



Einschreiben
Bundesgericht
Strafrechtliche Abteilung
Av. Du Tribunal fédéral 29
1000 Lausanne 14

Zürich, 3. Mai 2018

Beschwerde in Strafsachen (Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 25. August 2017,
SU160076-O)

Sehr geehrte Damen und Herren Bundesrichter

In Sachen

Mohamed Shee Wa Baile, geb. 15. März 1974, [REDACTED]
[REDACTED]

(Beschwerdeführer / Beschuldigter)

erbeten verteidigt durch Rechtsanwältin lic.iur. Magda Zihlmann, Advoka-
tur Aussersihl, Hallwylstr. 78, Postfach 8866, 8036 Zürich

gegen

Stadtrichteramt Zürich, Gotthardstrasse 62, Postfach, 8022 Zürich

(Verwaltungsbehörde / Beschwerdegegnerin)

betreffend Nichtbefolgen polizeilicher Anordnungen / Beschwerde in
Strafsachen gegen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Straf-
kammer, vom 25. August 2017 (SU160076-O)

lic.iur. Magda Zihlmann
Rechtsanwältin

Advokatur Aussersihl
Hallwylstrasse 78
Postfach 8866
8036 Zürich

T 044 295 90 80

F 044 295 90 85

www.advokaturaussersihl.ch
zihlmann@advokaturaussersihl.ch



erhebe ich im rubrizierten Verfahren namens und im Auftrag des Beschwerdeführers fristgemäss

Beschwerde in Strafsachen

gegen das beiliegende Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 25. August 2017 und stelle hiermit die nachfolgenden Anträge:

1. Es sei das Urteil des Obergerichts vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf des Nichtbefolgens polizeilicher Anordnungen im Sinne von Art. 26 i.V.m. Art. 4 APV freizusprechen.
3. Eventualiter sei die Sache zur Feststellung des rechterheblichen Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Es seien die gesamten Verfahrenskosten der Staatskasse zu überbinden.
5. Es sei dem Beschuldigten eine angemessene Entschädigung für die entstandenen Anwaltskosten (zahlbar an die Rechtvertreterin zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer), inkl. für das Verfahren vor den kantonalen Instanzen, auszurichten.
6. Eventualiter sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

A. Formelles

- 1 Mit dem angefochtenen Urteil ist der Beschwerdeführer betroffen, beschwert und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung.
- 2 Als Beschuldigter hat er im vorliegenden Beschwerdeverfahren Parteistellung und ist zur Beschwerde legitimiert. Eine Vollmacht für die Unterzeichnende liegt bei, der angefochtene Entscheid ebenso. Der Entscheid datiert vom 25. August 2017 und ging am 12. September 2017 bei der Unterzeichnenden ein. Die Beschwerdefrist ist damit mit heutiger Eingabe gewahrt.



BO: Vollmacht vom 5.10.2017

liegt bei

BO: Urteil des Obergerichts Zürich vom 25.8.2017

liegt bei

3 Die Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht ist demzufolge zulässig.

B. Materielles

4 Grundsätzlich stellt die Verletzung einfachen kantonalen Gesetzesrechts keinen zulässigen Beschwerdegrund dar. Die unrichtige Anwendung kantonalen Rechts kann aber dann gerügt werden, wenn sie gegen das Willkürverbot verstösst oder in den Schutzbereich verfassungsmässiger Grundrechte fällt (BGE 134 I 153, E. 4.2.1.ff.).

5 Die vorliegend in Frage stehende polizeiliche Anordnung tangiert die Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 12 und 17 IPbpR, Art. 5 wie u.a. lit. d(i) RDK, Art. 8 EMRK) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 17 IPbpR, Art. 5 RDK, Art. 8 EMRK) meines Mandanten und die Kontrolle seines Rucksackes griff in seine Privatsphäre ein (Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 17 IPbpR, Art. 5 RDK, Art. 8 EMRK). Die Anwendung des kantonalen Rechts ist daher ohne Kognitionsbeschränkung zu überprüfen.

6 Da die Vorinstanzen auf die meisten der vorgebrachten Argumente nicht eingegangen sind, ist deren Wiederholung in der vorliegenden Beschwerde unumgänglich.

- Nachfolgend wird erörtert, weshalb eine Bestrafung meines Mandanten grundsätzlich unzulässig ist (Ziff. I.) und namentlich gegen das *nemo tenetur*-Privileg (I.1.) und das strafrechtliche Legalitätsprinzip (I.2.) verstösst.
- Hernach wird dargelegt, dass die Sachverhaltserstellung durch die Vorinstanz unvollständig, in Verletzung von Bundesrecht und letztlich willkürlich erfolgte (II.). Indem sie voraussetzt, dass mein Mandant nur straffrei bleibt, wenn die Anordnung des Polizisten nichtig war, weicht sie ohne Grund von ihrer Rechtsprechung ab, verstösst gegen das Rechtsgleichheitsgebot und unterlässt es, alle Strafbarkeitsvoraussetzungen zu prüfen (II.1.). Die von ihr angewendete Beweislastverteilung bzw. das Beweismass verstossen zudem gegen die Unschuldsvermutung und die Vorinstanz nimmt eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vor (II.2.). Sie verfällt bei ihrer Beweiswürdigung in Willkür und verstösst gegen den Grundsatz *in dubio pro reo* (II.3.).

- Schliesslich wird dargelegt, dass mein Mandant selbst dann straffrei bleiben muss, wenn man von einer willkürfreien Sachverhaltserstellung durch die Vorinstanz ausgeht (III.). Namentlich entbehrt die Kontrolle eines genügenden Kontrollgrundes (III.1.) und ist als diskriminierend und damit nichtig zu beurteilen (III.2.). In jedem Fall durfte mein Mandant die offenkundige Unrechtmässigkeit der Kontrolle annehmen (III.3.).

I. Unzulässigkeit der Bestrafung an sich

1. Verstoss gegen das *nemo tenetur*-Privileg (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 113 Abs. 1 StPO, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II)

- 7 Die Vorinstanz macht geltend, der Beschwerdeführer sei aufgrund eines Verdachts wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz kontrolliert worden, weshalb die Kontrolle eher strafprozessualer Natur gewesen sein dürfte (Urteil vom 25.8.2017, S. 6). Lag gegen meinen Mandanten ein Verdacht vor, gilt dieser gemäss Art. 111 Abs. 1 StPO als beschuldigte Person und hat gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Recht auf Mitwirkungsfreiheit.
- 8 Dieses muss auch das Vorweisen von Ausweisen oder die Nennung der Personalien umfassen, da auch diese beiden Mitwirkungshandlungen geeignet sind, sich selbst zu belasten. Gerade im Falle des Verdachts auf ein Ausländerdelikt vermag das Vorweisen eines zum Aufenthalt nicht berechtigenden Ausweises oder die Angabe der Personalien selbstbelastend sein. Die gegenteilige Ansicht, es bestehe eine Aussagepflicht, ausser die entsprechenden Aussagen würden im Ergebnis einer Selbstbelastung gleichkommen (so z.B. BSK StPO-Engler, Art. 113 N 4), ist abzulehnen. Eine teilweise Mitwirkungspflicht aus der Perspektive, welches Ergebnis die Mitwirkung zeitigt, stünde der inneren Logik des *nemo tenetur*-Grundsatzes entgegen. Würde man diese Argumentation folgen, wäre zum einen eine Verweigerung der Angabe der Personalien stets verdächtig, da diese nur erfolgen dürfte, wenn sie belastend ist. Dies wiederum widerspricht dem Prinzip von *nemo tenetur* diametral. Zum anderen ist die Sichtweise vom Ergebnis der Aussagewürdigung her systemwidrig: Anders als etwas der Zeuge hat die beschuldigte Person eben nicht nur das Recht ihn belastende Aussagen oder Mitwirkungen zu verweigern, sondern ganz generell zu schweigen.

- 9 Der aus den eingangs genannten Gesetzesbestimmungen abgeleitete Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*, verbietet es, den Beschuldigten zu zwingen, Beweise in einem Strafverfahren selbst beizubringen. Der *nemo tenetur*-Grundsatz befreit die betroffene Person von jeglicher Mitwirkungspflicht und verbietet die Anordnung von Sanktionen im Falle einer Mitwirkungsverweigerung. *Nemo tenetur* gilt gemäss autonomer Vertragsauslegung nicht erst dann, wenn sich die betroffene Person gemäss nationalem Recht in einem Strafverfahren befindet, sondern bereits, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Betroffene einer Straftat angeklagt werden wird (EGMR-Urteil J.B. gegen Schweiz vom 3. Mai 2001, Nr. 31827/96, Ziff. 66, CEDH2001-III).
- 10 Weder das Obergericht, noch das Bezirksgericht haben sich mit dem diesbezüglichen Vorbringen der Verteidigung (Urk. 41, S. 12; Urk. 57 S. 5) auseinandergesetzt. Dies stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschuldigten gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dar.
- 11 Wenn also gegen meinen Mandanten tatsächlich Verdachtsmomente vorgelegen hätten, so wäre dieser aufgrund des *nemo-tenetur*-Privilegs zu keinerlei Mitwirkung verpflichtet gewesen. Er hätte demnach nicht verpflichtet werden dürfen, einen Ausweis vorzuweisen, weshalb er der entsprechenden polizeilichen Anordnung, keine Folge hätte leisten müssen (vgl. hierzu BGE 103 IV 248). Mein Mandant ist daher freizusprechen.

**2. Blankettnormen auf Verordnungsstufe –
Verletzung von *nulla poena sine lege*, Art. 1 StGB, Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 7
Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II**

- 12 Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB). Der Grundsatz der Legalität (*nulla poena sine lege*) ist ebenfalls in Art. 7 EMRK ausdrücklich verankert. Er ergibt sich auch aus Art. 5 Abs. 1, Art. 9 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV. Der Grundsatz ist verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird; wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann; oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat. Der Grundsatz gilt für das gesamte Strafrecht, mithin auch für

das kantonale Übertretungsstrafrecht (Urteil 6B_967/2015 vom 22. April 2016, E. 2.2). Nach der Rechtsprechung muss das Gesetz so präzise formuliert sein, dass jede Person ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. (Urteil 6B_967/2015 vom 22. April 2016, E. 2.3; Urteil 6B_385/2008 vom 21. Juli 2008, E. 3.3.2). Grundsätzlich muss strafbares Verhalten wenigstens in Umrissen bereits als gesetzliches Verbot definiert sein (BSK StGB I-Popp/Berkemeier, Art. 1 N 28 f.).

- 13 Der Beschwerdeführer wurde vorliegend gestützt auf Art. 26 i.V.m Art. 4 APV bestraft (Urk. 2). Art. 26 APV statuiert „Verletzungen der Bestimmungen dieser Verordnung sowie städtischer Erlasse, die sich auf diese Verordnung stützen, werden mit Busse bestraft.“ Art. 4 APV lautet wie folgt: „Polizeilichen Anordnungen ist Folge zu leisten“. Beide angewendeten Normen (Art. 4 und Art. 26 APV) sind bloss auf Verordnungsstufe legiferiert. Der (kommunalen) Gesetzesstufe lassen sich hingegen keine jeweiligen Umrisse dieser gesetzlichen Verbote entnehmen. Insbesondere enthalten auch die in der APV genannten Erlasse keine diesbezüglichen Normen (vgl. Gesetz über das Gemeindewesen vom 6. Juli 1926 und die Gemeindeordnung vom 26. April 1979).
- 14 Hinzu kommt, dass es sich bei Art. 26 APV um eine sog. Blankettstrafnorm handelt, die lediglich den Strafraumen bestimmt. Ihr Tatbestand kann erst den sog. ausfüllenden Normen entnommen werden. Dies ist an sich im Lichte des Legalitätsprinzips bereits problematisch (vgl. dazu BSK StGB I-Popp/Berkemeier, Art. 1 N 29). Diese Problematik wird jedoch dadurch potenziert, dass die Blankettstrafnorm des Art. 26 APV mit dem Blankettstraftatbestand des Art. 4 APV kombiniert wird. Dieser Blankettstraftatbestand auf Verordnungsstufe will jede formlose polizeiliche Anordnung unter eine Strafandrohung stellen.
- 15 Diese beiden Normen sind offenkundig nicht ausreichend präzise formuliert, dass die Adressaten ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens erkennen können. Ausserdem sind sie gesamthaft unzulässigerweise bloss auf Verordnungsstufe legiferiert. Insgesamt ist damit der Grundsatz *nulla poena sine lege* verletzt, welcher in Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV bundesrechtliche und in Art. 7 EMRK konventionsrechtliche Gewährleistung findet. Es liegt damit eine Verletzung von Bundes- und Völkerrecht vor. Indes die Vorinstanz auch auf dieses Vorbringen

(Urk. 46, S. 4) nicht eingeht, verletzt sie zudem wiederum das rechtliche Gehör meines Mandanten und verletzt Art. 29 Abs. 2 BV.

16 Mein Mandant ist daher freizusprechen.

II. Unvollständige und willkürliche Sachverhaltserstellung

1. Willkürliche und dem Rechtsgleichheitsgebot widersprechende Anwendung von Art. 4 i.V.m. Art. 26 APV und fehlendes Erstellen aller Strafbarkeitsvoraussetzungen – Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 14 EMRK, Art. 9 BV sowie Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK

17 Die Vorinstanz macht vorliegend geltend, dass Art. 26 i.V.m. Art. 4 APV grundsätzlich auch materiell rechtswidrige Amtshandlungen schütze und diesen Folge zu leisten sei. Eine Ausnahme sei nur dann zu machen, wenn die Widerrechtlichkeit der Amtshandlung erheblich und offensichtlich und diese damit nichtig sei. Sofern die Widerrechtlichkeit auch nur zweifelhaft sei, fehle es an dieser Voraussetzung. Es gelte daher einzig zu prüfen, ob die durchgeführte Polizeikontrolle offensichtlich und in schwerwiegender Weise rechtswidrig und damit nichtig gewesen sei (Urk. 83, E. 2.3).

18 Diese Ausführungen widersprechen der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung zur Frage des Nichtbefolgens einer polizeilichen Anordnung zur Identitätsfeststellung diametral. Das Obergericht Zürich hatte mit Urteil vom 17. August 2009 (SU090015/U) den Tatbestand einer verweigerten Personenkontrolle zu beurteilen. Im besagten Urteil stellte das Gericht folgendes fest:

„Eine Amtshandlung, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zuwiderläuft, ist rechtswidrig (BGE 98 IV 41ff, S. 45 mit weiteren Verweisen). Die Appellantin war demnach nicht verpflichtet, der rechtswidrigen polizeilichen Aufforderung, ihre Identität bekanntzugeben, nachzukommen. Demzufolge hat sie nicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 10 Abs. 1 APV [Winterthur] gehandelt.“

19 Gemäss zitierte obergerichtliche Rechtsprechung ist daher auch einer unverhältnismässigen polizeilichen Anordnung keine Folge zu leisten. Das Urteil ist im vorliegen-

den Verfahren – sofern es nicht ohnehin als gerichtsnotorisch qualifiziert wird – als Beweismittel entgegen zu nehmen, da nicht erwartet werden konnte, dass die Vorinstanz von ihrer Rechtsprechung abweicht.

BO: Urteil des Obergerichts Zürich vom 17. August 2009 (SU090015/U) liegt bei

- 20 Im angefochtenen Urteil macht die Vorinstanz geltend, darin sei kein Widerspruch zu erblicken und behauptet, im genannten Fall sei zwar die Identitätskontrolle nicht ausdrücklich als nichtig bezeichnet gewesen, diese sei aber eigentlich offensichtlich unverhältnismässig und damit nichtig gewesen (Urk. 83, E.2.4).
- 21 Diese vorinstanzliche Behauptung muss als aktenwidrig zurückgewiesen werden. Namentlich macht das Obergericht im besagten Entscheid SU090015/U über mehrere Seiten Ausführungen, weshalb und bezüglich welcher Teilfrage die damalige polizeiliche Anordnung unverhältnismässig gewesen sei. Sie bejaht ein öffentliches Interesse an der Anordnung (E. 2.3.2.e) und stellt fest, dass klar sei, dass die Betroffene zur Angabe ihrer Personalien angehalten werden durfte, wenn sie eine bestimmte Polizeibeamtin zu sprechen wünschte (E. 2.3.2.d letzter Absatz). Es sei nochmals deutlich festzuhalten, dass die Polizeibehörde grundsätzlich berechtigt war, die Betreffende nach ihrer Identität zu fragen. Es sei lediglich nicht das mildeste zur Verfügung stehende Mittel gewählt worden (E. 2.3.2.f). Eine Nichtigkeit ist im besagten Urteil an keiner Stelle zu erkennen, bezeichnenderweise wurde die Rechtswidrigkeit durch die damalige Vorinstanz nicht einmal geprüft. Angesichts dessen zu behaupten, es sei zwar nicht ausdrücklich so bezeichnet worden, die Anordnung zur Identitätsfeststellung sei in diesem Fall aber nichtig gewesen, ist aktenwidrig und erscheint wider Treu und Glauben. Die Vorinstanz verfällt damit in Willkür.
- 22 Aufgrund des Rechtsgleichheitsgebotes gemäss Art. 8 BV hat die Behörde gleichgelagerte Fälle gleich zu entscheiden. Dessen Voraussetzungen sind gegeben: In beiden Fällen geht es um die polizeiliche Anordnung sich auszuweisen und die Personalien bekannt zu geben. Die gesetzlichen Grundlagen sind ebenfalls identisch: Art. 10 Abs. 1 APV-Winterthur – dies ist dem zitierten Entscheid ebenfalls zu entnehmen – entspricht wortwörtlich dem Art. 5 aAPV-Zürich bzw. dem heutigen § 21 des zürcherischen Polizeigesetzes. Art. 11 APV-Winterthur verpflichtet wie Art. 4 APV-Zürich jedermann, polizeilichen Anordnungen Folge zu leisten. Art. 52 APV-Winterthur setzt wie Art. 26 APV-Zürich eine Verletzung der Verordnung unter Strafe. Die Bestimmungen sind identisch.

- 23 Dass die betroffene Person im besagten Fall selbst den Polizeiposten aufgesucht hat, vermag an der grundsätzlichen Frage, ob nur nichtige oder bereits rechtswidrige Anordnungen nicht zu befolgen sind, nichts zu ändern. Zum einen ist die Argumentation der Vorinstanz betreffend Funktionieren der polizeilichen Arbeit auf beide Situationen gleichermassen anwendbar. Zum anderen ist der Grundrechtseingriff bei einer Kontrolle, die die betreffende Person in keiner Weise selbst veranlasst hat, grösser als bei einer Person, die selbst den Polizeiposten aufsucht. Was für die zweite Situation gilt, hat für erstere Situation umso mehr Geltung zu haben.
- 24 Für eine Änderung der Rechtsprechung besteht vorliegend kein Anlass. Auch sind die hierfür von Art. 8 BV abgeleiteten Voraussetzungen nicht gegeben. Sollten die Voraussetzungen für eine Praxisänderung wider Erwarten als gegeben erachtet werden, so dürfte meinem Mandanten aus der Praxisänderung kein Rechtsnachteil erwachsen. Namentlich wäre diesfalls zu prüfen, ob sein Verhalten ebenfalls als strafbar beurteilt würde, wenn davon ausgegangen würde, dass die blosser Unangemessenheit der Anordnung genügt, um letztere nicht zu befolgen. Wie nachfolgend dargelegt wird, ist dies zu verneinen. Das Urteil verstösst damit gegen Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 9 BV.
- 25 Die Vorinstanz lässt in der Konsequenz die Frage unbeantwortet, ob die vorliegend in Frage stehende Personenkontrolle rechtmässig war oder nicht. Die Vorinstanz unterlässt es daher, sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen zu prüfen. Sie verletzt damit offensichtlich die in Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK statuierte Unschuldsvermutung. Eine Verurteilung meines Mandanten muss auch daran scheitern. Mein Mandant ist daher freizusprechen.

2. Beweislastverteilung und Beweismass betr. Unzulässigkeit der Kontrolle – Verletzung von Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 9 BV sowie Art. 6 Abs. 2 EMRK

a. Beweislastverteilung und Beweismass

- 26 Die Vorinstanz macht geltend, dem Argument der Verteidigung, wonach vorliegend bei Zweifeln an der Rechtmässigkeit der Kontrolle nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* von einer Unrechtmässigkeit der Kontrolle auszugehen sei, könne nicht gefolgt werden (Urk. 83, E. 2.3.). Auf die Begründung der Verteidigung ging die Vorinstanz dabei nicht ein.

- 27 Abgesehen davon, dass das Abstützen auf die Aussagen des Polizisten willkürlich ist (siehe hierzu II.3), verstösst die von der Vorinstanz angewendete Beweislastverteilung bzw. das angewendete Beweismass betreffend der Rechtmässigkeit der Kontrolle gegen die in Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK statuierte Unschuldsvermutung bzw. den Grundsatz *in dubio pro reo*. Namentlich tragen die Strafbehörden die Beweislast auch für das Fehlen von Rechtfertigungsgründen bzw. für das Vorliegen der Strafbarkeitsvoraussetzung einer zulässigen polizeilichen Anordnung. Zwar darf das Gericht vom Normalfall der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit einer tatbestandsmässigen Handlung bzw. der Rechtmässigkeit einer polizeilichen Anordnung ausgehen. Wenn indes die Rechtmässigkeit im konkreten Fall zweifelhaft ist bzw. von der beschuldigten Person rechtfertigende Umstände glaubhaft behauptet werden, trägt die Strafverfolgungsbehörde die volle Beweislast für das Fehlen von Rechtfertigungsgründen (BSK StPO-Tophinke, Art. 10 N 21 mit weiteren Hinweisen).
- 28 Dies gilt umso mehr, als dass es vorliegend um die Frage der diskriminierenden Natur einer Kontrolle geht, und damit ein zentrales Grundprinzip des Völker- und Verfassungsrechts betroffen ist. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einer Nicht-einbürgerung einer Gesuchstellerin festgehalten, dass bereits eine *Glaubhaftmachung* der Diskriminierung genügt, um von deren Vorliegen auszugehen. Namentlich hat sich das Bundesgericht in BGE 129 I 217 mit der Frage auseinandergesetzt, „ob (...) Beweiserleichterungen zum Nachweis einer Diskriminierung eingeräumt werden müssen“ (E. 2.2.3). Denn „(...) entscheiden eine Vielzahl von Personen geheim und ohne Angabe von Gründen, ist es in der Regel nicht möglich, den direkten Nachweis einer Diskriminierung zu erbringen“ (E. 2.2.3). Das Gericht müsse seine Überzeugung deshalb notwendigerweise auf Indizien stützen. Daher hat das Bundesgericht in einer derartigen Situation unter dem Blickwinkel von Artikel 8 ZGB einen höheren Grad der Wahrscheinlichkeit genügen lassen (E. 3b). Die Notwendigkeit einer Reduktion des Beweismasses auf die Glaubhaftmachung mit anschliessender Beweislastumkehr wird auch in der Lehre unterstützt, namentlich da, wo es sich um innere Vorgänge in Form potenziell diskriminierender Motivlagen handelt, da andernfalls der Diskriminierungsschutz ins Leere laufen würde (Previtali Adriano, *Naturalisation*, S. 48 ff.; Pärli *et al.*, *Diskriminierungsrecht*, N 1043). Demgegenüber ist es für die potenziell diskriminierende Gegenpartei einfacher zu beweisen, dass Gründe vorliegen, die eine Diskriminierung ausschliessen.

- 29 Im vorliegenden Fall muss das Gleiche gelten: Weil sich die Überlegungen der PolizistInnen im Kopf abspielen bzw. durch innere Vorgänge motiviert sind, die so- dann regelmässig auf unbewussten Vorurteile beruhen (Blindstellen, Blind Spots, siehe auch unten III.2.), die sich wiederum massgeblich auf gesellschaftlichen Stereotypen stützen, ist der direkte Beweis nur äusserst schwierig zu erbringen. Dies ergibt sich aus der aus Artikel 8 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 35 BV ergebenden Verpflichtung, den Diskriminierungsschutz wirksam auszugestalten und nicht ins Leere laufen zu lassen. In die gleiche Richtung zielt Artikel 6 GIG, der für bestimmte Tatbestände der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eine Beweislast erleichterung vorsieht, weil Diskriminierung ansonsten kaum nachzuweisen wäre.
- 30 Bestehen im vorliegenden Fall also Zweifel an der Rechtmässigkeit der Kontrolle, ist nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* von der Unrechtmässigkeit der Kontrolle auszugehen, soweit es den Strafbehörden nicht gelingt, dies mittels eines Vollbeweises zu entkräften. Die Vorinstanz geht indes davon aus, dass mein Mandant eine Nichtigkeit der Kontrolle zu beweisen habe bzw. dass für den Fall, dass sich nicht erstellen lasse, dass die Kontrolle offensichtlich nichtig war, von einer Rechtmässigkeit der Kontrolle auszugehen ist. Diese Beweislastverteilung missachtet den Grundsatz der Unschuldsvermutung offensichtlich und ist damit willkürlich.
- 31 Eine korrekte Beweislastverteilung hätte ergeben, dass dem kontrollierenden Polizisten der Nachweis der Rechtmässigkeit der Kontrolle misslingt. Er vermag weder glaubhaft dazulegen, weshalb er meinen Mandanten kontrollierte (siehe hierzu unten II.3.), noch vermögen die von ihm angeführten Gründe eine Kontrolle tatsächlich zu rechtfertigen (siehe hierzu III.1.). Er beantwortet die Frage, ob weitere, insbesondere nicht dunkelhäutige, Personen aus gleichem Grund kontrolliert worden seien (Urk. 18, S. 6) ebenso wenig wie die Frage nach den hierbei durch die Schulung vermittelten Kontrollkriterien (Urk. 18, S. 7) und vermag damit die Diskriminierungsfreiheit seiner Kontrolle nicht zu belegen. Die gilt umso mehr, als dass sowohl im Rapport (Urk. 1), als auch bei der freien Schilderung anlässlich der Befragung die Hautfarbe meines Mandanten explizit hervorgehoben wurde (Urk. 18, S. 2).
- b) *Antizipierte Beweiswürdigung*
- 32 Die Vorinstanz macht geltend, dass sich aus den *vorliegenden* Beweismitteln keine Anhaltspunkte für eine Kontrolle aus offensichtlich diskriminierenden Gründen ergä-

ben, insbesondere nicht aus den Aussagen des Polizisten oder meines Mandanten (Urk. 83, E.3.2.).

- 33 Eine Verletzung von Bundesrecht liegt unter anderem bei einer Verletzung der bundesrechtlichen Strafprozessordnung vor. Eine Ablehnung angebotener Beweise nicht ist gemäss Art. 139 Abs. 2 StPO ohne Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK nur bei den Tatsachen zulässig, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind. Eine antizipierte Beweiswürdigung ist diesfalls nur dann zulässig, wenn die Strafbehörde aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und die beantragte Beweiserhebung daran nichts zu ändern vermag. Hierfür muss sie das bestehende vorläufige Beweisergebnis hypothetisch um die Fakten des Beweisantrages ergänzen und würdigen (BSK StPO-Hofer, Art. 10 N 68 mit weiteren Hinweisen).
- 34 Aufgrund der Akten liegt vorliegend auf der Hand, dass die Hautfarbe ein entscheidendes Kriterium für die Kontrolle war. Dieses wurde vom Polizisten selbst wieder und wieder angeführt: Auf die offen gestellte Frage der StadtrichterIn („Schildern Sie den Vorfall bitte aus Ihrer Sicht“), beginnt der Polizist seine Antwort folgendermassen: *„Wir waren am Hauptbahnhof Zürich und haben dort eine männliche Person gesehen mit dunkler Hautfarbe [...]“* (Urk. 18, S. 2). Auch im Rapport steht *„Anlässlich der Patrouillentätigkeit [...] fiel Schreibendem eine dunkelhäutige, männliche Person verdächtig auf.“* (Urk. 1, S. 2). Wäre die Hautfarbe tatsächlich irrelevant gewesen, gäbe es keinen Grund, diese überhaupt zu vermerken, zumal auch weitere äusserliche Merkmale wie beispielsweise die Frisur oder die Statur nicht festgehalten worden sind. Die Hautfarbe war daher für die Kontrolle entscheidend (vgl. hierzu auch unten III.2.).
- 35 Zudem wurden mit Beweisantrag vom 12. September 2016 (Urk. 41) bzw. mit Berufungserklärung vom 12. Dezember 2016 (Urk. 57) weitere Beweismittel angeboten und ausführlich begründet, weshalb diese geeignet sind, die diskriminierende Natur der Kontrolle zu belegen. Indem die Vorinstanz die angebotenen Beweismittel nicht abnimmt, aber gleichzeitig das (angebliche) Scheitern des Beweises der Unzulässigkeit der Kontrolle zu Lasten meines Mandanten würdigt, verstösst sie gegen die Unschuldsvermutung und gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör und verfällt damit in Willkür.

- 36 Mit der Ablehnung der beantragten Beweismittel, insbesondere der Befragung des Polizisten, welcher die Kontrolle durchführte, nimmt die Vorinstanz eine antizipierte Beweiswürdigung vor, ohne dass sie das vorläufige Beweisergebnis hypothetisch um die Fakten des Beweisantrages ergänzt. Hätte sie das vorläufige Beweisergebnis hypothetisch um den Fakt ergänzt, dass der Polizist beispielsweise angegeben hätte, an diesem Morgen seinen keinerlei weitere Personen *wegen Abwenden des Blickes* bzw. nur dunkelhäutige Personen wegen Abwenden des Blickes kontrolliert worden oder dass bei der Kontrolle die Hautfarbe ein Kriterium darstelle und deshalb sei die Hautfarbe bei der Befragung und im Rapport mehrfach erwähnt worden, wäre die diskriminierende Natur der Kontrolle (erst recht) bewiesen gewesen. Gleiches gilt für entsprechende Informationen aus den Schulungsunterlagen oder durch den Schulungsleiter der Stadtpolizei Zürich. Wäre das Beweisergebnis hypothetisch um den Fakt ergänzt worden, dass ein/e leitende/r OffizierIn (ähnlich wie der Polizeisprecher, vgl. Urk. 41, S. 11) ausgesagt hätte, die Kontrolle junger dunkelhäutiger Männer sei aus polizeitaktischen Gründen legitim und es würden keine Massnahmen zur Verhinderung von *racial profiling* ergriffen, stellte dies ein gewichtiges Indiz für die diskriminierende Natur der Kontrolle dar.
- 37 Sollte nicht ohnehin von einer Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit der Kontrolle ausgegangen werden (vgl. hierzu unten II.4, sowie III.), ist die Sache zur Abnahme der beantragten Beweismittel an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorbringen der Vorinstanz im Beschluss vom 1. Februar 2017, in welchem die Beweisanträge abgelehnt wurden (Urk. 65), vermögen nicht zu überzeugen. Insbesondere legen sie nicht dar, weshalb die angebotenen Beweismittel nicht geeignet sein sollen, die diskriminierende Natur der Kontrolle zu belegen, zumal auch die Vorinstanzen nicht davon ausgehen, dass zweifelsfrei bewiesen ist, dass die Kontrolle rechtmässig war. Die Argumentation der Vorinstanz betreffend die Befragung des Polizisten als Zeuge ist zudem zirkelschlüssig. Sie macht geltend, da das Berufungsverfahren mündlich durchgeführt werde, sei der Beweisantrag auf Einvernahme des Polizisten abzuweisen (Urk. 65, E. 3.4.1). Indes stellt gerade die Einvernahme von Zeugen ein Grund dar, ein mündliches Verfahren durchzuführen (vgl. Urk. 57, S. 17).

3. Willkürliche Erstellung des Sachverhalts wegen Verletzung des Grundsatzes *in dubio pro reo* – Verletzung von 9 BV, Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK

- 38 Die Vorinstanz bürdet indes nicht nur die Beweislast in unzulässiger Art und Weise meinem Mandanten auf, sie erstellt den Sachverhalt auch darüber hinaus in Verletzung des Grundsatzes *in dubio pro reo*.
- 39 Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts mit Beschwerde in Strafsachen gerügt werden, wenn sie entweder offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Eine Rechtsverletzung von Art. 95 BGG liegt namentlich vor, bei einer Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht oder kantonalen verfassungsmässigen Rechten. Eine Verletzung von Bundesrecht liegt unter anderem bei einer Verletzung der bundesrechtlichen Strafprozessordnung vor, wobei die Rechtsverletzung auch in einem unvollständig erstellten Sachverhalt Ermessensmissbrauch, -überschreitung und -unterschreitung liegen kann (BGer 6B_1099/2016 vom 1. September 2017, E. 3.1.).
- 40 Die Vorinstanz stützt die erstinstanzliche Feststellung, dass die Aussagen meines Mandanten und die des Polizisten gleichermaßen glaubhaft seien. Anders als noch die erste Instanz geht sie aber zugunsten meines Mandanten davon aus, dass sein Verhalten nicht darin bestand, dass er einen Bogen um die Polizeibeamten gemacht habe, sondern dass er seinen Blick von diesen abgewandt habe (Urk. 83, E. 3.2.). Sie stützt sich damit aber weiterhin auf die für meinen Mandanten ungünstigere Aussagen des Polizisten und verletzt damit *in dubio pro reo*. Entgegen der Erwägung der Vorinstanz weicht die Sachverhaltsdarstellung meines Mandanten und des Polizisten nicht nur bezüglich des angeblich gemachten Bogens ab. Diese können vielmehr im entscheidenden Punkt nicht in Einklang gebracht werden: Mein Mandant hatte ausgesagt, dass die Polizisten schon auf ihn zugekommen bzw. bei ihm gewesen seien, als er sie noch angesehen habe. („als ich den Blick gemacht habe, waren sie schon am Kommen, beziehungsweise bei mir“ [Urk. 19, S. 5]). Dagegen behauptete der Polizist, er habe meinen Mandanten kontrolliert, da er den Blick abgewendet (Urk. 1) bzw. einen Bogen um die PolizistInnen gemacht habe (Urk. 19). Der Polizist behauptet also, erst das Abwenden des Blickes bzw. der Bogen habe den Entschluss zur Kontrolle und damit das Zugehen auf meinen Mandanten ausgelöst, wohingegen mein Mandant zu Protokoll gegeben hat, dass die PolizistInnen bereits auf ihn zugehen, als er den Blick noch aufrecht hielt.
- 41 Diese Differenz ist für die Beurteilung einer Diskriminierung entscheidend: Gingen die PolizistInnen bereits auf meinen Mandanten zu, als er diese noch ansah, kommt ein Abwenden des Blickes als Kontrollgrund nicht in Frage. Diesfalls würde sogar der –

im Übrigen für eine Kontrolle ohnehin nicht genügende – Anhaltspunkt des Blickabwendens entfallen.

- 42 Geht man mit den Vorinstanzen von einer Glaubhaftigkeit der Aussagen meines Mandanten aus, muss der Sachverhalt dem Grundsatz *in dubio pro reo* folgend in der für ihn günstigeren Variante festgestellt werden. Damit ist auf seine Aussagen abzustützen und davon auszugehen, dass mein Mandant keinen Bogen gemacht hat und die PolizistInnen bereits bei ihm waren, als er sie noch angeschaut hatte. Der Polizist hatte sich demnach bereits zur Kontrolle entschieden, als mein Mandant sie noch angeschaut hatte. In dem die Vorinstanz zwei Aussagen gleichermassen als glaubhaft qualifiziert, sich dann aber auf die für meinen Mandanten ungünstigere Variante abstützt, verletzt sie den Grundsatz *in dubio pro reo* derart offensichtlich, dass sie in Willkür verfällt.
- 43 Eine willkürfreie Beweiswürdigung hätte gar ergeben müssen, dass nur die Aussagen meines Mandanten, nicht aber die des Polizisten glaubhaft sind: Die Aussagen des Polizisten sind insbesondere – anders als von der ersten Instanz behauptet und durch die Vorinstanz gestützt – bezüglich dem Kerngeschehen, namentlich dem Kontrollgrund, widersprüchlich. Es ist ein Unterschied, ob jemand den Blick abwendet oder einen Bogen macht. Bereits aus dem zeitnah geschriebenen Rapport ergibt sich zudem, dass erst *nach* der Anhaltung ein Anfangsverdacht entstand: „*Es ist ebenfalls auf das absolut unkooperative Verhalten des Beschuldigten zurück zu führen, dass der Anfangsverdacht auf eine strafbare Handlung bezüglich Wid. AuG entstand*“ (Urk. 1, S. 2). Dies impliziert klar, dass bei der Anhaltung selbst eben noch kein Verdacht bestanden hat. Eine plausible Erklärung, weshalb das Abwenden des Blickes in den Pendlerströmen verdächtig sein soll, fehlt. Im Gegenteil, der Polizist macht mit seiner Aussage offensichtlich, dass der Anlass der Kontrolle auf unsicheren und unreflektierten Reflexen beruhte, indem er sagt dies sei immer eine Wahrnehmung einer einzelnen Person. Seine Wahrnehmung sei gewesen, dass der Blick *möglicherweise* abgewandt worden sei, da der Einsprecher *vielleicht* etwas zu verbergen gehabt habe oder ihm etwas unangenehm gewesen sei (Urk.19, Frage 27). An sehr vieles will sich der Polizist zudem nicht mehr erinnern können. Er lässt zudem zahlreiche Fragen unbeantwortet oder antwortet schwammig (Urk.19, Fragen 8, 26, 28, 30, 31). Insbesondere beantwortet er die Frage nicht, ob auch andere Personen, die sich gleich verhalten hätten, kontrolliert worden seien (Urk.19, Frage 28). Dass mein Mandant die einzige Person gewesen ist, die wegen eines angeblichen Abwenden des Blickes

kontrolliert worden ist, ist angesichts dessen keine reine Mutmassung der Verteidigung, wie es die Vorinstanz anführt (Urk. 83, E. 3.2.). Wären tatsächlich weitere Personen wegen Abwenden des Blickes kontrolliert worden – und es ist davon auszugehen, dass sich dutzende genau so verhalten haben – wäre davon auszugehen, dass der befragte Polizist dies so beantwortet hätte. Er vermag zudem nicht darzulegen, wieso er die Hautfarbe wieder und wieder erwähnt, wenn diese doch irrelevant gewesen sein soll.

- 44 Insgesamt bringt der Polizist keinen einzigen, aus kriminalistischer Sicht fundierten Grund an, der auf eine nachvollziehbare Individualisierung des Verdachts hinführen könnte. Das Verhalten meines Mandanten wurde im Rapport zudem sprachlich stark überzeichnet: Der Beschuldigte sei „zu keinem Zeitpunkt kooperativ“ bzw. „absolut unkooperativ“ gewesen. Der Rapport spricht zudem von Rassist anstatt von *Racial Profiling*. Insgesamt sind die Aussagen daher als widersprüchlich, detailarm und wenig plausibel zu werten und versuchen mein Mandant in ein schlechtes Licht zu rücken. Ein Abstützen auf die Aussagen des Polizisten ist angesichts der Aussagequalität offensichtlich unhaltbar.
- 45 Es kann daher nicht auf die Aussagen des Polizisten abgestellt werden. In keinem Fall darf auf die Aussagen des Polizisten abgestellt werden, ohne die vor Vorinstanz angebotenen Beweismittel abzunehmen.

4. Willkürfrei festzustellender Sachverhalt

- 46 Bei einer willkürfreien Erstellung des Sachverhalts wäre auf die Aussagen meines Mandanten abzustellen gewesen. Diese hätte ergeben, dass mein Mandant weder den Blick abgewendet, noch einen Bogen um die Polizisten gemacht hat. Die Polizisten kamen bereits auf ihn zu, als er den Blick noch aufrechterhalten hat. Die Kontrolle erfolgte daher unabhängig von einem angeblich verdächtigen Verhalten meines Mandanten. Damit bleibt als Kontrollgrund die dunkle Hautfarbe meines männlichen Mandanten, welche sowohl im Rapport als auch der Einvernahme explizit hervorgehoben werden: „Anlässlich der Patrouillentätigkeit [...] fiel Schreibendem eine dunkelhäutige, männliche Person [...] verdächtig auf“ (Urk. 1, S. 1) und „Wir waren am Hauptbahnhof Zürich und haben dort eine männliche Person gesehen mit dunkler Hautfarbe [...]“ (Urk. 18, S. 2). Die Hautfarbe meines Mandanten als Grund für die Kontrolle führt zu deren Nichtigkeit (vgl. hierzu auch unten III.2.). Die Weigerung meines Mandanten muss daher straffrei bleiben und diese ist freizusprechen. Eventualtier ist die Sache

zur Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen. Wie nachfolgend dargelegt wird, ist mein Mandant indes auch freizusprechen, wenn von einer willkürfreien Erstellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz ausgegangen wird.

III. Unrechtmässigkeit und Nichtigkeit der Kontrolle – Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 12 und 17 IPbpR, Art. 5 wie u.a. lit. d(i) RDK, Art. 8 EMRK, Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 17 IppbR, Art. 5 RDK sowie Art. 8 EMRK

1. Unrechtmässigkeit der Kontrolle mangels hinreichendem Kontrollgrund

- 47 Selbst wenn von einer willkürfreien Erstellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz ausgegangen würde, wäre die Kontrolle als unzulässig zu qualifizieren. Diesfalls wäre davon auszugehen, dass mein Mandant den Polizisten angeschaut hat, der Blick danach weitergeschweift ist und dies dem Polizisten verdächtig erschienen ist.
- 48 Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen durch die Polizeiorgane berühren die Garantien von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK. Sie bedürfen daher einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses und müssen verhältnismässig sein.
- 49 Gemäss § 21 PolG darf die Polizei Personen anhalten und ihre Identität feststellen, wenn es zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist. Gemäss § 3 PolG trifft die Polizei Massnahmen zur Verhütung strafbarer Handlungen, Erhöhung der Verkehrssicherheit und Verhütung von Unfällen und zur Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren für Menschen, Tiere, Umwelt und Gegenstände.
- 50 § 21 PolG stellt keine, der Rechtsprechung des EGMR genügende gesetzliche Grundlage zur Durchführung von Personenkontrollen dar. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hielt im Zusammenhang mit der polizeilichen Anhaltung und Kontrolle von Personen fest, dass der von den Polizeibehörden vorgebrachte Art. 44 des *Terrorism Act 2000* keine genügende gesetzliche Grundlage sei, um einen Eingriff in Art. 8 EMRK durch eine polizeiliche Anhaltung und Kontrolle zu rechtfertigen. Insbesondere hielt der EGMR fest, dass die Zulässigkeit einer Anhaltung durch einen Polizisten, weil dieser die Kontrolle als zweckdienlich zur Verhinderung von Terrorismus erachte, nicht genügend bestimmt sei (EGMR Gillan et Quinton c. Royaume-Uni,

4158/05 [2010]). Erst recht kann daher § 21 PolG nicht als genügende gesetzliche Grundlage für eine Personenkontrolle angesehen werden.

- 51 Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird mit dem Begriff der Notwendigkeit zum Ausdruck gebracht, dass spezifische Umstände vorliegen müssen, damit die Polizeiorgane Identitätskontrollen vornehmen dürfen. Die Polizeibehörden sind nicht berechtigt, grundlos Personen im öffentlichen Raum anzuhalten. Der polizeilichen Kontrolle müssen minimale objektive Gründe innewohnen, wie das Vorliegen einer Störungssituation, der Aufenthalt der Person in der Nähe eines soeben begangenen Delikts oder ihre Ähnlichkeit mit einer verdächtigen Person. Damit wird ausgeschlossen, dass Identifikationen aus bloss vorgeschobenen Gründen, persönlicher Neugier oder anderen nichtigen Motiven erfolgen. Entscheidend ist gesamthaft, dass Personenkontrollen nicht über das Notwendige hinausreichen (BGE 109 Ia 146, 150, E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 1C_179/2008 vom 30. September 2009).
- 52 Vorliegend ist kein öffentliches Interesse an der Kontrolle bzw. kein in § 3 PolG statuerter objektiver Grund zur Kontrolle meines Mandanten ersichtlich: Es ist unbestritten, dass sich mein Mandant vor der Personenkontrolle korrekt verhalten hat. Es lag weder eine Störungssituation vor, noch wurde mein Mandant aufgrund einer Straftat in der Nähe oder aufgrund seiner Ähnlichkeit mit einer verdächtigen Person kontrolliert. Auch eine erhöhte Gefahrenlage bestand am besagten Morgen nicht.
- 53 Die Begründung des „Abwenden des Blickes“ entbehrt im entsprechenden Kontext (Pendlerstrom, Weg zur Arbeit) der Sachlichkeit, gehört es doch zur Normalität, dass Menschen den Blickkontakt da abwenden, wo sie keinen Kontakt aufbauen möchten. In einer Situation, in der Personen möglichst zügig zur Arbeit gelangen möchten, wird der Blickkontakt mit entgegenkommenden Dritten nur kurz aufrechterhalten. Der Polizist hat denn auch nicht angegeben, dass weitere Personen aus diesem Grund kontrolliert wurden und er konnte nicht darlegen, weshalb das Weiterschweifen des Blicks eine Kontrolle rechtfertigen soll. Auch die Vorinstanz begründet dies nicht weitere, obschon der renommierte Polizeirechtsspezialist Markus H.F. Mohler davon ausgeht, dass das bloss Abwenden des Blickes für eine Kontrolle nicht genügt (Urk. 72, N 57).
- 54 Eine Kontrolle wegen des blossen Weiterschweifens des Blicks ohne jegliche Verdachtsmomente ist als unverhältnismässig und damit rechtswidrig zu qualifizieren. Der Anordnung muss gemäss kantonaler Rechtsprechung (vgl. II.1.) keine Folge ge-

leistet werden, das Verhalten meines Mandanten bleibt demnach straflos. Wie nachfolgend dargelegt wird, ist vorliegend gar von einer Nichtigkeit der Kontrolle auszugehen.

2. Nichtigkeit aufgrund der diskriminierenden Natur der Kontrolle (*Racial Profiling*)

55 Selbst wenn mit der Vorinstanz davon ausgegangen wird, dass die Aussagen des Polizisten glaubhaft sind und dass mein Mandant den Blick abgewendet hat bzw. der Polizist meinen Mandanten tatsächlich als sich verdächtig verhaltend empfand, ist damit noch nicht bewiesen, dass die Kontrolle nicht diskriminierend war. Indem die Vorinstanz gar nicht auf diese Problematik eingeht, verletzt sie erneut Art. 29 Abs. 2 BV und verfällt in Willkür.

a) Diskriminierung

56 Gemäss Bundesgericht liegt eine Diskriminierung dann vor, wenn Personen in vergleichbaren Situationen aufgrund eines wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteils der Identität ausmachenden Unterscheidungsmerkmals ungleich behandelt werden. Eine Diskriminierungsabsicht wird nicht vorausgesetzt (Schweizer, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 8 N 50 mit weiteren Hinweisen).

57 Vorliegend kann aufgrund der vorliegenden Beweismittel und der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass am fraglichen Morgen in den hektischen Pendlerströmen des Hauptbahnhofs dutzende Personen die drei Polizisten erblickt haben, den Blick aber nicht starr auf den Beamten haben haften, sondern haben weiterschweifen lassen.

58 Es haben sich also am besagten Morgen viele Personen genau gleich verhalten, wie sich mein Mandant angeblich verhalten haben soll. Aufgrund der ausweichenden Aussagen des Polizisten ist davon auszugehen, dass es weitere Kontrollen wegen „Abwenden des Blicks“ nicht gegeben hat. Etwas anderes stellt auch die Vorinstanz nicht fest. Der Umstand, dass an diesem Morgen weitere Personen kontrolliert worden sind (Urk. 83, E. 3.2.) ist irrelevant, solange diese nicht aus dem identischen Grund kontrolliert worden sind. Fakt ist also, dass das Abwenden des Blickes durch zig Personen an diesem Morgen nur zur Kontrolle meines dunkelhäutigen, männlichen Mandanten geführt hat. Das Abwenden des Blicks kann also nicht das Unter-

scheidungskriterium und damit der Kontrollgrund gewesen sein. Der Polizist selbst sagt denn auch, der Blick sei ein blosses „Detail“ gewesen (Urk.19, Frage 23). Ein anderes, eine Kontrolle rechtfertigendes Verhalten, durch das sich mein Mandant von allen anderen Pendlern unterschieden hätte, wird nicht geltend gemacht. Die unkontrollierten Personen unterscheiden sich daher in ihrem Verhalten nicht von dem meines Mandanten. Einziger Unterschied und damit das *ausschlaggebende* Kontrollkriterium war dessen Hautfarbe in Kombination mit seinem Geschlecht. Im Rapport sind dies, wie in der Befragung, denn auch die einzig beschriebenen Merkmale: Männlich und dunkelhäutig. Der Phänotyp darf für eine Kontrolle nicht (mit-)entscheidend sein, auch nicht als Teil eines Motivbündels (vgl. hierzu betreffend der gleichen Problematik in Deutschland OVG Rheinland-Pfalz, Urt. V. 21.4.2016 – 7 A 11108/14; vgl. auch Doris Liebscher, „Racial Profiling“ im Lichte des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, NJW 38/2016, S. 2779 ff.).

59 Wenn also die Vorinstanz feststellt, es sei glaubhaft, dass mein Mandant seinen Blick von den Polizeibeamten abgewandt habe, weil er zu diesen, wie zu anderen ihm unbekannt Personen keine Beziehung habe aufbauen wollen, das Abwenden des Blickes dem Polizeibeamten aber dennoch verdächtig erschienen sei, beantwortet sie die Frage nach der Diskriminierung nicht. Wie oben dargelegt, ist weder eine Diskriminierungsabsicht noch ein Diskriminierungsbewusstsein erforderlich. Findet der Polizist völlig normales Pendlerverhalten bei einer dunkelhäutigen, männlichen Person verdächtig und bei einer weissen, weiblichen Person nicht, ist dies diskriminierend, auch wenn dies durch den Polizisten unbewusst geschieht.

60 In der internationalen Rassismusforschung gehört es zum Konsens, dass rassistische Stereotype sich in unserer Wahrnehmung, Einstellung und unserem Verhalten weitgehend unbewusst bemerkbar machen (sog. Blind Spots; statt vieler: Mahzarin R. Banaji/Anthony G. Greenwald/Eric Martin, Blindspot: Hidden Biases of Good People, 2013). Dies gilt insbesondere für Menschen, die keine Rassismuserfahrung aufweisen. Die Forschung zeigt, dass gerade in institutionellen Kontexten, im Rahmen derer Personen rasch agieren müssen und die Personen nicht geübt sind, sich mit ihren eigenen Vorurteilen, deren Herkunft und Wirkungsweisen auseinanderzusetzen, bzw. ihnen nicht regelmässig im Praxisalltag Hilfestellungen zur Verfügung gestellt werden, sich mit Diskriminierung auseinanderzusetzen, es besonders schwierig ist, vorurteilsfrei zu agieren. Der historisch gewachsene in der Gegenwart reproduzierte Rassismus hat zur Folge, dass Individuen in der Schweiz aus diskriminierenden

Gründen handeln, auch wenn sie das nicht beabsichtigen oder sie es sich nicht bewusst sind. Es dürfte sogar die Regel sein, dass diskriminierende Polizeipraktiken nicht bewusst rassistisches Verhalten einzelner Polizeiangehöriger widerspiegeln, sondern Folge von unbewussten, gesellschaftlich tief verankerten Stereotypen und institutionellen Faktoren sind (Daniel Moeckli, Völkerrechtliche Grenzen des racial profiling, in: Jusletter 18. September 2017, N 22).

- 61 Daraus wird ersichtlich, dass das Argument der Vorinstanzen, dass der Polizist seine Erklärungen widerspruchsfrei vorgetragen habe, ins Leere läuft. Ein Polizist, der keine rassistischen Absichten hat, wird widerspruchsfrei darlegen können, dass er keine rassistischen Absichten hatte. Daraus lässt sich allerdings in keiner Weise ableiten, dass nicht doch rassistische Bilder sein Handeln massgeblich geprägt haben.
- 62 Vorliegend wurden die Beweisanträge betreffend der Edition von Schulungsunterlagen bzw. Dienstanweisungen und der Befragung einer für die Schulung bzw. Dienstanweisungen verantwortlichen Person abgelehnt. Es ist daher davon auszugehen, dass den StadtpolizistInnen keine den Minimalstandart genügenden Hilfestellungen geboten werden (vgl. FRA. Für eine effektivere Polizeiarbeit, Diskriminierendes „Ethnic Profiling“ erkennen und vermeiden: ein Handbuch, 2010; vgl. auch William Macpherson, The Stephen Lawrence Inquiry, 1999, Conclusion and Summary), die sie darin unterstützen, sich mit Diskriminierungsfragen in ihrem Alltag praxisbezogen auseinanderzusetzen. Im Polizeikontext kommt hinzu, dass PolizistInnen den Auftrag haben, Kontrollen des Aufenthaltsrechts von Personen durchzuführen, und sich damit die Gefahr diskriminierender Kontrollen erhöht.
- 63 Im vorliegenden Fall hat sich diese Gefahr verwirklicht: Da der Polizist in nicht erklären konnte, worin denn das spezifisch Verdächtige des Abwendens des Blickes am Hauptbahnhof Zürich bestanden habe, das auch einen weissen Mann im ähnlichen Lebensalter verdächtig gemacht hätte, bleibt unter dem Strich die Hautfarbe als das entscheidende Motiv. Abgesehen davon, dass die Hautfarbe im Rapport explizit erwähnt wird, finden sich auch Hinweise auf die (wohl unbewussten) Gründen der Kontrolle in seinen Aussagen: „Für mich spielt auch die Örtlichkeit eine Rolle. Gerade der Hauptbahnhof Zürich mit viel Fernverkehr wo viele Personen ankommen haben wir oft Personen die rechtswidrig ins Land einreisen. Wenn man diesen Aspekt dazu nimmt und eine Person mir nur sagt am Anfang sie habe keinen Ausweis, finde ich es naheliegend, dass man vermuten kann es liege ein Delikt gegen das Ausländerrecht

vor. Das Blick abwenden ist ein Detail welches ich heute nicht mehr so genau sagen könnte“ (Urk.19, Frage 23). Obschon die Weigerung sich auszuweisen für die Anhaltung nicht relevant sein kann, zeigen die Erklärungsversuche des Polizisten, um was es geht: Die PolizistInnen müssen illegale Einwanderung am angeblichen Hotspot Hauptbahnhof aufdecken. Die Vorinstanz bringt dies gar explizit vor (Urk. 83, E. 3.3). Hier reicht es aus, dunkler Hautfarbe zu sein, um nicht mehr als Schweizer wahrgenommen zu werden und im Gegensatz zu Pendlern mit weisser Hautfarbe und gleichem Verhalten kontrolliert zu werden. Dies stellt eine Diskriminierung dar.

64 Eine diskriminierende Kontrolle ist unabhängig davon, ob die Differenzierung beabsichtigt ist oder unbewusst erfolgt, mit einem besonders schweren Mangel behaftet, greift massiv in die Würde des Betroffenen ein und stellt zudem eine erhebliche Gefahr für die Gesellschaft dar (vgl. ausführlich Daniel Moeckli, Völkerrechtliche Grenzen des racial profiling, in: Jusletter 18. September 2017). Sie ist daher absolut verboten (EGMR Timishev gegen Russland, Ziff. 56, 58; EGMR D.H. gegen Tschechien, Ziff. 176; EGMR Sampanis gegen Griechenland, Ziff. 69). Davon geht auch die Vorinstanz aus (Urk. 83, E. 3.1).

b) *Offensichtlichkeit der Unrechtmässigkeit*

65 Abgesehen davon, dass die Vorinstanz davon ausgeht, dass die Kontrolle nicht diskriminierend war, verneint sie auch die geforderte Offensichtlichkeit der Unrechtmässigkeit. Eine solche, so die Vorinstanz, wäre beispielsweise gegeben, wenn ein ungebührliches Verhalten der Polizeibeamten oder gar entsprechende Äusserungen aktenkundig wären (Urk. 83, E.3.1.). Anhaltspunkte hierfür ergäben sich keine. Massgeblich sei, dass die erste Instanz die Aussagen als glaubhaft beurteilt habe, wonach das Verhalten und nicht dessen Hautfarbe ausschlaggebend gewesen sei (Urk. 83, E. 3.2.). Schliesslich lasse sich auch aus dem weiteren Verlauf der Kontrolle nichts darauf schliessen, dass deren Anlass offensichtlich schikanöser oder diskriminierender Natur gewesen sei (Urk. 83, E. 3.4). Es fehle daher ohnehin an der Offensichtlichkeit der Unrechtmässigkeit.

66 Mit dieser Argumentation wird *Racial Profiling* Tür und Tor geöffnet, solange ein Polizist bzw. eine Polizistin nicht eine offensichtlich rassistisch diskriminierende Aussage macht. Dies würde nämlich bedeuten – und dieser Logik folgt die Vorinstanz –, dass der weitaus grösste Teil der diskriminierenden Handlungen – nämlich der nicht-intentionale und der unbewusste Rassismus – von den Gerichten gebilligt und damit

auch von den Betroffenen akzeptiert werden müsste. Dies läuft der gesetzgeberischen Absicht, Diskriminierung zu verhindern bzw. Personen vor solcher zu schützen diametral entgegen. Ebenso ist das Argument der Vorinstanz zurückzuweisen, dass selbst meinem Mandanten die Kontrolle im Moment der Durchführung nicht offensichtlich unrechtmässig erschien, da er sich eigenen Angaben zufolge erst definitiv entschied, die Busse nicht zu akzeptieren, als er im Polizeirapport gesehen habe, dass sein Abwenden des Blickes Anlass für die Kontrolle gewesen sei (Urk. 83, E. 3.5).

67 Mein Mandant hat als erstes zu den PolizistInnen gesagt, ob diese wissen, wie es sich anfühle, dass sie ihn aus all diesen Leuten herauspickten. Dies sei racial profiling (Urk. 19, S. 3). Auf die Frage, weshalb habe er die Anweisung sich auszuweisen nicht befolgt, antwortet er: „Weil ich finde, es ist gegen die Völkerrechte und es ist Rassen-diskriminierung, wenn man mich so rauspickt aus all diesen Leuten. [...] Alle meine Kollegen mit dunkler Hautfarbe haben solche Situationen schon erlebt, nicht hingegen meine Freunde mit heller Hautfarbe. Es ist einfach genug.“ (Urk. 19, S. 3). Im Moment der Durchführung – und auch heute noch – ist für meinen Mandanten klar, dass die Kontrolle offensichtlich in seiner Hautfarbe gründete.

68 Die Würdigung der Vorinstanz steht zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch: Sie verneint das Offensichtliche, nämlich dass eine weisse, sich gleich verhaltende Person faktisch nicht kontrolliert wird. Auch Mohlers geht in seiner einschlägigen Publikation davon aus, dass die Kontrolle eines Polizisten, der gemäss eigener Angaben „eine männliche Person mit dunkler Hautfarbe“ wegen Abwenden des Blickes kontrolliert, nichtig ist (Urk. 72, N 57). Eine Gefährdung der Rechtssicherheit ist darin nicht zu sehen – auch die Vorinstanz bringt solches nicht vor – da die Nichtigkeit einer offenkundig oder leicht erkennbar ausschliesslich auf äusserliche Merkmale abgestützten Personenkontrolle der Rechtssicherheit gerade zum Durchbruch verhilft (so Mohlers, Urk. 72, N 55 f.).

69 Die Kontrolle war damit nichtig. Der Anordnung musste keine Folge geleistet werden.

3. Straffreiheit aufgrund gesetzlich erlaubter Handlung bzw. Sachverhaltsirrtum

70 In jedem Fall durfte mein Mandant als dunkelhäutiger, sich stets korrekt verhaltender Schweizer, der bereits viele gleichgelagerte Kontrollen erfahren hat und dem der Po-

lizist – bis heute – nicht sagen konnte, weshalb er ihn kontrollierte, die offenkundige Unrechtmässigkeit der Kontrolle annehmen, zumal seine diesbezüglichen Aussagen – auch gemäss Vorinstanz – glaubhaft sind. Damit hat er sich gemäss Art. 14 StGB bzw. Art. 13 StGB rechtmässig verhalten (vgl. hierzu auch Mohlers, Urk. 72, Fn. 189).

C. Kosten und Entschädigungsfolgen / Unentgeltliche Rechtspflege

71 Ausgangsgemäss sind sämtliche Verfahrenskosten (inkl. der Untersuchungs- und vorinstanzlichen Kosten) auf die Staatskasse zu nehmen und meinem Mandanten für das vorliegende Verfahren, sowie die Verfahren vor den Vorinstanzen eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (zahlbar an die Rechtsvertreterin zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer).

72 Eventualiter ist meinem Mandanten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Dieser arbeitet seit dem 1. September 2017 als Bibliothekar bei der Universität Bern und verfügt über ein Einkommen von Fr. 4'532.45 brutto. Dies entspricht Fr. 3905.40 netto.

BO: Anstellungsvertrag Universität Bern vom 21. August 2017 liegt bei

BO. Lohnabrechnung vom September 2017 liegt bei

73 Der Bedarf meines Mandanten beläuft sich auf Fr. 6'551.80: Die Frau meines Mandanten hat sich am 25. Dezember 2015 von ihm getrennt. Die Kinderbetreuung sowie die Übernahme der Kosten für die Kinder haben die Ehegatten hälftig geteilt. Der monatliche Bedarf des Beschwerdeführers stellt sich im Einzelnen wie folgt dar:

Grundbetrag GS	:	1350.-	(notorisch)
Grundbetrag Kinder ½:		500.-	(notorisch)
Zuschlag Grundbetrag 20%		370.-	(notorisch)
Miete:		1505.-	(Mietvertrag vom 1.11.2016 liegt bei)
Kommunikation/TV:		120.-	(notorisch, siehe auch Kontoauszug)
Hausratsversicherung:		14.-	(Police vom 1.4.2016 liegt bei)



Krankenkasse:	259.80	(Police vom 8.10.2015 liegt bei)
Schuldentilgung:	1145.10	(Kreditvertrag vom 13.11.2013 liegt bei)
Krankenkasse Kinder ½:	109.15	(Policen vom 9.10.2015 liegt bei)
Berufsauslagen ÖV:	79.00-	(Ausdruck Kosten libero-Abo liegt bei)
Auswärtige Verpflegung:	176.00	(notorisch)
Kinderbetreuungskosten ½:	377.75	(Bescheinigung vom 22.2.2015 liegt bei)
<u>Steuern:</u>	<u>546.00</u>	<u>(Veranlagungsverfügung 2016 liegt bei)</u>

Total: 6551.80

74 Die Schulden hat mein Mandant zur Bezahlung des wegen Herzproblemen erforderlichen Spitalaufenthalts seines in Mombasa, Kenia, lebenden Vaters und zur Unterstützung seiner Familie infolge seines Verdienstaufhalles aufgenommen.

75 Mein Mandant lebt daher derzeit mit seinem Einkommen bereits unter dem betriebsrechtlichen Existenzminimum. Er ist nicht in der Lage, für Verfahrens- und Anwaltskosten aufzukommen bzw. diese innert angemessener Zeit abzubezahlen. Über liquides Vermögen verfügt er ebenfalls nicht. Zwar besitzt mein Mandant ein Haus in Mombasa. Wegen der Volatilität des Wertes und der Unmöglichkeit einer Zwangsverwertung ist es indes für meinen Mandanten unmöglich, dieses mit einem Kredit zu belasten. Ein Verkauf bringt mangels Kaufinteressenten ebenfalls keine liquiden Mittel. Der von meinem Mandanten geschätzte Wert ist daher eher hypothetischer Natur.

BO: Kontoauszug Post Finance vom 10.10.2017 liegt bei

BO: Veranlagungsverfügung vom 6.6.2017 liegt bei

76 Der Beschwerdeführer ist zudem auf die Beiordnung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin angewiesen. Er ist rechtsunkundig und aufgrund des strengen Rügeprinzips und der komplexen sich stellenden Rechtsfragen nicht in der Lage, die vorliegende Beschwerde alleine zu erheben. Das vorliegende Verfahren kann zudem nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Dem Beschwerdeführer ist daher eventualiter eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in der Person der Unterzeichnenden zu bestellen.



D. Schluss

Damit bitte ich Sie abschliessend höflich um wohlwollende Prüfung unserer Vorbringen und um Gutheissung der eingangs gestellten Anträge.

Mit freundlichen Grüssen

Magda Zihlmann

Im Doppel



Beilagenverzeichnis

- 1 Vollmacht vom 5.10.2017
- 2 Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2017 (SU160076-O)
- 3 Urteil des Obergerichts Zürich vom 17. August 2009 (SU090015/U)
- 4 Anstellungsvertrag Universität Bern vom 21. August 2017
- 5 Lohnabrechnung vom September 2017
- 6 Mietvertrag vom 1.11.2016
- 7 Police vom 1.4.2016
- 8 Police vom 8.10.2015
- 9 Kreditvertrag vom 13.11.2013
- 10 Policen vom 9.10.2015
- 11 Ausdruck Kosten libero-Abo
- 12 Bescheinigung vom 22.2.2015
- 13 Veranlagungsverfügung vom 6.6.2017