschränkungen in Bezug auf die Haltung der Mitglieder der bestimmten sozialen Gruppe in Bezug auf ihre Identität oder die Verhaltensweisen vor, die vom Begriff der sexuellen Ausrichtung für die Zwecke dieser Bestimmung erfasst würden oder nicht erfasst würden (70)“.

⁴⁰ Vgl. VG Würzburg, Urteil vom 15. Juni 2020 – W 8 K 20.30255 –, juris; VG Braunschweig, Urteil vom 09. August 2021 – 2 A 77/18 –, juris.

⁴¹ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) Dienstanweisung- Asyl, Stand: 03.08.2021, S. 351.

⁴² Hübner (a.a.O., Fn. 6) 251 mit Verweis auf Markard, *Queerness zwischen Diskretion und Cocktails. Anerkennungskämpfe und Kollektivitätsfallen im Migrationsrecht* (2013) 76.

⁴³ Hübner (a.a.O., Fn. 6) 251.

In diesem Fall scheinen mir zwei Herangehensweisen sinnvoll. Eine erste Möglichkeit ist es, den Blick zu verlagern – weg von der Frage, ob eine Person tatsächlich eine bestimmte „authentische“ sexuelle Orientierung als Identität hat, hin zur Perspektive des Verfolgungsakteurs. Denn gem. § 3b Abs. 2 AsylG genügt es, wenn den Betroffenen die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe von dem Verfolgungsakteur zugeschrieben wird. Häufig wird in den genannten Fällen der Verfolgungsakteur den Betroffenen Homosexualität bzw. Nicht-Heterosexualität zuschreiben.

Eine weitere Möglichkeit ist, als identitätsbestimmendes Merkmal nicht die sexuelle Orientierung zu fassen. Auch die gemeinsam geteilte bzw. vom Verfolgungsakteur unterstellte Überzeugung, Heteronormativität (also die Unvermeidbarkeit und ausschließliche Erwünschtheit von Heterosexualität) abzulehnen, kann gruppenkonstitutiv sein.⁴⁴ Diese Herangehensweise bewegt sich bereits an der Schnittstelle zur politischen Überzeugung als Verfolgungsgrund. Unter Punkt E.I.3. werde ich noch näher darauf eingehen.

b) Abgegrenztheit

Die so bestimmte soziale Gruppe muss gemäß der in § 3b Abs. 1 Nr. 4 lit. b AsylG enthaltenen Definition in dem betreffenden Land eine deutlich abgegrenzte Identität haben, da sie von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird.⁴⁵ Der EuGH hat diesbezüglich festgestellt,

„dass das Bestehen strafrechtlicher Bestimmungen, die spezifisch Homosexuelle betreffen, die Feststellung erlaubt, dass diese Personen eine abgegrenzte Gruppe bilden, die von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird.“⁴⁶

Vereinzelt wurde diese Rechtsprechung zum Anlass genommen, bei bisexuellen Antragstellenden die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe zu verneinen.

So führte das Verwaltungsgericht (VG) Dresden in seinem Urteil vom 17. November 2016 aus:

„Eine Bestimmung, die die bisexuelle Orientierung von Menschen unterschiedslos unter Strafe stellt, existiert in Marokko hingegen nicht. Zwar sind nach Art. 489 des marokkanischen Strafgesetzbuches

homosexuelle Handlungen strafbar [...]. Doch betrifft diese Strafandrohung eben allein homosexuelle Handlungen und damit nur einen Teil der sexuellen Identität bisexueller Menschen. Bisexuelle leben die ihre Identität prägende sexuelle Ausrichtung unterschiedlich aus und halten sich damit – entsprechend ihrer Präferenz – auch im gesellschaftlich anerkannten Rahmen. Ihre sexuelle Ausrichtung stößt eben nicht in all ihren Facetten auf Ablehnung in der marokkanischen Rechtsordnung und Gesellschaft, sondern enthält in ihrer Ausprägung auch eine Seite, die mit der in Marokko vorherrschenden Auffassung über akzeptiertes sexuelles Verhalten übereinstimmt. Damit fehlt es an der Voraussetzung einer deutlich abgrenzbaren Identität i.S.d. § 3b Nr. 4 AsylG und Art. 10 Abs. 1 lit. d) der RiL 2011/95/EU.“⁴⁷

Das Zitat verdeutlicht, zu welchen Fehlentscheidungen ein mangelndes Verständnis von Bisexualität führen kann. Erst die Annahme, bei Bisexualität handle es sich um die Kombination aus Homo- und Heterosexualität, erlaubt dem Gericht den Schluss, der Kläger werde in Marokko teilweise in seiner sexuellen Orientierung anerkannt. Mit der Frage, ob es eine spezifische Ausgrenzung bisexueller Personen gibt, setzt es sich gar nicht erst auseinander.

Auch die vom Gericht vertretene Ansicht, es bräuchte für die Annahme einer abgegrenzten Identität die Existenz von Strafvorschriften, die explizit Bisexualität pönalisieren, greift zu kurz. Sie lässt bereits außer Acht, dass auch bisexuelle Personen von Strafbestimmungen, die gleichgeschlechtlichen Sex unter Strafe stellen, betroffen sein können.⁴⁸ Darüber hinaus darf die oben genannte Entscheidung des EuGH nicht dahingehend missverstanden werden, dass erst bei Bestehen von Strafbestimmungen, die spezifisch die Gruppenmitglieder betreffen, von einer abgegrenzten Identität auszugehen sei. Eine solche liegt vielmehr bereits dann vor, wenn es in dem jeweiligen Herkunftsland zu unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung oder Stigmatisierung der Gruppenmitglieder kommt. Letztlich wird mit dem Kriterium der Abgegrenztheit und Andersartigkeit der Mechanismus des Otterings, also die Erhebung einer Person bzw. Gruppe zur unhinterfragten Norm, beschrieben. Menschen, die von dieser Norm abweichen, sind die „anderen“ und von der Mehrheit abgrenzbar.⁴⁹ Bereits das Bestehen einer solchen unhinterfragten Norm lässt damit meines Erachtens den Schluss zu, dass eine abgegrenzte Identität derjenigen Personen vorliegt, die dieser Norm gerade nicht entsprechen.

⁴⁴ Vgl hierzu *Rehaag* (a.a.O. Fn. 35) 99ff.

⁴⁵ Wie das im Wortlaut des § 3b Abs. 4 AsylG bzw. Art. 10 Abs. 1 lit. d. Qualifikations-RL enthaltene „insbesondere“ auszulegen ist und ob und wann möglicherweise kein kumulatives Vorliegen der Voraussetzungen notwendig ist, ist in der Rechtsprechung des EuGH noch offen, vgl. *Hruschka* in *Huber/Mantel, Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*, §3b AsylG, Rn. 24. Das BVerwG hat demgegenüber festgehalten, dass die Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen, vgl. BVerwG Beschl. v. 23.9.2019 – 1 B 54.19, BeckRS 2019, 27286 Rn. 10.

⁴⁶ EuGH (4. Kammer), Urt. v. 7. 11. 2013 – C-199/12, C-200/12, C-201/12, Rn. 48.

⁴⁷ VG Dresden, Urteil vom 17. November 2016 – 4 K 398/16.A –, juris, Rn. 14.

⁴⁸ So auch Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 05. September 2019 – 7 ZB 19.32227 –, juris, Rn. 10.

⁴⁹ Vgl. hierzu *Judith*, Die „bestimmte soziale Gruppe“ „queer“ gelesen – Eine kritische Analyse der unionsrechtlichen Definition, ZAR (2014) 407.

Werden somit in dem jeweiligen Herkunftsland Personen nicht-heterosexueller Orientierung diskriminiert oder wird Heterosexualität als unhinterfragte Norm gesetzt, so erlaubt dies die Feststellung, dass bisexuelle Personen von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet werden.

Die abgegrenzte Identität einer Gruppe darf schließlich auch nicht mit dem Verweis auf die fehlende soziale Sichtbarkeit der Gruppe bzw. ihrer Mitglieder verneint werden.⁵⁰ Ein solches Erfordernis verkennt den Umstand, dass die Unmöglichkeit der öffentlichen Sichtbarkeit häufig bereits Ausdruck der drohenden Verfolgung ist. Auch der UNHCR führt diesbezüglich aus, dass es „[f]ür die Zwecke der Flüchtlingsdefinition [...] nicht erforderlich [ist], dass die Mitglieder der sozialen Gruppe miteinander Umgang pflegen oder dass sie in der Gesellschaft sichtbar [sind]“.⁵¹

2. GLAUBHAFTMACHUNG DER GRUPPENZUGEHÖRIGKEIT

Neben der soeben dargestellten Frage, wann eine bestimmte soziale Gruppe vorliegt, ist die Frage der Glaubhaftmachung der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe zentral. Dabei wurde bereits von verschiedenen Autor:innen festgestellt, dass Antragstellenden insbesondere dann geglaubt wird, wenn sie ein festes, lineares Narrativ ihrer sexuellen Orientierung präsentieren können, das sich in ein „westliches“ Verständnis von LSBTI*-Identitäten einfügt.⁵² Erzählungen, die die eigene nicht-heterosexuelle Orientierung als eigentliches, alternatives Wesen präsentieren, sind deswegen erfolgreicher.⁵³

Der EuGH hat zwar mit Entscheidung vom 02. Dezember 2014 – C-148/13 bis C-150/13 (A, B, C gegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie) Glaubwürdigkeitsprüfungen untersagt, die allein auf stereotypen Vorstellungen von Homosexuellen beruhen.⁵⁴ Dennoch sind solche nach wie vor zu beobachten.⁵⁵ Hübner führt dazu aus:

„Queere sexuelle Orientierung wird selten in ihrer Alltäglichkeit verstanden, fernab von stereotypen Bildern über queere Menschen und Diskussionen über Schwulensbars oder Aktivismus; aber auch fernab eines nur auf den Geschlechtsakt fokussiertem Verständnisses queeren Begehrens“⁵⁶

Grund dafür dürfte sein, dass auch BAMF-Entscheider:innen und Richter:innen bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Person und Glaubhaftigkeit ihres Vortrages auf heteronormatives, „westliches“ Alltagswissen zurückgreifen.⁵⁷

Das ist insbesondere für bisexuelle Personen problematisch. Denn, wie Mikolajetz ausführt, „die heteronormative Konzeption von sexueller Orientierung basiert unter anderem auf der Idee, dass Heterosexualität als Norm klar und eindeutig von Homosexualität getrennt ist.“⁵⁸ Hetero- und Homosexualität sind nicht nur Gegensätze, sondern auch die eigentlichen „echten“ sexuellen Identitäten.⁵⁹ Fluide sexuelle Orientierungen und Identitäten, die

sich nicht eindeutig in dieses binäre System einordnen lassen, gefährden dagegen diese Stabilität.⁶⁰ Das führt dazu, dass Personen, deren sexuelle Orientierung nicht eindeutig und linear erscheint, häufiger nicht geglaubt wird.⁶¹ Das Vorhandensein von fluiden sexuellen Orientierungen wird hinterfragt, abgestritten oder unsichtbar gemacht und die Diversität menschlicher Erfahrungen ausgeblendet.⁶²

Dieser Problematik muss zum einen dadurch begegnet werden, dass sich Entscheider:innen ihrer eigenen heteronormativen, „westlichen“ Vorannahmen bewusst werden und diese reflektieren. Ein Wissen darum, dass die sexuelle Orientierung nicht für alle Menschen etwas ist, das ihnen von Geburt an in einer von zwei klar abgrenzbaren Formen innewohnt, die nur entdeckt werden muss und dann lebenslang identitätsprägend wirkt, ist zentral.⁶³ Zum anderen empfiehlt sich erneut ein Perspektivwechsel, der den Fokus von der Feststellung der „authentischen“ sexuellen Orientierung der Antragstellenden auf den Verfolgungsakteur richtet.⁶⁴ Dieser

⁵⁰ Danisi et al berichten bspw. von BAMF-Entscheidungen, die darauf verweisen, dass es „zweifelhaft sei, ob die soziale Gruppe der LGBT-Mitglieder für das Herkunftsland Russische Föderation mit ausreichender Sicherheit unterschieden werden kann [...]“ Danisi et al (a.a.O., Fn. 1) 265.

⁵¹ So auch UNHCR, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 9 (a.a.O., Fn. 7) Rn. 48.

⁵² Vgl. Tschalauer, Queer Spaces The sexual asylum story (2019) abrufbar unter: <https://www.diaphanes.com/titel/queer-spaces-6169> (zuletzt abgerufen am 05.12.2021); Danisi et al (a.a.O., Fn. 1) 303 ff.; Mikolajetz, Homosexualität im Asylverfahren - Stereotype, Diskreterfordernis und Heteronormativität, Working Paper #26 (2020) abrufbar unter: <http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2021/02/WP-26-Homosexualit%C3%A4t-im-Asylverfahren.pdf> (zuletzt abgerufen am 4. 12. 2021) 40; Morgan, Not Gay Enough for the Government: Racial and Sexual Stereotypes in Sexual Orientation Asylum Cases. Tulane Journal of Law and Sexuality (2006) 137 ff.; Sußner (a.a.O. Fn. 7) 205 ff.; International Commission of Jurists, Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation and Gender Identity. Practicioners Guide No 11 (2016) 49.

⁵³ Hübner (a.a.O., Fn. 6) 252.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 02. Dezember 2014 – C-148/13 bis C-150/13 –, juris, Rn. 72.

⁵⁵ Vgl. hierzu ausführlich Mikolajetz (a.a.O., Fn. 52), 37 ff.

⁵⁶ Hübner (a.a.O., Fn. 6) 251.

⁵⁷ Vgl. hierzu ausführlich Hübner (a.a.O., Fn. 6).

⁵⁸ Mikolajetz (a.a.O. Fn. 52), 38.

⁵⁹ Hübner (a.a.O., Fn. 6) 253 mit Verweis auf Klesse, Weibliche bisexuelle Nicht-Monogamie, Biphobie und Promiskuitätsvorwürfe (2007) 293.

⁶⁰ Mikolajetz (a.a.O. Fn. 52) 38.

⁶¹ Mikolajetz (a.a.O. Fn. 52) 39; Jansen/Spijkerboer, Fleeing Homophobia. Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe (2011) abrufbar unter: <https://www.refworld.org/docid/4ebba7852.html> (Zugriff am 04. 12. 2021), 58 f.

⁶² Hübner (a.a.O., Fn. 6) 253; Mikolajetz (a.a.O. Fn. 52), 39.

⁶³ Markard EuGH: Anforderungen an den Nachweis der Homosexualität bei Asylsuchenden.“ NVwZ (2015) 135.

⁶⁴ Auch der EuGH führt in der Entscheidung F gegen Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, Urteil vom 25. Januar 2018. C-473/16 aus, dass es „für eine Entscheidung über einen Antrag auf internationalen Schutz, der mit Furcht vor Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung begründet wird, nicht unbedingt erforderlich [ist], dass im Rahmen der in Art. 4 dieser Richtlinie vorgesehenen Prüfung der Tatsachen und Umstände die Glaubhaftigkeit der sexuellen Orientierung des Antragstellers beurteilt wird.“ Rn 32.

dürfte sich häufig keine genauen Gedanken darüber machen, ob eine Person nun bi- oder homosexuell oder queer ist, sondern auf das Überschreiten der heterosexuellen Norm mit Verfolgungshandlungen reagieren.

3. WEITERE VERFOLGUNGSGRÜNDE

Eine weitere Möglichkeit, den dargestellten Schwierigkeiten bei der Glaubhaftmachung der Gruppenzugehörigkeit zu begegnen, ist es, auf andere Verfolgungsgründe zurückzugreifen.⁶⁵ So kann die Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung auch unter den Begriff der politischen Verfolgung gefasst werden. Darüber hinaus kann sich die Verfolgung auch im Zusammenwirken mehrerer Konventionsgründe ergeben.⁶⁵

Zum Verfolgungsgrund der politischen Überzeugung führt der UNHCR in seiner Richtlinie Nr. 9 folgendes aus:

„Der Begriff „politische Überzeugung“ sollte weit ausgelegt werden und jede Meinung zu sämtlichen Angelegenheiten einschließen, auf die der Staatsapparat, die Gesellschaft oder die Politik Einfluss nehmen. Dazu kann auch eine Meinung zur Rollenverteilung der Geschlechter in der Familie oder zu Bildung, Arbeit oder

anderen Aspekten des Lebens gehören. Der Ausdruck einer von der Norm abweichenden sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität kann unter bestimmten Umständen politischen Charakter haben, insbesondere in Ländern, in denen solche Regelverstöße als Infragestellung der Regierungspolitik oder als Bedrohung für die herrschenden gesellschaftlichen Normen und Werte verstanden werden.“⁶⁶

Die Ablehnung traditioneller Geschlechterrollen sowie verpflichtender Heterosexualität kann somit auch einen politischen Charakter haben. Insbesondere bisexuelle Personen können dabei als Bedrohung sowohl für die heterosexuelle Ordnung als auch für die Dichotomie von Homo- und Heterosexualität wahrgenommen werden. Rehaag verweist darüber hinaus auf die politische Bedeutung der Behauptung, „dass die heterosexuelle Familie die grundlegende Einheit der Gesellschaft“⁶⁸ ist. Wird Heterosexualität zu einer herrschenden gesellschaftlichen Norm bestimmt, so unterstreicht dies ihren politischen Charakter. Spiegelbildlich dazu muss auch das Infragestellen heteronormativer Vorstellungen und die entsprechende Lebensweise als politische Äußerung aufgefasst werden. Zumindest ist davon auszugehen, dass den Betroffenen eine ablehnen-

de Haltung bezüglich der herrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen zu Geschlechternormen, Familie und Sexualität unterstellt wird.

Diese Herangehensweise hat den Vorteil, dass sie der Diversität sowie einer möglicherweise bestehenden Fluidität sexueller Orientierungen eher gerecht wird. Der Fokus liegt nicht mehr auf der Frage, ob Antragstellende tatsächlich eine bestimmte sexuelle Orientierung haben, sondern ob sie herrschende Geschlechternormen übertreten bzw. ihnen diese Übertretung unterstellt wird und sie deswegen Verfolgung zu befürchten haben.⁶⁹

II. BEGRÜNDETE FURCHT VOR VERFOLGUNG

Für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft müssen die Antragstellenden schließlich darlegen, dass sie begründete Furcht vor Verfolgungshandlungen haben, die an die oben beschriebenen Verfolgungsgründe anknüpfen. Diese begründete Furcht erfordert eine Wahrscheinlichkeitsprognose, in deren Rahmen ermittelt wird, ob eine antragstellende Person im Falle ihrer Rückkehr mit „beachtlicher Wahrscheinlichkeit“ (real-risk) Verfolgungshandlungen zu befürchten hat.⁷⁰

1. DAS DISKRETIIONSGEBOT

Die im Rahmen der Verfolgungsprognose am häufigsten diskutierte Frage war bzw. ist die des Diskretionsgebots. So war es umstritten, ob Betroffene darauf verwiesen werden können, ihre sexuelle Orientierung geheim zu halten oder diskret auszuüben, um so eine Verfolgung zu vermeiden. Erst das Urteil des EuGH vom 07.11.2013 (C-199/12; C-200/12; C-201/12 X,Y,Z gg. Niederlande) schaffte hier Klarheit. Der Gerichtshof entschied,

„[...] dass es der Anerkennung eines für die Identität so bedeutsamen Merkmals, dass die Betroffenen nicht gezwungen werden sollten, auf es zu verzichten, widerspricht, wenn von den Mitgliedern einer sozialen Gruppe, die die gleiche sexuelle Ausrichtung haben, verlangt wird, dass sie diese Ausrichtung geheim halten.“⁷¹

Dieses Ergebnis begründet der EuGH weiter mit der Feststellung, dass die Prüfung der Verfolgungswahrscheinlichkeit ausschließlich anhand einer konkreten Prüfung der Ereignisse und Umstände nach Maßgabe der in Art. 4 der Qualifikationsrichtlinie enthaltenen Regeln zu erfolgen habe.⁷² Keine dieser Regeln deutet aber darauf hin, dass berücksichtigt werden müsste, ob Antragstellende Verfolgung durch Geheimhaltung oder Zurückhaltung

⁶⁵ Siehe hierzu Sußner (a.a.O. Fn. 7) 171.

⁶⁶ Sußner (a.a.O. Fn. 7) 234.

⁶⁷ UNHCR, Richtlinie zum internationalen Schutz Nr. 9 (a.a.O., Fn. 7) Rn. 50.

⁶⁸ Rehaag, (a.a.O. Fn. 35) 94.

⁶⁹ Siehe diesbezüglich auch Sußner (a.a.O. Fn. 7) 234.

⁷⁰ Göbel-Zimmermann/Eichhorn/Beichel-Benedetti, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 1. Auflage (2017) Rn. 118 ff.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 07.11.2013 - C-199/12; C-200/12; C-201/12 X,Y,Z gg. Niederlande (Asylmagazin 12/2013) - asyl.net: M21260, Rn. 70.

⁷² ebenda, Rn. 73.

vermeiden können.⁷³ Schließlich hält der Gerichtshof fest, dass eine Unterscheidung zwischen Handlungen, die in den Kernbereich des Auslebens einer sexuellen Ausrichtung – sofern ein solcher erkennbar ist – eingreifen und solchen, die dies nicht tun, unerheblich sei.⁷⁴

Die EuGH-Entscheidung erging explizit nur zur Homosexualität.⁷⁵ Dies führte teilweise dazu, dass ihre Anwendbarkeit auf bisexuelle Antragstellende verneint wurde.⁷⁶ So führte das VG Saarland in seinem Urteil vom 23. Januar 2015 (5 K 534/13) folgendes aus:

„Zur Überzeugung des Gerichts lässt sich aber wegen der Besonderheit des vorliegenden Falles, die darin zu sehen ist, dass der Kläger sich nicht ausschließlich zu Männern, sondern auch zu Frauen hingezogen fühlt, nicht feststellen, dass die in Algerien für homosexuelle Betätigung geltenden Strafbestimmungen für ihn asylrechtlich unzumutbar sind. Der Kläger wäre nämlich aufgrund seiner Veranlagung in der Lage, auch mit einer Frau in Algerien eine Partnerschaft zu führen und seine Sexualität auszuleben. Diese Annahme wird dadurch gestützt, dass der Kläger in Deutschland bereits Vater eines Kindes geworden ist. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von

den vom EuGH entschiedenen Fällen, in denen es um die homosexuelle Orientierung der Betroffenen ging. Bei Homosexualität wäre die Person im Unterschied zum Kläger des vorliegenden Falles aber gezwungen, ihre sexuelle Orientierung gänzlich zu verleugnen oder aber im Verborgenen auszuleben, um in Algerien der Gefahr einer Bestrafung zu entgehen.“⁷⁷

Diese Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nun in einem anderen Verfahren zurückgewiesen. In seinem Nicht-Annahmebeschluss vom 20. Januar 2020 führte es in einem obiter dictum aus, dass

„die Annahme, ein mit einem Mann verheirateter Bisexueller könne darauf verwiesen werden, seine homosexuelle Orientierung in Nigeria geheim zu halten, vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs schlechthin unvertretbar [wäre] und [...] die Willkürschwelle überschreiten [würde].“⁷⁸

Damit ist nunmehr geklärt, dass auch bisexuelle Personen nicht auf die vermeintliche Möglichkeit eines diskreten Lebens in ihrem Herkunftsland verwiesen werden dürfen.

2. PROGNOSEENTSCHEIDUNGEN

Trotz dieser an sich klaren Rechtslage, bleibt die Diskussion um Diskretion weiter aktuell. Dies zeigt sich bereits an dem oben angesprochenen Nicht-Annahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts. Denn anders als zu erwarten wäre, ist dem bisexuellen Beschwerdeführer in dem genannten Verfahren gerade kein Schutzstatus zugesprochen worden. Das Verwaltungsgericht München hatte in seiner Ausgangsentscheidung (VG München vom 8. März 2019 - M 9 K 17.39188 -) die Klageabweisung damit begründet, dass es den Vortrag des Klägers, ihm sei es wichtig, seine gleichgeschlechtliche Beziehung öffentlich zu leben, vor dem Hintergrund seiner Lebensumstände in Deutschland für ungläubhaft halte:

„Unter Berücksichtigung dessen, dass der Kläger bisexuell ist, ist das Gericht nicht davon überzeugt, dass es dem Kläger nicht möglich ist, seine homosexuelle Veranlagung in der Öffentlichkeit zu verbergen und es ihm besonders wichtig ist, diese zu leben und zu zeigen. Es ist nicht ersichtlich, dass dem Kläger abgesehen von der Eheschließung im Bundesgebiet wichtig ist, mit seinem Mann zusammen zu wohnen und homosexuelle Verhaltensweise in der Öffentlichkeit zu zeigen. [...]“

Die Tatsache, dass der Kläger Vater einer kleinen Tochter ist, zeigt vielmehr, dass er keine ausschließliche Prägung durch die Homosexualität hat und diese unschwer in der Öffentlichkeit verbergen kann. Der Kläger hatte offenbar nach seiner Rückkehr nach Deutschland eine Lebenspartnerschaft mit einer Frau, mit der er ein Kind hat. Bereits deshalb fehlt es an dem Tatbestandsmerkmal, dass eine relevante Rechtsgutsverletzung des Klägers mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit droht.“⁷⁹

Darüber hinaus bestehe eine interne Schutzalternative, da der Kläger seinen Aufenthalt in eine Großstadt verlagern könne:

„Da der Kläger und sein Ehemann auch hier nicht zusammenwohnen und wirtschaften und der Kläger zur Überzeugung des Gerichts bisexuell ist, besteht nur eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit, dass bei einer vergleichbaren Lebensführung irgendjemand von der Homosexualität erfährt.“⁸⁰

Tragende Begründung der Entscheidung ist somit die Annahme, dass für den Kläger angesichts seines aktuellen Lebensstils und seiner aktuellen Beziehung keine Verfolgungsgefahr in Nigeria bestehe. Er

⁷³ ebenda, Rn. 74.

⁷⁴ Ebenda, Rz 78.

⁷⁵ Ebenda, Rn. 71.

⁷⁶ Vgl. Loeffl, Nicht homosexuell genug? Bisexuelle Geflüchtete im Asylverfahren (21. Januar 2021) abrufbar unter: <https://genderblog.hu-berlin.de/nicht-homosexuell-genug-bisexuelle-gefluechtete-im-asylverfahren/> (zuletzt abgerufen am 4. 12 2021).

⁷⁷ VG Saarland, Urteil vom 23. Januar 2015, 5 K 534/13, S. 11ff.

⁷⁸ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Januar 2020 - 2 BvR 1807/19 -, Rn. 19.

⁸⁰ Ebenda, Rn. 22.

⁸¹ Das BVerfG begründet den Nicht-Annahme-Beschluss damit, dass sich die Verfassungsbeschwerde nicht hinreichend mit der ablehnenden VG-Entscheidung auseinandergesetzt habe und somit unsubstantiiert und unzulässig sei, BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Januar 2020 - 2 BvR 1807/19 -, Rn. 15.

⁸² Siehe hierzu VG Braunschweig, Urteil vom 09. August 2021 - 2 A 77/18 -, juris, Rn. 45 ff m. w. N.

⁸³ VG Würzburg, Urteil vom 15. Juni 2020 - W 8 K 20.30255 -, juris, Rn.40: „Der Kläger, der glaubhaft dargelegt hat seine bisexuelle Identität auch ausleben zu wollen [...]“; VG Berlin, Urteil vom 19. August 2021 - 31 K 687.17 A -, juris, Rn. 40: „Im Lichte der Erklärungen des Klägers in der mündlichen Verhandlung kann hier auch nicht angenommen werden, dass der Kläger seine Homosexualität ohnehin allein im Verborgenen halten möchte [...]“.

wird implizit auf Diskretion verwiesen. Da das BVerfG die gegen diese Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde aus formalen Gründen nicht angenommen hat,⁸¹ bleibt diese Begründung letztlich aufrechterhalten.

Mit dieser Argumentationslinie ist das VG München nicht allein. Die oben dargestellte EuGH-Rechtsprechung wird von der Praxis weitgehend so ausgelegt, dass diskretes Verhalten von Antragstellenden zwar nicht „verlangt“, sie nicht „darauf verwiesen“ werden oder es ihnen nicht „zugemutet“ werden dürfe.⁸² Dennoch erfolgt eine Prognose, wie sich die Betroffenen bei einer Rückkehr in ihr Heimatland verhalten und in welchem Umfang sie ihre sexuelle Orientierung ausleben werden.⁸³ Dieser Würdigung wird häufig das bishe-

rige Leben der Betroffenen in ihrem Heimatland sowie in Deutschland zu Grunde gelegt.⁸⁴ Teilweise wird auch danach unterschieden, ob die Verhaltensweise, die zur Verfolgungsgefahr führt, wichtiger Bestandteil der Identität der Betroffenen ist.⁸⁵

Das BAMF schlägt in seiner Dienstanweisung folgendes Vorgehen vor:

„Allerdings muss die Verfolgung mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit drohen. Das heißt auch: wenn ein Antragsteller freiwillig und ohne Beeinträchtigung seiner persönlichen Identität (also nicht aus Angst erzwungen) ein Leben führt, das ein Bekanntwerden seiner sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität unwahrscheinlich macht und dies auch nach

einer Rückkehr fortführen wird, kann im Einzelfall ausnahmsweise die beachtliche Wahrscheinlichkeit einer Verfolgung ausscheiden. [...] Wird ein Antragsteller weiterhin freiwillig und aus eigenem Entschluss diskret leben, ist davon auszugehen, dass er diesen Lebensstil für sich akzeptiert. Flüchtlingsschutz kann unter diesen Voraussetzungen ausnahmsweise nicht festgestellt werden.“⁸⁶

Die dargestellte Art der Prognoseentscheidung erweist sich dabei häufig als ein Einfallstor für Diskretionserwägungen. Dies zeigt sich besonders dann, wenn festgestellt wird, dass ein bestimmtes Verhalten für die Betroffenen nicht identitätsprägend sei. Oft beruht diese Feststellung auf einer Momentaufnahme des Lebens der Betroffenen und erklärt diese für allgemein gültig. Raum für Veränderung oder Entwicklung bleibt nicht. Darüber hinaus beschränkt sich die Prognose auf die Frage, welche sexuellen Kontakte Antragstellende haben. Andere Ausdrucksformen der sexuellen Orientierung bleiben unbeachtet.

Gerade für bisexuelle Antragstellende birgt diese Art der Prognoseentscheidung das Risiko, dass eine Verfolgungsgefahr vorschnell abgelehnt wird. Darauf sowie auf die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Prognoseentscheidung möchte ich im Folgenden eingehen.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit der Prognose

Es ist zunächst zu fragen, inwiefern die dargestellte Form der Prognoseentscheidung tatsächlich mit der Rechtsprechung des EuGH zum Verbot des Diskretionsgebots in Einklang steht.

Dieser hat in seinem Urteil X, Y, Z gegen die Niederlande vom 07.11.2013 bei wörtlicher Übersetzung ausgeführt, dass

„bei der Prüfung eines Antrags auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft [...] die zuständigen Behörden vernünftigerweise [bzw. billigerweise] nicht erwarten [können], dass der Asylbewerber, um die Gefahr einer Verfolgung zu vermeiden, im Herkunftsland seine Homosexualität geheim hält oder seine sexuelle Orientierung nur zurückhaltend zum Ausdruck bringt“.⁸⁷

Das VG Braunschweig zieht daraus den Schluss, dass

„angenommen werden [muss], dass der Gerichtshof nicht nur ausschließen wollte, dass die Behörden ein solches Verhalten vom Betroffenen verlangen oder fordern (i. S. v. etwas „von jemandem“ erwarten), sondern klarstellen [wollte], dass sie eine solche Diskretion auch nicht – etwa aufgrund einer bisher sexuell zurückhaltenden

⁸⁴ VG Braunschweig, Urteil vom 09. August 2021 – 2 A 77/18 –, juris, Rn. 46 m. w. N. zur diesbezüglichen Rechtsprechung; häufig in Bezug genommen: VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 07.03.2013 – A 9 S 1872/12 –, juris, Rn. 55.

⁸⁵ VG Leipzig, Urteil vom 04. Juni 2019 – 7 K 3146/17.A –, juris, Rn. 33: „Mithin stellt sich die sexuelle Ausrichtung des Klägers zu 1, insbesondere auch die Ausübung seiner homosexuellen Neigungen, als derart identitätsprägend dar, dass dieser nicht gezwungen werden darf, hierauf zu verzichten [...]“;

Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 08. Juli 2020 – 13 A 10174/20 –, juris, Rn.62: „Im Übrigen gehört der Kläger nach Überzeugung des Senats nicht zu dem Kreis homosexueller Männer, denen es ein inneres Bedürfnis ist, ihre Homosexualität auch öffentlich auszuleben [...]“

VG Stuttgart, Urteil vom 09. Juni 2021 – A 8 K 4016/18 –, juris, Rn. 49: „Darüber hinaus zweifelt das Gericht aufgrund des klägerischen Vorbringens zwar nicht daran, dass es dem Kläger ein Bedürfnis ist, sich seine sexuellen Wünsche zu erfüllen. Das Gericht ist jedoch nicht zu der Überzeugung gelangt, dass es dem Kläger für seine Identität wichtig ist, seine Sexualität auch in der Öffentlichkeit auszuleben. [...] Vielmehr drängte sich dem Gericht der Eindruck auf, dass es dem Kläger in erster Linie um die Befriedigung seiner sexuellen Bedürfnisse geht, wobei es ihm nicht darauf ankommt, dies gerade in der Öffentlichkeit zu tun.“

VG Stuttgart, Urteil vom 06. Mai 2021 – A 8 K 2811/19 –, juris, Rn. 38: „Die individuelle Gefahrenprognose fällt zur Überzeugung des Gerichts nach der Anhörung des Klägers in der mündlichen Verhandlung gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO dahingehend aus, dass es dem Kläger für seine Identität wichtig ist, seine sexuelle Identität auszuleben, zumal er es hier in Deutschland als normal wahrnimmt, dass homosexuelle Neigungen offen ausgelebt werden dürfen.“

VG Ansbach, Urteil vom 25. März 2021 – AN 18 K 17.30496 –, juris, Rn. 54: „Eine derart identitätsprägende homosexuelle Orientierung steht jedoch nicht zur Überzeugungsgewissheit der Einzelrichterinnen fest.“

VG Frankfurt, Urteil vom 05. März 2020 – 3 K 2341/19.F. A –, juris, Rn. 38: „In Fällen wie den vorliegenden ist vor allem zu prüfen, wie sich der Kläger als Schutzsuchender bei seiner Rückkehr im Hinblick auf seine sexuelle Ausrichtung verhalten wird und wie wichtig diese Verhaltensweise für seine sexuelle Identität ist. Das erkennende Gericht ist davon überzeugt, dass der Kläger bei einer Rückkehr nach Algerien keine Schwierigkeiten haben dürfte, weiterhin Sexualpartner zu finden und zu treffen, ohne Verfolgung befürchten zu müssen.“

⁸⁶ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) Dienstanweisung- Asyl, Stand: 03.08.2021, Hervorhebungen im Original, 356.

⁸⁷ vgl. *Lesben- und Schwulenverband Deutschland (LSVD)*, Korrektur zweier Übersetzungsfehler im Urteil ECLI:EU:C:2013:720, 18.05.2021; Mitteilung von *asyl.net*, EuGH Klarstellung: Prognose zu möglicher „Diskretion“ beim Ausleben der sexuellen Orientierung im Herkunftsstaat ist unzulässig (21.10.2021), abrufbar unter: <https://www.asyl.net/view/eugh-klarstellung-prognose-zu-moeglicher-diskretion-beim-ausleben-der-sexuellen-orientierung-im-herkunftsstaat-ist-unzulässig/> (zuletzt abgerufen am 05.12.2021).

Lebensweise – unterstellen oder prognostisch vermuten und daraus Schlüsse ziehen dürfen.“⁸⁸

Diese Ansicht stützt das VG weiter mit der Überlegung, dass

„[d]ie sexuelle Orientierung [...] zwingend bedeutsamer Bestandteil der Identität eines Menschen [ist]. Dies würde man auch einer heterosexuellen Person nicht absprechen, selbst wenn diese seit Jahren ohne Partner oder sexuelle Kontakte lebt. Wie viel Platz Sexualität und Partnerschaft im Leben eines Menschen einnehmen, ist individuell unterschiedlich und kann sich jederzeit massiv verändern, wenn der Betreffende eine Person kennen lernt, zu der er sich hingezogen fühlt [...] Unter dieser Prämisse darf ein Geflüchteter nicht in ein Land zurückgeschickt werden, in dem ihm das offene Zusammenleben mit einem frei gewählten Partner der Gefahr staatlicher Verfolgung aussetzen würde.“⁸⁹

Das Gericht schließt mit der Feststellung, dass

„[di]e Entscheidung, wie jemand seine sexuelle Orientierung auslebt und insbesondere, ob er sich offen zu seiner sexuellen Orientierung bekennen möchte oder nicht, [...] eine höchstpersönliche [ist], deren Bewertung dem Gericht entzogen ist.“⁹⁰

Es erkannte dem bisexuellen iranischen Kläger, der in einer verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft lebte und gleichzeitig im Verborgenen sexuelle Kontakte mit Männern hatte, die Flüchtlings-eigenschaft zu.

Dieser Herangehensweise ist zuzustimmen. Sie ermöglicht es, der Feststellung des EuGH, dass die sexuelle Orientierung ein zwingend bedeutsamer Bestandteil der Identität eines Menschen ist, gerecht zu werden. Eine Aufspaltung in identitäts- und nicht-identitätsprägende Formen der Auslebung bzw. Äußerung der sexuellen Orientierung verbietet sich vor diesem Hintergrund.

Diesen Schluss bestätigt auch ein Vergleich zu dem Grundsatzurteil des EuGH vom 5.12.2012 (Bundesrepublik Deutschland gegen Y, Z) zur Verfolgung aufgrund religiöser Betätigung. In diesem hatte der Gerichtshof festgehalten, dass

„[s]obald feststeht, dass sich der Betroffene nach Rückkehr in sein Herkunftsland in einer Art und Weise religiös betätigen wird, die ihn der tatsächlichen Gefahr einer Verfolgung aussetzen wird, [...] ihm daher nach Art. 13 der Richtlinie die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt werden [müsste].“⁹¹

In dem Urteil vom 07.11.2013 (X, Y, Z gegen Niederlande) führt der EuGH dagegen folgendes aus:

„Daher muss dem Betroffenen die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 13 der Richtlinie zuerkannt werden, wenn nachgewiesen ist, dass nach seiner Rückkehr in sein Herkunftsland seine Homosexualität ihn der tatsächlichen Gefahr einer Verfolgung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie aussetzt. Dass er die Gefahr dadurch vermeiden könnte, dass er beim Ausleben seiner sexuellen Ausrichtung größere Zurückhaltung übt als eine heterosexuelle Person, ist insoweit unbeachtlich.“⁹²

Der EuGH fordert – anders als im Fall BRD gegen Y, Z – gerade nicht, dass die zuständigen Behörden zunächst Feststellungen zur Art und Weise des Auslebens einer sexuellen Orientierung treffen, sondern knüpft an das Vorliegen der sexuellen Orientierung als solcher an.

Dabei ist festzuhalten, dass die dargelegte Auffassung nicht auf die Prognose der Verfolgungsgefahr als solcher verzichtet. Denn diese ist nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGHs „in allen Fällen mit Wachsamkeit und Vorsicht vorzunehmen.“⁹³ In jedem Fall ist damit festzustellen, ob die sexuelle Orientierung

einer Person zu einer Verfolgungsgefahr in ihrem Herkunftsland führt. Lediglich Überlegungen zur Frage, wie eine Person ihre sexuelle Orientierung ausleben wird, sowie Feststellungen zum Stellenwert der sexuellen Orientierung im Leben einer Person können nicht zur Grundlage dieser Verfolgungsprognose gemacht werden. Ausgangspunkt für die Prüfung der Verfolgungswahrscheinlichkeit muss die offen gelebte, sexuelle Orientierung sein.⁹⁴

Für diese Herangehensweise spricht weiterhin, dass sie die in der Praxis ohnehin nur schwer möglich Unterscheidung zwischen einem freiwilligen und einem unter dem Druck von Verfolgungsgefahr erfolgten Verzicht auf das Ausleben einer sexuellen Orientierung, umgeht. Sie geht von einem Recht der Betroffenen auf ein offenes und diskriminierungsfreies Ausleben ihrer sexuellen Orientierung aus und ermöglicht dabei auch das Finden, Erkennen und Definieren der eigenen sexuellen Orientierung so wie es vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 GG und dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens des Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bzw. Art. 7 der Grundrechtcharta, gegebenenfalls in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 der EMRK geschützt ist.⁹⁵

⁸⁸ VG Braunschweig, Urteil vom 09. August 2021 – 2 A 77/18 –, juris, Rn. 48.

⁸⁹ Ebenda, Rn. 47.

⁹⁰ Ebenda, Rn. 49.

⁹¹ EuGH, Urteil vom 05.09.2012 – C-71/11; C-99/11 Deutschland gg. Y, Z – asyl.net: M19998, Rn. 79.

⁹² EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – C-199/12; C-200/12; C-201/12 X,Y,Z gg. Niederlande (Asylmagazin 12/2013) – asyl.net: M21260, Rn. 75.

⁹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 2. März 2010, Salahadin Abdulla u. a., C 175/08, C 176/08, C 178/08 und C 179/08, Slg. 2010, I-1493, Rn. 90.

⁹⁴ Vgl. Dörr/Träbert/Braun, LSBTI*-Asylanträge und das widerspenstige »Diskretionsgebot«, Asylmagazin, (7-8/ 2021) 262.

⁹⁵ Vgl. hierzu: Sußner (a.a.O. Fn. 7) 255 ff.

Geht man demgegenüber dennoch von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Prognoseentscheidung aus, so ist konsequent darauf zu achten, dass Betroffene nicht auf Diskretion verwiesen werden. Diesbezüglich möchte ich im Folgenden besonders häufig vorkommende, problematische Argumentationsmuster in Bezug auf bisexuelle Orientierungen vorstellen.

b) Identitätsprägung

Wie oben dargelegt, fordern die Mehrzahl der Gerichte aktuell den Nachweis, dass das mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu Verfolgung führende Verhalten für die Betroffenen auch identitätsprägend sei. Als verfolgungsauslösendes Verhalten wird dabei in der Regel lediglich das öffentliche Eingehen gleichgeschlechtlicher Beziehungen angesehen. Führen bisexuelle Antragstellende aktuell verschiedene geschlechtliche Beziehungen bzw. haben sie solche in der Vergangenheit geführt, so kann dies dazu führen, dass ihnen abgesprochen wird, dass ihr auch gleichgeschlechtliches Begehren Wichtigkeit für ihre sexuelle Identität habe.

Es ist widersinnig, zum einen die Bisexualität einer antragstellenden Person als glaubhaft anzusehen, zum anderen jedoch festzustellen, gleichgeschlechtliches Begehren sei für diese Person nicht identitätsprägend bzw. „nicht wichtig“. Dieser

Argumentation liegt meines Erachtens ein falscher Maßstab zu Grunde. Ihr Ausgangspunkt ist nicht das Recht auf ein offenes, diskriminierungsfreies Ausleben der bisexuellen Orientierung, sondern die Frage, ob gleichgeschlechtliche Verhaltensweisen auch „verborgen werden können“. Nur Personen, die „ausschließlich homosexuell geprägt seien“⁹⁶ könnten dies nicht. Dies erinnert an die frühe BVerwG-Rechtsprechung, die als Voraussetzungen für die Schutzgewährung eine „irreversible Homosexualität“ forderte. Letztlich liegt hierin erneut ein Verweis auf eine diskrete Lebensführung. Mit der Unterstellung, dass die Antragstellenden aufgrund ihres auch verschiedengeschlechtlichen Begehrens keine gleichgeschlechtlichen Beziehungen mehr eingehen werden, wird ihnen diese Möglichkeit de facto genommen. Die Bisexualität der Betroffenen wird nicht ernst genommen und unsichtbar gemacht.

c) aktuelle Lebensumstände

Werden ausschließlich die aktuellen Lebensumstände einer Person zur Grundlage der Verfolgungsprognose gemacht, so erkennt dies, dass sich diese auch jederzeit massiv verändern können. Eine Verfolgungsprognose, die lediglich auf einer Perpetuierung der aktuellen Lebensumstände beruht, ist somit häufig unzureichend.

Eine solche Argumentation beruht darüber hinaus auf der Annahme, dass die aktuellen Lebensumstände einer Person ausschließlich Ausdruck ihrer persönlichen Entscheidungen seien. Dies verkennt bestehende gesellschaftliche Zwänge. Personen im Asylverfahren unterliegen jedoch aufgrund ihrer Unterbringung in Mehrbettzimmern, bestehenden räumlichen Beschränkungen, herabgesetzten Sozialleistungen und Sprachbarrieren Einschränkungen, die das selbstbestimmte Ausleben der sexuellen Orientierung erschweren.

d) Leben im Herkunftsland

Zum Nachweis, dass für die Betroffenen ein bestimmtes Ausleben ihrer sexuellen Orientierung nicht identitätsprägend sei, wird teilweise auch auf die Lebensumstände der Betroffenen in ihrem Herkunftsland zurückgegriffen. Haben diese dort im Geheimen langjährige Beziehungen geführt, so wird teilweise unterstellt, dass eine andere Form des Auslebens der sexuellen Orientierung wiederum nicht identitätsprägend bzw. nicht unverzichtbar für sie sei. Diese Argumentation unterstellt eine Freiwilligkeit, wo in Anbetracht einer möglichen Verfolgungsgefahr keine ist. Ein Verhalten, das unter dem Druck einer möglichen Verfolgungsgefahr entstanden ist, kann nicht Grundlage der Prognoseentscheidung sein.

e) Beschränkung auf sexuelle Handlungen

In der oben dargestellten Form der Verfolgungsprognose wird als verfolgungsauslösendes Verhalten zumeist das „öffentliche Ausleben homosexueller Neigungen bzw. der Homosexualität“⁹⁷ bzw. das „Ausleben der Bisexualität“⁹⁸ genannt. Insbesondere für bisexuelle Antragstellende, die aktuell verschiedengeschlechtliche Beziehungen führen, ist es wichtig, dass sich der Blick auf die Bandbreite möglicherweise verfolgungsauslösender Handlungen erweitert. Er darf nicht nur auf sexuelle Beziehungen beschränkt bleiben. Denn dies könnte schnell zu der Annahme führen, dass den Betroffenen bereits dann keine Verfolgung (mehr) drohe, wenn sie aktuell in einer verschiedengeschlechtlichen Beziehung leben.

Verfolgungshandlungen knüpfen jedoch in der Regel nicht nur an bestimmte sexuelle Handlungen an. Entspricht eine Person anderweitig nicht den gesellschaftlichen heteronormativen Erwartungen, so kann dies ebenfalls zu Verfolgungshandlungen führen.⁹⁹ So kann eine Verfolgungsgefahr auch durch die Erwähnung früherer Partnerschaften oder die bloße Benennung der eigenen sexuellen Orientierung entstehen. Auch diesbezüglich dürfen die Betroffenen nicht auf Diskretion verwiesen werden. Der EuGH hat explizit festgehalten, dass die Unterscheidung zwischen Handlungen, die in den Kernbereich des Auslebens einer

⁹⁶ Vgl. VG München vom 8. März 2019 - M 9 K 17.39188, Rn. 21: „Die Tatsache, dass der Kläger Vater einer kleinen Tochter ist, zeigt vielmehr, dass er keine ausschließliche Prägung durch die Homosexualität hat und diese unschwer in der Öffentlichkeit verbergen kann.“; VG Berlin, Beschluss vom 11. Dezember 2020, (Az. VG 3 L 543/20 A (unveröffentlicht)): „Denn er hat weiterhin nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass er ausschließlich homosexuell orientiert ist. Es ist nicht überzeugend, dass der Antragsteller trotz in der Vergangenheit (jedenfalls auch) heterosexueller Partnerschaften und sogar der Ehe mit einer Frau nur noch an Männern interessiert sein soll.“

⁹⁷ Siehe beispielhaft: VG Berlin, Urteil vom 19. August 2021 - 31 K 687/17 A -, juris, Rn. 40; VG Stuttgart, Urteil vom 06. Mai 2021 - A 8 K 2811/19 -, juris, Rn. 38.

⁹⁸ VG Würzburg, Urteil vom 15. Juni 2020 - W 8 K 20.30255 -, juris, Rn. 36.

⁹⁹ Vgl. Loeffl (a.a.O. Fn. 76).

sexuellen Ausrichtung – sofern ein solcher erkennbar ist – eingreifen und solchen, die dies nicht tun, unerheblich ist.¹⁰⁰ Das Verbot des Diskretionsgebots gilt somit nicht nur für sexuelles Verhalten, sondern umfasst alle Ausdrucksformen der eigenen sexuellen Orientierung. Dies ist für eine umfassende Verfolgungsprognose, die Betroffene nicht auf die (Teil-) Unterdrückung von Aspekten ihrer sexuellen Orientierung verweist, zu berücksichtigen.

F. FAZIT

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung habe ich gezeigt, mit welchen spezifischen Herausforderungen bisexuelle Personen im Verfahren zur Flüchtlingsanerkennung konfrontiert sind.

Dafür habe ich zunächst ausgeführt, dass bisexuelle Personen sich auf den Verfolgungsgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe berufen können. Schwierigkeiten wirft dieser Verfolgungsgrund jedoch für Personen auf, die sich einer bestimmten Identitätszuschreibung gerade entziehen.

Ich habe dargestellt, dass die Glaubhaftmachung der eigenen sexuellen Orientierung für bisexuelle Personen häufig problematisch ist, da sie mit heteronormativen Vorannahmen von Entscheider:innen konfrontiert sind. Aus diesem Grund habe ich vorgeschlagen, den Fokus auf den Verfolgungsakteur zu legen. Es sollte gefragt werden, ob dieser gerade auf das Überschreiten der heterosexuellen Norm durch

die Betroffenen mit Verfolgungshandlungen reagiert. Der Verfolgungsgrund der politischen Überzeugung sollte stärker genutzt werden.

Im zweiten Teil der Arbeit habe ich das sogenannte Diskretionsgebots vorgestellt. Es ist deutlich geworden, dass Diskretionserwägungen unzulässig sind. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG nunmehr auch explizit für bisexuelle Personen. Anschließend habe ich die aktuell im Rahmen der Bestimmung der Verfolgungswahrscheinlichkeit erfolgende Prognose darüber, wie eine Person ihre sexuelle Orientierung zukünftig ausleben wird, dargestellt. Diese Art der Prognose stellt insbesondere für bisexuelle Personen ein Einfallstor für Diskretionserwägungen dar. Ich habe ausgeführt, dass diese Praxis der Judikatur des EuGH widerspricht. Ausgangspunkt für die Prüfung der Verfolgungswahrscheinlichkeit muss die offen gelebte sexuelle Orientierung sein. Denn nur so kann der sexuellen Orientierung als zwingend bedeutsamem Bestandteil der Identität eines Menschen angemessene Rechnung getragen werden. Eine solche Herangehensweise verwirklicht das Recht der Betroffenen auf ein diskriminierungsfreies Ausleben ihrer sexuellen Orientierung.

ZUR AUTORIN:

Juliane Linke ist Rechtsanwältin in Berlin und auf das Migrationsrecht spezialisiert.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 07.11.2013 - C-199/12; C-200/12; C-201/12 X,Y,Z gg. Niederlande (Asylmagazin 12/2013) - asyl.net: M21260, Rn. 78.

LITERATUR

Adamietz, L. (2011). *Geschlecht als Erwartung*. Nomos.

Danisi, C., Dustin, M., Ferreira, N. & Held, N. (2021). *Queering Asylum in Europe. Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*. Springer.

Dörr, P., Träbert, A. & Braun, P. (2021) *LSBTI*-Asylanträge und das widerspenstige »Diskretionsgebot«*. In: *Asylmagazin* 7–8/ 2021, 257–269.

Göbel-Zimmermann, R., Eichhorn, A., & Beichel-Benedetti, S. (2018). *Asyl- und Flüchtlingsrecht*. München: C.H. Beck.

Hempel, J. (2014). *Sexuelle Orientierung als Asylgrund Entwicklungen der europäischen Asylrechtspraxis am Beispiel Deutschlands*. Diplomarbeit Universität Wien.

Hruschka, C. (2021). *§ 3b AsylG Verfolgungsgründe*. In: J. Mantel & B. Huber, *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*. München.

Hübner, K. (2016). *Fluchtgrund sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität: Auswirkungen von heteronormativem Wissen auf die Asylverfahren LGBTI-Geflüchteter*. In: *Feministische Studien* 2/ 2016, 242–260.

International Commission of Jurists (2016). *Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation and Gender Identity A Practitioners' Guide*. Genf. Abgerufen am 05.12.2021 von <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/10/Universal-PG-11-Asylum-Claims-SOGI-Publications-Practitioners-Guide-Series-2016-ENG.pdf>.

Jansen, S., & Spijkerboer, T. (2011). *Fleeing Homophobia. Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*. Abgerufen am 04. 12.2021 von <https://www.refworld.org/docid/4ebba7852.html>

Judith, W. (2014). *Die „bestimmte soziale Gruppe“ „queer“ gelesen – Eine kritische Analyse der unionsrechtlichen Definition*. In: *ZAR* 2014, 404–409.

Klesse, C. (2007). *Weibliche bisexuelle Nicht-Monogamie, Biphobie und Promiskuitätsvorwürfe*. In: J. Hartmann, C. Klesse, P. Wagenknecht, B. Fritzsche & C. Hackmann, *Heteronormativität. Empirische Studien*. Wiesbaden, 291–307.

Klesse, C. (2021). *On the government of bisexual bodies: asylum case law and the biopolitics*. In: R. C. Mole, *Queer Migration and Asylum in Europe* (S. 109–131). Abgerufen am 05.12.2021 von <https://www.jstor.org/stable/j.ctv17ppc7d.13>

Loeffl, A. (21. Januar 2021). *Nicht homosexuell genug? Bisexuelle Geflüchtete im Asylverfahren*. Abgerufen am 4.12.2021 von: <https://genderblog.hu-berlin.de/nicht-homosexuell-genug-bisexuelle-gefluechtete-im-asylverfahren/>.

Markard, N. (2013). *Queerness zwischen Diskretion und Cocktails. Anerkennungskämpfe und Kollektivitätsfallen im Migrationsrecht*. In: G. Jähnert, K. Aleksander, & M. Kriszio, *Kollektivität nach der Subjektkritik. Geschlechtertheoretische Positionierungen*. Bielefeld, 69–86.

Markard, N. (2013). *Sexuelle Orientierung als Fluchtgrund – Das Ende der »Diskretion«*. In: *Asylmagazin* 2/2013, 74–84.

Markard, N. (2015). *EuGH: Anforderungen an den Nachweis der Homosexualität bei Asylsuchenden*. In: *NVwZ* 2015, 132–136.

Mikolajetz, J. (2020). *Homosexualität im Asylverfahren - Stereotype, Diskretionserfordernis und Heteronormativität. Working Paper #26*. Abgerufen am 4. 12 2021 von <http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2021/02/WP-26-Homosexualit%C3%A4t-im-Asylverfahren.pdf>

Morgan, D. (2006). *Not Gay Enough for the Government: Racial and Sexual Stereotypes in Sexual Orientation Asylum Cases*. *Tulane Journal of Law and Sexuality* (Vol. 15/ 2006), 135–161.

Rehaag, S. (2008). *Patrolling the Borders of Sexual Orientation: Bisexual Refugee Claims in Canada*. In: *MCGILL LAW JOURNAL / REVUE DE DROIT DE MCGILL*, Vol 53, 60–102.

Rehaag, S. (2009). *Bisexuals Need not Apply: A Comparative Appraisal of Refugee Law and Policy in Canada, The United States, and Australia*. In: *International Journal of Human Rights* 13/2, 415–436.

Sußner, P. (2020). *Flucht - Geschlecht - Sexualität Eine menschenrechtsbasierte Perspektive auf Grundversorgung und Asylstatus*. Wien: Verlag Österreich GmbH.

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES. (2007). Abgerufen am 04.12.2021 von: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES plus 10. (2017). Abgerufen am 4.12.2021 von: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

Titze, A. (2012). *Sexuelle Orientierung und die Zumutung der Diskretion*. In: *ZAR* 2012, 93–102 .

Tschalaer, M. (2019). *The sexual asylum story*. Abgerufen am 05.12.2021 von: <https://www.diaphanes.com/titel/queer-spaces-6169>

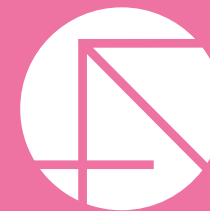
UNHCR. (2012). *Richtlinien zum Internationalen Schutz Nr. 9 Anträge auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund der sexuellen Orientierung und/oder der geschlechtlichen Identität im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*. Abgerufen am 4.12.2021: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=56caba174>

HERAUSGEBER:

Schulenberatung Berlin gGmbH
HRB 110342B/ Amtsgericht Charlottenburg
Geschäftsführer Marcel de Groot
Niebuhrstraße 59/60
10629 Berlin

Grafik und Layout:

HELDISCH.com





**SCHWULEN
BERATUNG
BERLIN**

VIELFALT LEBEN

Gefördert durch:

Senatsverwaltung
für Justiz, Verbraucherschutz
und Antidiskriminierung



Landesstelle
für Gleichbehandlung –
gegen Diskriminierung

Fachbereich LSBTI



Initiative: Berlin tritt ein für Selbstbestimmung und
Akzeptanz geschlechtlicher und sexueller Vielfalt
SELBSTBESTIMMUNG - ANKEPTANZ - VIELFALT

WWW.SCHWULENBERATUNGBERLIN.DE

© 2021 by Schwulenberatung Berlin gGmbH