

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Auer, G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter,
A. Griffel, T. Jaag, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley,
M. Simonek, F. Uhlmann

Stéphanie Fässler

Das Recht auf sexuelle Orientierung

und seine Bedeutung im Migrationsrecht

INHALTSVERZEICHNIS

Übersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	LVII
I. Schweizerische Materialien	LVII
II. Internationale Materialien	LX
Rechtsquellenverzeichnis	LXVII
I. Nationale Rechtsquellen	LXVII
II. Internationale Rechtsquellen	LXIX
III. Internationale, für die Schweiz nicht anwendbare Rechtsquellen	LXXI
Abkürzungsverzeichnis	LXXIII
Einleitung	1
I. Ausgangslage	1
II. Folgerung	4
III. Fragestellung und Vorgehensweise	6
Erster Teil: Die sexuelle Orientierung als Aspekt der Persönlichkeit	9
§ 1 Sexuelle Orientierung: Begriffsverständnis und rechtliche Einordnung	11
I. Psychologisches, medizinisches, soziologisches und theologisches Verständnis der „sexuellen Orientierung“	11
A. Begriff der „sexuellen Orientierung“	11

B.	Formen der sexuellen Orientierung.....	12
1.	Homosexualität	12
2.	Heterosexualität	14
3.	Bisexualität.....	15
C.	Wandel des Sexualverständnisses.....	16
1.	Soziale Transformation.....	16
a.	Sexuelle Revolution.....	16
b.	Ist Homosexualität eine Paraphilie?.....	17
c.	Aufgeklärtes Verständnis der Homosexualität.....	18
2.	Vorurteile gegenüber der Homosexualität.....	20
a.	Unnatürliches Sexualverhalten.....	20
b.	Verrat von nationalen Werten	21
c.	Homosexualität und Moralvorstellungen.....	21
3.	Aktuelle Zahlen.....	23
II.	Rechtliche Entwicklung: Von der Pönalisierung zum grundrechtlichen Schutz.....	25
A.	Strafrechtliche Regelungen	25
1.	Ausgangslage	25
2.	Art. 194 aStGB: „widernatürliche Unzucht“	26
a.	Sinn und Zweck von Art. 194 aStGB.....	26
b.	Gerichtliche Anwendungspraxis	28
3.	StGB-Revision und Gleichbehandlungsgebot.....	29
B.	Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV	31
1.	Entstehungsgeschichte des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV	31
2.	Staatliche Pflicht zum Abbau von Ungleichheiten	33
C.	Das PartG und die Einführung der registrierten Partnerschaft.....	35
D.	Bleibende Ungleichbehandlung und mögliche Auswege ...	38
1.	EGMR-Urteil „Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich“	39
2.	Rechtsprechung des UN-Menschenrechtsaus- schusses.....	40
3.	Schutz der sexuellen Orientierung unter dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz.....	41
4.	Fazit	42

§ 2 Grundlagen des Persönlichkeitsschutzes	43
I. Ideelles Fundament eines rechtlichen Persönlichkeits- schutzes	43
A. Vernunft	43
B. Freiheit.....	44
1. Innere Freiheit.....	45
2. Äussere Freiheit	45
II. Schutz der Menschenwürde.....	47
§ 3 Rechtlicher Schutz der sexuellen Orientierung.....	49
I. Vorbemerkung: Zur Bedeutung internationaler Menschenrechtskonventionen	49
A. Massgeblichkeit der internationalen Menschenrechtsgarantien	49
B. Verhältnis der Menschenrechte zu den verfassungsrechtlichen Garantien	50
II. Menschenrechtlicher Schutz der sexuellen Orientierung	51
A. Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK bzw. Art. 17 UNO-Pakt II.....	51
1. Verhältnis von Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II	53
2. Selbstbestimmungsrecht als Grundidee	54
3. Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens	56
a. Physische und psychische Integrität	57
b. Schutz der Identität	58
c. Privatsphäre.....	62
B. Einbettung des Schutzes der sexuellen Orientierung im Recht auf Achtung des Privatlebens	63
1. Sexuelle Orientierung als Bestandteil des Sexual- lebens.....	63
2. Sexuelle Orientierung als Aspekt der Identität.....	64
a. Sexuelle Orientierung und die individuelle Identität	64
b. Sexuelle Orientierung und soziale Identität.....	65

III. Verfassungsrechtlicher Schutz der sexuellen Orientierung.....	66
A. Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz	66
1. Entwicklung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes	66
a. Persönliche Freiheit als Ausgangspunkt.....	66
b. Psychische Unversehrtheit	67
c. Schutz aller elementaren Aspekte der Persönlichkeit	68
2. Persönlichkeitsschutz in der BV 1999	70
a. Explizit garantierte Teilgehalte von Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV.....	71
b. Schutz der individuellen Selbstbestimmung	73
c. Abgrenzung von Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV.....	74
B. Schutz der sexuellen Orientierung innerhalb des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes	75
C. Zwischenfazit.....	78
IV. Das Recht auf sexuelle Orientierung.....	79
A. Unvollständiger Schutz der sexuellen Orientierung in der Rechtsprechung.....	79
B. Sexuelle Orientierung als eigenständiger Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung.....	80
§ 4 Schutz der sexuellen Orientierung im Soft Law	83
I. Bedeutung von Soft Law.....	83
A. Was ist Soft Law?	83
B. Rolle des Soft Law im Bereich der sexuellen Orientierung	85
II. Soft Law internationaler Organisationen.....	86
A. UNO-Soft Law zum Schutz der sexuellen Orientierung...	86
B. Soft Law des Europarates zum Schutz der sexuellen Orientierung	87
1. Überblick.....	87
2. Respektierung der sexuellen Selbstbestimmung.....	88
3. Keine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung.....	89

4.	Positive Massnahmen zur Besserstellung von Homosexuellen.....	89
III.	Soft Law der Zivilgesellschaft.....	91
A.	Überblick.....	91
B.	Yogyakarta-Principles.....	91
C.	IPPF-Erklärung.....	94
§ 5	Fazit zum ersten Teil.....	97
Zweiter Teil: Das Recht auf sexuelle Orientierung.....		101
§ 6	Sachlicher und persönlicher Schutzbereich.....	103
I.	Sachlicher Schutzbereich.....	103
A.	Ermittlung des sachlichen Schutzbereichs.....	103
1.	Kriterium „Privatheit“.....	103
2.	Kriterium „gelebte Partnerschaft“.....	104
B.	Schutzobjekt.....	105
II.	Persönlicher Schutzbereich.....	107
A.	Grundrechtsmündigkeit.....	107
1.	Grundsatz.....	107
2.	Grundrechtsmündigkeit von urteilsfähigen Minderjährigen.....	108
3.	Grundrechtsmündigkeit urteilsfähiger Volljähriger unter Beistandschaft.....	110
B.	Grundrechtsunmündige Grundrechtsträger.....	111
III.	Überleitung: Überblick über die verschiedenen Verpflichtungsdimensionen des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	113
§ 7	Negative Pflichten aus dem Recht auf sexuelle Orientierung.....	115
I.	Abwehrrechtliche Achtungspflichten.....	115
A.	Unterlassungspflichten.....	115
1.	Überblick.....	115

2.	Konkrete Unterlassungspflichten.....	116
B.	Beschränkungen der Achtung der sexuellen Orientierung	117
1.	Soziale Eingebundenheit von Rechtsansprüchen	117
2.	Verschiedene Beschränkungsformen.....	118
a.	Wann liegt eine Einschränkung vor?	118
b.	Hoheitsakte.....	120
c.	Realakte	125
II.	Zulässigkeit von Beschränkungen.....	127
A.	Erfordernis der gesetzlichen Grundlage.....	128
1.	Überblick.....	128
a.	Anforderungen an die Normstufe.....	129
b.	Anforderungen an die Normdichte	131
2.	Legalitätsprinzip bei Eingriffen in das Recht auf sexuelle Orientierung	132
B.	Legitimes Eingriffsinteresse.....	134
1.	Überblick.....	134
a.	Explizite Umschreibung	134
b.	Allgemeine Definition.....	135
2.	Legitimität der einzelnen Schutzgüter	136
a.	Wandelbare Legitimität.....	136
b.	Schutz der Moral.....	137
c.	Schutz der öffentlichen Gesundheit	140
d.	Schutz der öffentlichen Sicherheit	141
e.	Schutz der Rechte Dritter.....	142
C.	Wahrung der Verhältnismässigkeit	143
1.	Überblick.....	143
a.	Prüfkriterien	143
b.	Prüfkognition des EGMR	146
2.	Verhältnismässigkeit von Eingriffen in das Recht auf sexuelle Orientierung	149
a.	Verbot der Homosexualität zum Schutz der öffentlichen Sicherheit	149
b.	Verbot der Homosexualität zum Schutz der öffentlichen Moral	149
c.	Verbot der Homosexualität zum Schutz von Rechten Dritter.....	151

d.	Ausforschen des Privatlebens zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	153
e.	Berufsverbot von Homosexuellen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit.....	155
D.	Wahrung des Kerngehalts.....	156
1.	Überblick.....	156
a.	Verfassungsrechtlicher Kernbereich.....	156
b.	Unantastbarer Wesenskern der Menschenrechte....	158
2.	Kerngehalte des Rechts auf sexuelle Orientierung	158
III.	Folgen einer Verletzung des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	159
A.	Feststellung der Konventionswidrigkeit durch EGMR und MRA	159
B.	Feststellung der Konventionswidrigkeit durch das Bundesgericht.....	161
§ 8	Positive Pflichten aus dem Recht auf sexuelle Orientierung	163
I.	Justiziable positive Pflichten	163
A.	Schutzpflichten.....	163
1.	Grundsatz	163
2.	Umfang von justiziablen Schutzpflichten	164
3.	Konkrete Schutzpflichten.....	167
a.	Gesetzliche Schutzmassnahmen.....	167
b.	Faktische Schutzmassnahmen	174
B.	Gewährleistungspflichten.....	178
1.	Grundsatz	178
2.	Umfang von justiziablen Gewährleistungspflichten...	179
3.	Konkrete Gewährleistungspflichten	180
a.	Pflicht zur gesetzlichen Ausgestaltung	180
b.	Verfahrensrechtliche Verpflichtungen	182
c.	Informationspflichten	184
II.	Nicht-justiziable positive Pflichten	186

§ 9 Diskriminierungsfreier Genuss des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	189
I. Akzessorisches Diskriminierungsverbot als Teilgehalt des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	189
A. Diskriminierungsverbot im Allgemeinen	189
1. Schutzziel	189
2. Direkte und indirekte Diskriminierung	191
B. Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots	192
1. Selbständiges Diskriminierungsverbot	192
2. Akzessorisches Diskriminierungsverbot	193
II. Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung.....	195
A. Verpöntes Anknüpfungskriterium „sexuelle Orientierung“	195
B. Ungleiche Gewährleistung des Rechts auf sexuelle Orientierung aufgrund der sexuellen Orientierung	197
1. Höheres Schutzalter bei einvernehmlichen Sexualkontakten.....	197
2. Beschränkte Auswahl an Beziehungsmodellen	198
C. Rechtfertigung einer Benachteiligung	200
1. Überblick.....	200
2. Legitime Gründe für eine Benachteiligung.....	202
a. Schutz von Ansichten gewisser Bevölkerungsgruppen.....	202
b. Schutz von Kindern und Jugendlichen	202
c. Schutz der Ehe.....	203
d. Schutz der traditionellen Familie.....	204
3. Verhältnismässigkeit.....	204
a. Schutz von Kindern und Jugendlichen	204
b. Schutz der Ehe.....	206
c. Schutz der traditionellen Familie.....	207
III. Positive Pflichten und der diskriminierungsfreie Genuss des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	209
A. Diskriminierungsfreie Gewährleistung der positiven Pflichten aus dem Recht auf sexuelle Orientierung.....	209
B. Diskriminierungsfreier Genuss des Rechts auf sexuelle Orientierung als Gestaltungsprinzip	210

1.	Überblick.....	210	
2.	Private Diskriminierungshandlungen im Besonderen.....	211	
§ 10	Fazit zum zweiten Teil.....	213	
Dritter Teil: Das Recht auf sexuelle Orientierung im Migrationsrecht			219
§ 11	Vorbemerkungen zum Recht auf sexuelle Orientierung im Migrationsrecht	221	
I.	Menschenrechte im Migrationsrecht	221	
II.	Vorgehensweise	223	
§ 12	Das Recht auf sexuelle Orientierung im Ausländergesetz.....	225	
I.	Grundsätze des Ausländergesetzes	225	
A.	Anwendungsbereich des Ausländergesetzes	225	
B.	Aufenthaltsregelung gemäss Ausländergesetz.....	226	
1.	Bewilligungspflicht und Zulassungsvoraus- setzungen	226	
2.	Beendigung des Aufenthalts.....	228	
a.	Erlöschen der Bewilligung	228	
b.	Widerruf der Bewilligung	229	
c.	Ausweisung.....	231	
3.	Entscheidungsermessen der Migrationsbehörden.....	231	
C.	Familiennachzug.....	233	
1.	Gesetzlicher Familiennachzug	233	
a.	Familiennachzugsregelung im Ausländergesetz	233	
b.	Familiennachzugsregelung im Freizügigkeitsabkommen	235	
2.	Grund- und menschenrechtlicher Anspruch auf Familiennachzug.....	237	
a.	Sachlicher Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens.....	237	

b.	Anspruch auf Familiennachzug.....	240
c.	Migrationsrechtlicher Schutzbereich des Familienlebens.....	242
II.	Anwesenheitsanspruch aufgrund des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	247
A.	Recht auf Anwesenheit.....	247
1.	Ausschluss von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften vom migrationsrechtlichen Schutz des Familienlebens	247
2.	Recht auf sexuelle Orientierung als Auffanggarantie.....	248
3.	Migrationsrechtlicher Schutzbereich des Rechts auf sexuelle Orientierung	250
a.	Analoge Anwendung von Kriterien des migrationsrechtlichen Familienschutzes	250
b.	Gefestigtes Anwesenheitsrecht.....	251
c.	Nahe und gefestigte Beziehung.....	252
d.	Folgen der Verweigerung des Schutzbereichs.....	253
B.	Eingriffe in das Recht auf sexuelle Orientierung im Ausländerrecht	255
1.	Überblick.....	255
2.	Beurteilung der migrationsrechtlichen Massnahmen gemäss EGMR	256
a.	Aufenthaltsbeendende Massnahmen	256
b.	Verweigerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung.....	257
3.	Bundesgerichtliche Beurteilung der migrationsrechtlichen Massnahmen	258
C.	Rechtmässigkeit einer Verweigerung der Anwesenheitsbewilligung.....	260
1.	Gesetzliche Grundlage.....	260
2.	Migrationsrechtliche Eingriffsinteressen.....	260
a.	Öffentliche Sicherheit und Ordnung.....	260
b.	Sozio-ökonomische Interessen einer restriktiven Migrationspolitik	262
3.	Wahrung der Verhältnismässigkeit.....	264

a.	Bezüglich des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	264
b.	Verhältnismässigkeit in konkreten Einzelfällen	266
§ 13	Das Recht auf sexuelle Orientierung im Asylgesetz.....	273
I.	Konstitutive Funktion des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	273
II.	Flüchtling wegen Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung.....	275
A.	Kriterien der Flüchtlingseigenschaft	275
1.	Überblick.....	275
2.	Verlassen und Bruch der Beziehungen zum Heimatstaat bzw. Herkunftsland.....	276
3.	Verfolgungsmotive	277
4.	Ernsthaften Nachteilen ausgesetzt oder begründete Furcht vor Verfolgung.....	278
a.	Asylrelevante Verfolgungshandlungen gemäss UNHCR	279
b.	Asylrelevante Verfolgungshandlungen gemäss AsylG	282
5.	Innerstaatliche Fluchtalternative.....	286
B.	Flüchtling wegen Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung	288
1.	Verfolgungsmotiv der sexuellen Orientierung	288
a.	„Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im völkerrechtlichen Verständnis	288
b.	Schweizerische Asylpraxis	290
2.	Flüchtlingsrelevante Verletzung des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	292
a.	Völkerrechtliche Grundsätze betreffend Verletzung des Rechts auf sexuelle Orientierung.....	292
b.	Analyse der Praxis der schweizerischen Asylbehörden.....	296
3.	Innerstaatliche Fluchtalternative.....	300

III. Staatliche Verpflichtungen aus dem Recht auf sexuelle Orientierung.....	301
A. Überblick.....	301
B. Ausgestaltung des Asylverfahrens	302
1. Umfassende Sachverhaltsabklärung.....	302
2. Schwierigkeiten bzgl. des Glaubhaftmachens der Flüchtlingeigenschaft.....	307
C. Verbot der Wegweisung und Ausschaffung zum Schutz der sexuellen Orientierung	310
§ 14 Das Recht auf sexuelle Orientierung im Bürgerrechtsgesetz.....	313
I. Erwerb des Bürgerrechts.....	313
A. Dreifaches Bürgerrecht	313
B. Formen des Bürgerrechtserwerbs.....	313
C. Massgeblichkeit der Grundrechte.....	316
II. Ungleicher Erwerb des Bürgerrechts.....	317
A. Einbürgerung der Ehepartner von Schweizer Bürgern.....	317
B. Einbürgerung der eingetragenen Partner von Schweizer Bürgern.....	318
C. Folgen der Unterscheidung	319
1. Zusätzliche Eignungskriterien	319
2. Stimmvolk als Einbürgerungsinstanz	320
III. Diskriminierende Ungleichbehandlung?	321
§ 15 Fazit zum dritten Teil	323
Ausblick.....	331