

den beiden Alternativen vorzunehmen, wenn doch zumindest ein sonstiger minder schwerer Fall vorliegen könnte. Der Strafmilderungsgrund der Reizung zum Zorn ist zwingend.²¹ Praktisch bedeutsam ist dies im Rahmen einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit i. S. v. § 21 StGB. Provokation meint sthenische Affekte²² (z. B. Wut, Zorn, Streitlust), wobei der Affekt nicht das Maß des § 21 StGB erreicht haben muss²³. §§ 213 I. Alt. und 21 StGB sind daher nebeneinander anwendbar²⁴, so dass sich die Höchststrafe auf sieben Jahre und sechs Monate reduzieren kann. Anlass der 2. Alternative ist zumeist ein vertypter Milderungsgrund wie § 21

21 Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 2; a. A. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 12a.

22 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 8.

23 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 9a.

24 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 17; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 10.

StGB, so dass eine weitere Strafmilderung ausscheidet. Wenn aber der provokationsbedingte Affekt zur verminderten Steuerungsfähigkeit geführt hat, so kommt auch neben der Anwendung von § 213 Alt. 1 StGB keine weitere Strafmilderung in Betracht – selbst wenn er den Grad einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung erreicht hat²⁵ –, denn die Reizung zum Zorn und die erhebliche Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit sind vielfach auf dieselben Wurzeln zurückzuführen²⁶. Gegebenenfalls ist auch zu prüfen, ob ein mehrfach gemilderter Strafrahmen des § 212 I StGB für den Angeklagten nicht günstiger ist als die Annahme eines minder schweren Falls²⁷.

25 BGH NStZ 2002, 542, Rn. 3; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 17.

26 Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455 (457).

27 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 4. Aufl. 2008, Rn. 886; BGH vom 13.07.2006 – 2 StR 228/06, BeckRS 2006, 09873.

Ulrike Lembke*

Homosexualität als anzuerkennender Fluchtgrund

Richtlinie 2004/38/EG Zum flüchtlingsrechtlichen Schutz von homosexuellen Personen, denen in ihrem Herkunftsstaat erhebliche strafrechtliche Sanktionen drohen.

1. Homosexuelle Asylantragsteller/innen können eine bestimmte soziale Gruppe im Sinne der RL 2004/38/EG bilden, die der Verfolgung wegen ihrer sexuellen Orientierung ausgesetzt ist, und daher als Flüchtlinge anzuerkennen sein.

2. Das Bestehen einer Freiheitsstrafe, mit der im Herkunftsland Homosexualität bedroht ist, kann für sich alleine eine Verfolgungshandlung darstellen, sofern diese Strafe tatsächlich verhängt wird.

3. Auf Grund der wesentlichen Bedeutung der sexuellen Orientierung für die persönliche Identität kann von homosexuellen Flüchtlingen nicht verlangt werden, dass sie ihre Homosexualität im Herkunftsland geheim halten, um Verfolgung zu vermeiden.

EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – verbundene Rs. C-199/12, C-200/12, C-201/12 – X, Y, Z ./ Minister voor Immigratie en Asiel

Rechtlicher Rahmen

Die Anerkennung von Flüchtlingen und die Gewährung von Aufenthaltsrechten oder Asyl entscheiden sich nicht allein nach nationalen Bestimmungen, sondern werden wesentlich von unions- und völkerrechtlichen Normen

geprägt.¹ Für die Gewährung von Schutz spielt die Anerkennung als Flüchtling inzwischen eine wesentliche Rolle.² Die Gewährung von Asyl setzt politische Verfolgung voraus; als Flüchtling ist nach Art. 1 (A) II der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) aber jede Person anzuerkennen, die „aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will“. Das Hochkommissariat für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR) hat verschiedene Richtlinien zur Umsetzung erlassen.³ Für die Mitglied-

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 Die Effektivität der Umsetzung dieser Normen ist allerdings national sehr unterschiedlich ausgeprägt. So konnte bspw. Otto Schily in Deutschland jahrelang verhindern, dass geschlechtsspezifische Verfolgung als solche anerkannt wird, hierzu sehr spannend Heike Brabant, Internationale Normen und das Rechtssystem. Der Umgang mit geschlechtsspezifisch Verfolgten in Großbritannien und Deutschland, 2011.

2 Vgl. Ulrike Lembke/Lena Foljanty, Migration, Flucht und Geschlecht, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 259 (261 ff.).

3 Relevant ist hier insbesondere UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity, www.unhcr.org/509136ca9.html (31.01.2014).

staaten der Europäischen Union wurden ferner durch die Qualifikationsrichtlinie (QRL) 2004/83/EG Mindeststandards des Flüchtlingsschutzes festgelegt. Sie wurde am 21.12.2013 durch RL 2011/95/EU abgelöst.

Die Entscheidung

Der EuGH hatte auf Grund einer Vorlage des niederländischen letztinstanzlichen Raad van State zu entscheiden.⁴ Das Vorlageverfahren betraf die Asylanträge von drei jungen Männern aus Sierra Leone (X), Uganda (Y) und Senegal (Z), welche ihre sexuelle Orientierung als anzuerkennenden Fluchtgrund geltend machten. Die Anträge wurden vom niederländischen Ministerium für Einwanderung und Asyl abgelehnt und diese Ablehnung mehrfach gerichtlich bestätigt. Der Raad van State legte dem EuGH schließlich drei Fragen vor, nämlich 1. ob homosexuelle Personen eine soziale Gruppe i. S. d. GFK und der QRL bilden, 2. ob bereits die Strafbarkeit homosexueller Handlungen eine Verfolgung darstellen könne, und 3. ob es homosexuellen Flüchtlingen zumutbar sei, ihre Homosexualität im Herkunftsland geheim zu halten, um Verfolgung zu vermeiden.

Zumindest die erste Frage hätte der EuGH sehr knapp beantworten können, denn Art. 10 I lit. d der QRL stellt ausdrücklich fest, dass eine soziale Gruppe auch anhand der sexuellen Orientierung gebildet werden kann. Da der Anerkennungsgrund der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe aber besonders umstritten ist, bestätigte der EuGH sicherheitshalber noch einmal die beiden generellen Kriterien hierfür: Zum einen sei die sexuelle Orientierung ein identitätsprägendes Merkmal, zum anderen mache schon das Bestehen strafrechtlicher Bestimmungen gegen Homosexualität in ihren Herkunftsländern die Betroffenen zu einer abgrenzbaren und von der Gesellschaft als andersartig betrachteten Gruppe.

Die Anerkennung als Flüchtling setzt ferner eine Verfolgungshandlung i. S. v. Art. 9 QRL, also eine schwerwiegende Verletzung grundlegender Menschenrechte, voraus.⁵ Der EuGH weist zunächst darauf hin, dass die einschlägigen Grundrechte – insbesondere das Recht auf Privatheit nach Art. 8 EMRK und Art. 7 GRC – durchaus eingeschränkt werden können, weshalb eine gravierende Verletzung im Einzelfall zu belegen sei; die bloße Existenz einer Strafvorschrift genüge insoweit nicht. Al-

erdings sind in Sierra Leone homosexuelle Handlungen mit einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren bis lebenslanglich bedroht, in Uganda droht eine bis zu lebenslange Freiheitsstrafe und im Senegal eine Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren sowie eine Geldstrafe zwischen 150 und 2.000 €. Eine Freiheitsstrafe, die im Herkunftsland auch tatsächlich vollstreckt wird, sieht der EuGH als unverhältnismäßige und diskriminierende Bestrafung an, die nach Art. 9 II lit. c QRL eine Verfolgungshandlung darstellt.

Der EuGH entschied schließlich, dass von Betroffenen nicht verlangt werden kann, ihre für ihre Identität so bedeutsame sexuelle Orientierung zu verbergen. Auch sei für die Flüchtlingsanerkennung die Frage völlig unbeachtlich, ob sie sich beim „Ausleben“ ihrer sexuellen Orientierung besonders „zurückhalten“ könnten. Der EuGH konnte diesbezüglich umfassend auf seine Entscheidung *X und Z ./. Deutschland* verweisen, in der es um Verfolgung auf Grund religiöser Betätigung in der Öffentlichkeit ging.⁶ Darin hatte er festgestellt, dass die deutsche Unterscheidung zwischen *forum internum* und *forum externum* nichts zur Frage der Einordnung als Verfolgungshandlung i. S. v. Art. 9 QRL beitrage, denn dass die Verfolgungsgefahr durch Verzicht auf bestimmte religiöse Betätigungen vermieden werden könnte, sei „grundsätzlich irrelevant“.

Würdigung der Entscheidung

Wenig erfreulich ist, wenn der EuGH das geltende Recht referieren muss; erfreulich aber, dass für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union nun einheitlich geklärt ist, dass die sexuelle Orientierung einen anerkannten Fluchtgrund darstellt und von Betroffenen nicht erwartet werden kann, dass sie sie verstecken.⁷ Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge hatte nach eigenem Bekunden das Ende der Diskretionsforderungen schon 2012 eingeleitet.⁸ Spätestens mit der Entscheidung des EuGH dürfte diese Klarstellung der Rechtslage bei allen zuständigen Gerichten und Behörden auf Rezeption hoffen dürfen.⁹

Wenig überzeugend sind allerdings die Überlegungen des EuGH, eine Verfolgungshandlung nur bei tatsächlich angewendeten Strafnormen anzunehmen.¹⁰ Wenn

⁶ EuGH vom 05.12.2012, verbundene Rs. C-71/11, C-99/11 – *X und Z ./. Deutschland*.

⁷ Vgl. *Janna Weßels*, Discretion in sexuality-based asylum cases: an adaptive phenomenon, in: Thomas Spijkerboer (ed.), *Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum*, 2013, S. 55-81.

⁸ *BAMF*, Schreiben vom 27.12.2012 an MdB Volker Beck, www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Recht/BAMF-121227.pdf, S. 4 (31.01.2014).

⁹ Zur Problematik des früheren „Diskretions“-Ansatzes vgl. *Nora Markard/Laura Adamietz*, Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität, in: Annika McPherson et al. (Hg.), *Wanderungen. Migrationen und Transformationen aus geschlechterwissenschaftlichen Perspektiven*, 2013, S. 169-184.

¹⁰ Hierzu ausführlich *Nora Markard*, *Asylmagazin* 2013, 402 (405 ff.).

⁴ Zur Entscheidung ausführlich *Nora Markard*, EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund, in: *Asylmagazin* 2013, 402-408; ferner *Nils Janson*, Ausgeweiteter Flüchtlingsschutz für homosexuelle Flüchtlinge durch Ende des „Vermeidungsverhaltens“, www.juwiss.de (31.01.2014).

⁵ Im Gegensatz zur früheren Rechtslage muss die Verfolgung nicht zwingend von staatlichen Akteur/innen ausgehen. Der Flüchtlingsschutz greift gemäß Art. 6 QRL auch bei nichtstaatlicher Verfolgung, sofern staatliche Organe nicht in der Lage oder nicht willens sind, effektiven Schutz zu bieten.

eine Verfolgungshandlung nur bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen vorliegt, könnte es sich anbieten, den menschenrechtlichen Diskurs einzubeziehen. Bezüglich einverständlicher sexueller Handlungen zwischen Erwachsenen hat der EGMR schon die Existenz von Strafnormen als problematisch angesehen.¹¹ Dies ist aus zwei Perspektiven überzeugend. Zum einen liegt in solchen Strafnormen, auch wenn sie gerade nicht angewendet werden, eine jederzeit aktualisierbare Bedrohung, und Betroffene könnten sich genötigt fühlen, ihr Lieben und Begehren aus Angst vor Repression vollständig zu unterdrücken. Sie werden durch eine solche Strafnorm auch erpressbar. Zum anderen steht Recht nicht nur

¹¹ EGMR vom 22.04.1993, Nr. 15070/89 – *Modinos ./. Zypern*, vom 26.10.1988, Nr. 10581/83 – *Norris ./. Irland*, vom 22.10.1981, Nr. 7525/76 – *Dudgeon ./. Vereinigtes Königreich*; ferner Menschenrechtsausschuss vom 04.04.1994, Nr. 488/1992 – *Toonen ./. Australien*.

auf dem Papier, sondern in Wechselwirkung mit gesellschaftlichen Prozessen. Homosexuelle Personen sind in besonderem Maße Diskriminierung und Gewalt durch staatliche wie private Akteur/innen ausgesetzt.¹² Die Kriminalisierung von Homosexualität verstärkt ablehnende Tendenzen und bietet eine Rechtfertigung für Übergriffe. Angesichts dessen Verfolgungshandlungen pauschal abzulehnen, geht an der Realität im Einzelfall¹³ vorbei.

¹² *Amnesty International*, Crimes of hate, conspiracy of silence: Torture and ill-treatment based on sexual identity, 2001; *European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)*, European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey, 2013; *Human Rights Council*, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity, 17 November 2011, www.unhcr.org/refworld/docid/4ef09202.html (31.01.2014).

¹³ Für eine Einzelfallprüfung auch UNHCR, www.unhcr.org/509136ca9.html (31.01.2014), Rn. 26-29.

Ulrike Lembke*

Bezeichnung als ‚durchgeknallte Frau‘ kann Beleidigung sein

Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG, Art. 5 II GG Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in medialen Auseinandersetzungen und Schranken der Meinungsfreiheit.

Die Bezeichnung als „durchgeknallte Frau“ kann abhängig vom Kontext eine ehrverletzende Äußerung sein, die nicht mehr vom Schutz der Meinungsfreiheit gedeckt ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine öffentliche Auseinandersetzung sich zu rein spekulativen Äußerungen hin verschiebt, welche ohne Tatsachenkern den Intimbereich der angegriffenen Person verletzen, und diese Äußerungen auch nicht spontan im Zusammenhang mit einer emotionalen Auseinandersetzung fallen, sondern gezielt verletzend wirken sollen.

BVerfG, Beschluss vom 11.12.2013 – 1 BvR 194/13

Sachverhalt

Die bayerische Landrätin Gabriele Pauli wurde 2006 bundesweit bekannt, als sie Ministerpräsident Edmund Stoiber offen kritisierte und seinen Rücktritt forderte. Noch bekannter machten sie allerdings im Frühjahr 2007 Photos für das Magazin *Park Avenue*, auf denen sie u. a. mit Latexhandschuhen, roter Perücke, Maske und Minikleid posierte. Viele Medien berichteten hierüber.

In der Online-Ausgabe der *Bild*-Zeitung schrieb Chefkolumnist Franz-Josef Wagner am 03.04.2007:

„Liebe Latex-Landrätin, auf sechs Doppelseiten der Zeitschrift „P. A.“ lassen Sie sich in Domina-Posen – mit Latex-Handschuhen und gespreizten Beinen – fotografieren. Die Fotos sind klassische Pornografie. Der pornografische Voyeur lebt in der Qual, Ihnen die Kleider vom Leib zu reißen. Kein Foto löst in mir den Impuls aus, Sie zu lieben bzw. zärtliche Worte mit Ihnen zu flüstern. Kein Mann liebt eine Frau in einem Pornofilm.

Auf all diesen Fotos sind Sie angezogen, nichts Nacktes. Sie sind die Frau dazwischen. Warum machen Sie das? Warum sind Sie nach Ihrem Stoiber-Triumph nicht die brave, allein erziehende Mutter geblieben? Warum lassen Sie sich so fotografieren?

Ich sage es Ihnen: Sie sind die frustrierteste Frau, die ich kenne. Ihre Hormone sind dermaßen durcheinander, dass Sie nicht mehr wissen, was wer was ist. Liebe, Sehnsucht, Orgasmus, Feminismus, Vernunft.

Sie sind eine durchgeknallte Frau, aber schieben Sie Ihren Zustand nicht auf uns Männer.“

Frau Pauli erhob Klage und begehrte die Unterlassung der Äußerungen, sie sei eine „durchgeknallte Frau“ und die fraglichen Photos seien „klassische Pornografie“ oder

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.