

aufzeigt, scheint es, dass unter dem immer grösser werdenden Schutzgedanken und der damit einhergehenden extensiven Auslegung der Anordnungsvoraussetzungen aber auch übers Ziel hinausgeschossen wird. Im vorliegenden Fall ist es schlicht stossend, dass der Beschwerdeführer vier Monate inhaftiert wurde, bloss weil er sich in seinem Ärger zu einer verbalen Ausfälligkeit hinreissen liess. Insbesondere wenn man bedenkt, dass die Untersuchungshaft die schwerste Zwangsmassnahme in der StPO darstellt, welche üblicherweise in Form der Einzelhaft und ohne geregelten Tagesablauf praktiziert wird.

8. Völkerrecht und Europarecht/Droit international public et droit européen

8.12. Menschenrechte im Völkerrecht/Droits de l'homme en droit international public

8.12.1. Nichtdiskriminierung. Rassismus/Non-discrimination. Racisme

Ein Leiturteil zu Racial Profiling?

Besprechung von EGMR, *Wa Baile c. Suisse*, Nos 43868/18, 25883/21, 20.2.2024

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Beschwerden Nr. 43868/18 und 25883/21, Urteil vom 20. Februar 2024, *Wa Baile gegen die Schweiz*.



DANIEL MOECKLI*

*Zum ersten Mal verurteilt der EGMR eine angeblich auf Racial Profiling beruhende Polizeikontrolle als Verletzung der materiellrechtlichen Dimension des Diskriminierungsverbots. Vorwürfe des Racial Profiling waren bislang – nicht nur vor dem EGMR – regelmässig an der Beweishürde gescheitert. In *Wa Baile c. Suisse* umschiffte der Gerichtshof diese Hürde, indem er die Beweislast umkehrt. Die dafür angeführten Gründe sind Ausdruck einer Anerkennung der Tatsache, dass Racial Profiling ein strukturelles Problem darstellt. Aufgrund der unklaren Gewichtung der verschiedenen Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr ist die Tragweite des Urteils allerdings zurzeit noch schwierig abzuschätzen. Setzt der EGMR in zukünftigen Fällen die Latte für eine Beweislastumkehr nicht allzu hoch an, hat das *Wa Baile*-Urteil das Potenzial, zu einem Katalysator für die Umsetzung von Massnahmen gegen Racial Profiling in ganz Europa zu werden.*

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Der Schweizer Staatsbürger Mohamed Wa Baile wurde am 5. Februar 2015 im Hauptbahnhof Zürich von Beamten der Stadtpolizei Zürich angehalten und einer Personenkontrolle unterzogen. Da er den Grund für die Personenkontrolle allein seiner dunklen Hautfarbe zuschrieb, weigerte er sich, sich auszuweisen. Bei der Durchsuchung

* DANIEL MOECKLI, Prof. Dr., LL.M., Professor für Öffentliches Recht mit internationaler und rechtsvergleichender Ausrichtung an der Universität Zürich.

seiner Taschen und seines Rucksacks stiessen die Stadtpolizisten auf einen Ausweis, worauf sie ihn gehen liessen. Im Rapport hielt der zuständige Polizeibeamte fest, die Anhaltung von Herrn Wa Baile sei erfolgt, weil sein Verhalten verdächtig erschienen sei: Als Herr Wa Baile realisiert habe, dass er Polizeibeamter sei, habe er seinen Blick von ihm abgewandt. Zudem habe er nervös gewirkt. Es habe sich deshalb der Verdacht auf eine Widerhandlung gegen die Ausländergesetzgebung aufgedrängt.

Mit Strafbefehl vom 16. März 2015 bestrafte der Stadtrichter von Zürich Mohamed Wa Baile wegen Nichtbefolgens polizeilicher Anordnungen mit einer Busse von CHF 100. Am 7. November 2016 bestätigte das Bezirksgericht Zürich, am 25. August 2017 das Obergericht Zürich den Strafbefehl. Mit Urteil vom 7. März 2018 wies das Bundesgericht die Beschwerde von Herrn Wa Baile gegen seine Bestrafung ab.¹

Mohamed Wa Baile beschritt auch den Verwaltungsrechtsweg, indem er am 22. März 2016 von der Stadtpolizei Zürich die Feststellung der Widerrechtlichkeit der bei ihm durchgeführten Personenkontrolle verlangte. Dieses Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung wies die Stadtpolizei am 20. Dezember 2018 ab. Dagegen erhobene Rechtsmittel beim Stadtrat von Zürich und beim Statthalteramt des Bezirks Zürich blieben erfolglos. Mit Urteil vom 1. Oktober 2020 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die von Herrn Wa Baile gegen den Entscheid des Statthalters erhobene Beschwerde gut, hob die Verfügungen der unteren Instanzen auf und stellte fest, dass die an ihm vorgenommene Personenkontrolle rechtswidrig gewesen sei.² Zur Begründung hielt das Verwaltungsgericht fest, dass selbst an einem «latent deliktträchtigen Ort» wie dem Hauptbahnhof Zürich das blosses Abwenden des Blickes und ein nervöses Verhalten keine Personenkontrolle zu rechtfertigen vermöchten.³ Da die Kontrolle bereits aus diesen Gründen als rechtswidrig zu beurteilen sei, könne offenbleiben, ob eine Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe vorliege.⁴ Auf die dagegen erhobene Beschwerde, mit welcher Herr Wa Baile die Feststellung der Verletzung des Diskriminierungsverbots verlangte, trat das Bundesgericht mit Urteil vom 23. Dezember 2020 aufgrund fehlenden schutzwürdigen Interesses nicht ein.⁵

Mit Beschwerden vom 10. September 2018 (das strafrechtliche Verfahren betreffend) und 7. Mai 2021 (das

verwaltungsrechtliche Verfahren betreffend) gelangte Herr Wa Baile an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Er rügt eine Verletzung von Art. 14 (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 8 EMRK⁶ (Recht auf Achtung des Privatlebens) und von Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde). Die mit dem Fall betraute Kammer der dritten Sektion des Gerichtshofs, bestehend aus einer Richterin und sechs Richtern, vereinigt die beiden Verfahren (§ 57).

II. Erwägungen

A. Opfereigenschaft

Vorweg prüft der EGMR die von Art. 34 EMRK für die Zulässigkeit einer Individualbeschwerde vorausgesetzte Opfereigenschaft. Die Schweizer Regierung hatte geltend gemacht, Herr Wa Baile sei aufgrund seines vollumfänglichen Obsiegens im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht mehr Opfer einer Konventionsverletzung. Schliesslich habe das kantonale Verwaltungsgericht seine Anhaltung als rechtswidrig eingestuft (§ 61). Dem hält der Gerichtshof entgegen, dass weder das Zürcher Verwaltungsgericht noch irgendeine andere innerstaatliche Behörde eine Verletzung von Art. 14 EMRK festgestellt habe. Der Verlust der Opfereigenschaft setze die Anerkennung und Wiedergutmachung der gerügten Konventionsverletzung durch die nationalen Behörden voraus (§§ 63–66).

B. Verfahrensrechtliche Dimension von Art. 14 EMRK

In der Sache wiederholt der EGMR zunächst eine bereits in früheren Urteilen gemachte Feststellung zur Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK auf Polizeikontrollen: Diese betrafen das Recht auf Achtung des Privatlebens zumindest dann, wenn die betroffenen Personen glaubhaft machten, dass sie aufgrund physischer oder ethnischer Charakteristiken angehalten worden seien (§ 71). Der Gerichtshof sieht diese Voraussetzung im vorliegenden Fall als erfüllt an und erklärt deshalb Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK als anwendbar (§ 102).

Bei der Prüfung einer Verletzung unterscheidet der EGMR zwischen einer verfahrens- und einer materiellrechtlichen Dimension des Diskriminierungsverbots. In verfahrensrechtlicher Hinsicht müssen gemäss dem Ge-

¹ BGer, 6B_1174/2017, 7.3.2018.

² VGer ZH, VB.2020.00014, 1.10.2020.

³ VGer ZH, VB.2020.00014, 1.10.2020, E. 5.7.1 f.

⁴ VGer ZH, VB.2020.00014, 1.10.2020, E. 5.7.3.

⁵ BGer, 1C_702/2020, 23.12.2020.

⁶ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

richtshof glaubhafte Klagen, wonach eine Person aufgrund ihrer «Rasse» polizeilich kontrolliert worden sei, Gegenstand einer effektiven Untersuchung durch die innerstaatlichen Behörden bilden (§ 91). Damit der EGMR seine Kontrollfunktion wahrnehmen könne, seien die entsprechenden Entscheide genügend detailliert zu begründen (§ 92). Dies sei im vorliegenden Fall weder im straf- noch im verwaltungsrechtlichen Verfahren erfolgt: Die Strafgerichte hätten den Vorwurf der Rassendiskriminierung nicht näher überprüft (§ 96). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich habe zwar die Anhaltung des Beschwerdeführers als rechtswidrig beurteilt, habe aber die Frage, ob diese aufgrund seiner Hautfarbe erfolgt sei, explizit offengelassen (§ 100). Aus diesen Gründen schliesst die Kammer einstimmig auf eine Verletzung der sich aus Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK ergebenden verfahrensrechtlichen Pflichten (§ 103).

C. Materielle rechtliche Dimension von Art. 14 EMRK

Bei der Überprüfung der Polizeikontrolle auf ihre Vereinbarkeit mit der materiellrechtlichen Dimension des Diskriminierungsverbots stellt der EGMR die Frage der Beweislast ins Zentrum seiner Erwägungen. Aus drei Gründen erachtet er es als angebracht, von einer widerlegbaren Vermutung einer diskriminierenden Behandlung des Beschwerdeführers auszugehen. Erstens seien die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, einen gesetzlichen und administrativen Rahmen zur Verhinderung rassendiskriminierender Polizeipraktiken zu schaffen. Dazu gehörten etwa eine klare Umschreibung der polizeilichen Kontrollbefugnisse, die Einrichtung unabhängiger Beschwerdeinstanzen und eine Ausbildung von Sicherheitskräften, welche Racial Profiling entgegenwirkt. Entsprechende Massnahmen, die vom UNO-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung (CERD) und von der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) empfohlen worden waren, habe die Schweiz ungenügend umgesetzt. Das Fehlen eines wirksamen gesetzlichen und administrativen Rahmens erhöhe die Wahrscheinlichkeit diskriminierender Identitätskontrollen (§§ 124–130). Zweitens seien Fälle von Racial Profiling in der Schweiz durch Studien verschiedener internationaler Menschenrechtsorganisationen und NGOs dokumentiert (§ 135). Drittens verweist der Gerichtshof auf die Tatsache, dass das kantonale Verwaltungsgericht die Personenkontrolle des Beschwerdeführers aufgrund des Fehlens objektiv nachvollziehbarer Gründe als rechtswidrig beurteilt hatte (§ 134).

Die «forte présomption» einer Diskriminierung, von welcher der EGMR aus diesen Gründen ausgeht, zieht eine Beweislastumkehr nach sich (§ 134). Es wäre nun an der Schweizer Regierung gewesen, eine überzeugende Begründung für die Identitätskontrolle des Beschwerdeführers ins Feld zu führen und so die Vermutung zu widerlegen. Dies gelang ihr nach Einschätzung des Gerichtshofs nicht: Zwar machte die Regierung geltend, dass an jenem Tag auch andere Personen als der Beschwerdeführer kontrolliert worden seien, doch konnte sie dies nicht mit entsprechenden Zahlen oder Informationen belegen (§ 134). Auch konnte sie keinerlei Statistiken vorlegen, welche an den Berichten internationaler Menschenrechtsorgane über die Verbreitung von Racial Profiling in der Schweiz hätten Zweifel aufkommen lassen (§ 135).

Resultat: Die Richterin und die sechs Richter anerkennen zwar die Schwierigkeit für Polizeiangehörige, sehr schnell und ohne klare interne Anweisungen zu entscheiden, ob sie mit einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung konfrontiert sind. Angesichts der konkreten Umstände des Falles kommen sie aber trotzdem einstimmig zum Schluss, dass die Personenkontrolle des Beschwerdeführers das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot auch in seiner materiellrechtlichen Dimension verletzt hat (§ 136).

D. Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK)

Nachdem der EGMR die verfahrensrechtliche Dimension von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK als verletzt erachtet hat, kommen seine Ausführungen zu Art. 13 EMRK wenig überraschend. Im Wesentlichen wiederholt er seine Feststellung, dass der Vorwurf der Rassendiskriminierung des Beschwerdeführers durch die Schweizer Gerichte nicht effektiv untersucht worden sei. Damit sei auch dessen Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK verletzt worden.

III. Kommentar

A. Hintergrund: Racial Profiling in Europa

Criminal Profiling, in den 1970er Jahren in den USA entwickelt, ist die systematische Assoziierung von physischen Charakteristiken, psychologischen Eigenschaften oder Verhaltensmerkmalen mit bestimmten Straftaten und ihre Verwendung als Grundlage für die Verbrechensauf-

klärung.⁷ Dabei werden zwei Arten von Personenprofilen unterschieden: deskriptive und prädiktive.⁸ Ursprünglich wurden primär *deskriptive* Personenprofile verwendet, d.h. Profile, welche der Identifizierung von Personen dienen, die verdächtigt werden, eine bestimmte Straftat begangen zu haben, und dementsprechend auf gesammeltem Beweismaterial zu dieser Straftat beruhen.

Seit ca. Anfang dieses Jahrtausends aber wird Criminal Profiling im Namen der Bekämpfung von Bedrohungen wie illegaler Einwanderung, Drogenhandel und Terrorismus vermehrt für präventivpolizeiliche Zwecke eingesetzt. Dementsprechend werden immer häufiger *prädiktive* Personenprofile verwendet – Profile also, die, wie im Fall von Herrn Wa Baile, der Identifizierung von Personen dienen, die in zukünftige oder noch nicht entdeckte strafbare Handlungen verwickelt sein könnten. Prädiktive Personenprofile unterscheiden sich in grundlegender Weise von deskriptiven. Wird z.B. ein Serienmörder gesucht, kann die Polizei Tatsacheninformationen zusammentragen, um ein detailliertes deskriptives Profil zu erstellen, das sich auf psychologische Eigenschaften und konkrete Verhaltensmerkmale stützt. Bei der Prävention von illegaler Einwanderung, Drogenhandel oder Terrorismus werden demgegenüber Personen gesucht, die kein spezifisches psychologisches Profil oder Verhaltensmuster erfüllen. Anstelle der Handlungen von Personen rücken ihre Herkunft und ihr soziales Umfeld in den Vordergrund. Präventivpolizeiliches Profiling, wie es heute zunehmend betrieben wird, zielt auf Personen ab, die ein bestimmtes Muster von (vermeintlich) einfach feststellbaren persönlichen Charakteristiken wie Hautfarbe, ethnische Zugehörigkeit, Religion, Geschlecht und Alter erfüllen.

Dementsprechend ist Racial oder Ethnic Profiling durch Sicherheitsbehörden zu einem weit verbreiteten Phänomen geworden, gerade auch in Europa. Die ECRI definiert Racial Profiling als «die ohne objektive und vernünftige Begründung erfolgende polizeiliche Berücksichtigung von Merkmalen wie Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, Staatsangehörigkeit oder nationale oder ethnische Herkunft im Rahmen von Kontrollen, Überwachungen oder Ermittlungen».⁹ Internationale Menschenrechtsorgane und NGOs wiesen bereits in den frühen 2000er Jahren darauf hin, dass Racial Profiling ein allgegenwärtiges Problem darstelle.¹⁰ In der Folge verabschiedeten etwa der CERD¹¹, der UNO-Sonderberichterstatter zu Rassismus und Fremdenfeindlichkeit¹², der UNO-Sonderberichterstatter zu Menschenrechten bei der Bekämpfung von Terrorismus¹³, das Büro des UNO-Hochkommissars für Menschenrechte¹⁴, der Hohe Kommissar für nationale Minderheiten der OSZE¹⁵ und die ECRI¹⁶ zahlreiche Empfehlungen zur Verhinderung von Racial Profiling. So wurden die Staaten aufgefordert:

– spezifische gesetzliche Bestimmungen und Dienstweisungen zu erlassen, die klar statuieren, auf welche Kriterien die Polizei und andere Sicherheitsbehörden bei Anhaltungen und Identitätskontrollen abstellen dürfen und auf welche nicht;¹⁷

– die Einleitung wirksamer Untersuchungsverfahren bei Vorwürfen von Racial Profiling zu gewährleisten und

- spezifische gesetzliche Bestimmungen und Dienstweisungen zu erlassen, die klar statuieren, auf welche Kriterien die Polizei und andere Sicherheitsbehörden bei Anhaltungen und Identitätskontrollen abstellen dürfen und auf welche nicht;¹⁷
- die Einleitung wirksamer Untersuchungsverfahren bei Vorwürfen von Racial Profiling zu gewährleisten und

¹⁰ Z.B. Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Situation of Muslim and Arab peoples in various parts of the world in the aftermath of the events of 11 September 2001, 3. Januar 2003, UN Doc. E/CN.4/2003/23; Open Society Justice Initiative, «I Can Stop Whoever I Want» – Police Stops of Ethnic Minorities in Bulgaria, Hungary, and Spain, New York und Budapest 2006.

¹¹ CERD, General Recommendation No. 31 on the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System, 2005, UN Doc. A/60/18, 98; CERD, General Recommendation No. 34: Racial Discrimination against People of African Descent, 3. Oktober 2011, UN Doc. CERD/C/GC/34; CERD, General Recommendation No. 36 on Preventing and Combating Racial Profiling by Law Enforcement Officials, 17. Dezember 2020, UN Doc. CERD/C/GC/36 (zit. CERD, General Recommendation No. 36).

¹² Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Report, 20. April 2015, UN Doc. A/HRC/29/46 (zit. Special Rapporteur on Racism, Report 2015).

¹³ Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Report, 29. Januar 2007, UN Doc. A/HRC/4/26 (zit. Special Rapporteur on Countering Terrorism, Report 2007).

¹⁴ OHCHR, Preventing and Countering Racial Profiling of People of African Descent: Good Practices and Challenges, 2019, Internet: <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/preventing-and-countering-racial-profiling-people-african-descent> (Abruf 4.4.2024) (zit. OHCHR, Preventing and Countering Racial Profiling).

¹⁵ OSCE High Commissioner on National Minorities, Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Februar 2006, Internet: <https://www.osce.org/hcnm/policing-recommendations> (Abruf 11.4.2024) (zit. OSCE High Commissioner on National Minorities, Recommendations on Policing).

¹⁶ ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11 (FN 9).

¹⁷ CERD, General Recommendation No. 36 (FN 11), §§ 38–39; Special Rapporteur on Racism, Report 2015 (FN 12), § 72; Special Rapporteur on Countering Terrorism, Report 2007 (FN 13), § 86; OSCE High Commissioner on National Minorities, Recommendations on Policing (FN 15), § 16.

⁷ DAVID A. HARRIS, Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work, New York 2003, 11, 16.

⁸ HARRIS (FN 7), 10, 19 f.

⁹ ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11: Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung in der Polizeiarbeit, 29. Juni 2007 (zit. ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11), § 1.

- zu diesem Zweck unabhängige Beschwerdeinstanzen zu schaffen;¹⁸
- statistische Daten zu Personenkontrollen zu sammeln, die nach ethnischer Herkunft bzw. «Rasse» aufgeschlüsselt sind;¹⁹
 - bei der Rekrutierung für eine Zusammensetzung der Polizeikorps zu sorgen, welche die gesellschaftliche Zusammensetzung reflektiert;²⁰
 - eine Aus- und Fortbildung von Sicherheitskräften zu gewährleisten, die dem Gebrauch von Stereotypen entgegenwirkt.²¹

Die meisten europäischen Staaten unternahmen allerdings wenig zur Umsetzung dieser Empfehlungen. Die Kommissarin für Menschenrechte des Europarates hielt 2019 fest, Racial Profiling sei – trotz wachsendem Bewusstsein für das Problem – weiterhin weit verbreitet in Europa.²² Von der EU-Grundrechteagentur 2018, 2021 und 2023 durchgeführte Befragungen bestätigten diesen Befund.²³ Die Verwendung von Algorithmen und KI zur Verbrechensbekämpfung dürfte zu einer weiteren Verschärfung des Problems führen.²⁴

Auch endeten wegen angeblichem Racial Profiling angestregte Verfahren vor nationalen Gerichten oder internationalen Menschenrechtsinstanzen zumeist erfolglos. Eine Ausnahme bildet der vom UNO-Menschenrechtsausschuss beurteilte Fall von Rosalind Williams Lecraft. Frau Williams Lecraft, eine spanische Bürgerin US-ame-

rikanischer Herkunft, wurde – unter ähnlichen Umständen wie Mohamed Wa Baile im Hauptbahnhof Zürich – von einem Polizeibeamten im Bahnhof von Valladolid angehalten. Der UNO-Menschenrechtsausschuss stellte eine Verletzung des Verbots der Rassendiskriminierung nach Art. 26 UNO-Pakt II²⁵ fest.²⁶ Zwar kann darin insofern ein Präzedenzteil erblickt werden, als noch nie zuvor ein internationales Überwachungsorgan angebliches Racial Profiling als Verletzung des Diskriminierungsverbots eingestuft hatte. Doch unterscheidet sich der Fall in Bezug auf die Beweislage massgeblich von den allermeisten Vorwürfen des Racial Profiling: Der spanische Polizeibeamte hatte offen zugegeben, dass er von seinen Vorgesetzten die Anweisung erhalten hatte, insbesondere «farbige Menschen» zu kontrollieren.²⁷ Normalerweise ist es hingegen für betroffene Personen nahezu unmöglich, nachzuweisen, dass ihre Hautfarbe den Ausschlag für eine Polizeikontrolle gegeben hat. Beschwerden wegen Racial Profiling scheitern typischerweise an der Beweishürde.

B. Vorgehende EGMR-Rechtsprechung zu Racial Profiling

Vor dem Hintergrund der andauernden Problematik von Racial bzw. Ethnic Profiling in Europa überrascht es, dass der EGMR den Begriff erst 2019 zum ersten Mal verwandte und damit das Problem explizit benannte. In *Lingurar v. Romania* verurteilte er eine gegen eine Roma-Gemeinschaft gerichtete Polizeiaktion als unzulässiges «ethnic profiling».²⁸ Zuvor hatte er bloss einmal beiläufig auf die Gefahr der Diskriminierung hingewiesen, als er polizeiliche Befugnisse zur Anhaltung im Vereinigten Königreich zu beurteilen hatte.²⁹ Allerdings betraf *Lingurar v. Romania* nicht routinemässige Identitätskontrollen im öffentlichen Raum und damit jenen Kontext, in dem die Polizei am häufigsten Racial Profiling anwendet.

Es sollte weitere drei Jahre dauern, bis sich der Gerichtshof mit entsprechenden Fällen befasste. In *Muhammad v. Spain* ging es um einen pakistanischen Staatsangehörigen, der auf einer Strasse in Barcelona von zwei Polizisten einer Identitätskontrolle unterzogen worden

¹⁸ CERD, General Recommendation No. 36 (FN 11), §§ 39–40; Special Rapporteur on Racism, Report 2015 (FN 12), § 70; Special Rapporteur on Countering Terrorism, Report 2007 (FN 13), 88; ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11 (FN 9), §§ 9–10.

¹⁹ CERD, General Recommendation No. 36 (FN 11), § 50; Special Rapporteur on Racism, Report 2015 (FN 12), § 68; OHCHR, Preventing and Countering Racial Profiling (FN 14), § 48; ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11 (FN 9), § 2.

²⁰ CERD, General Recommendation No. 36 (FN 11), §§ 46–47; OSCE High Commissioner on National Minorities, Recommendations on Policing (FN 15), §§ 4–7; ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11 (FN 9), § 17.

²¹ CERD, General Recommendation No. 36 (FN 11), §§ 42–45; Special Rapporteur on Countering Terrorism, Report 2007 (FN 13), § 89; OHCHR, Preventing and Countering Racial Profiling (FN 14), § 47.

²² Council of Europe Commissioner for Human Rights, Ethnic profiling: a persisting practice in Europe, 9. Mai 2019, Internet: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/ethnic-profiling-a-persisting-practice-in-europe> (Abruf 4.4.2024).

²³ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Second European Union Minorities and Discrimination Survey – Being Black in the EU, Wien 2018, 30 ff.; FRA, Your rights matter: Police stops, Fundamental Rights Survey, Luxemburg 2021; FRA, Being Black in the EU – Experiences of people of African descent, Wien 2023, 71 ff.

²⁴ CERD, General Recommendation No. 36 (FN 11), § 35.

²⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).

²⁶ UNO-Menschenrechtsausschuss, *Williams Lecraft v. Spain*, No. 1493/2006, 27.7.2009, § 8.

²⁷ UNO-Menschenrechtsausschuss, *Williams Lecraft v. Spain*, No. 1493/2006, 27.7.2009, § 2.1.

²⁸ EGMR, *Lingurar v. Romania*, No. 48474/14, 16.4.2019, § 76.

²⁹ EGMR, *Gillan and Quinton v. United Kingdom*, No. 4158/05, 12.1.2010, § 85.

war.³⁰ Der Beschwerdeführer behauptete, von diesen als «Affe» bezeichnet worden zu sein. Zudem hätten sie zu gegeben, ihn nur aufgrund seiner Hautfarbe angehalten zu haben. Der EGMR verneinte eine Verletzung des Diskriminierungsverbots. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei Spanien seiner Verpflichtung zur Durchführung einer Untersuchung des Vorfalls nachgekommen: Gegen die beiden Polizeibeamten war ein Strafverfahren eingeleitet (aber später eingestellt) worden; eine Staatshaftungsklage des Beschwerdeführers war als unbegründet abgewiesen worden.³¹ Für die Feststellung einer Verletzung der materiellrechtlichen Dimension von Art. 14 EMRK mangelte es nach Ansicht des Gerichtshofs an den dafür notwendigen Beweisen. Weder der Hinweis des Beschwerdeführers darauf, dass er am fraglichen Ort als einzige Person angehalten worden sei, noch Berichte von internationalen Menschenrechtsorganen und NGOs, wonach die spanische Polizei routinemässig Racial Profiling anwendet, vermochten daran etwas zu ändern.³² Das Urteil erging mit der knappsten Mehrheit von vier zu drei Stimmen.

In abweichenden Sondervoten vertraten der Schweizer Richter Zünd und Richter Krenc die Auffassung, die nationalen Behörden hätten zu wenig unternommen, um den Diskriminierungsvorwurf abzuklären.³³ Richter Krenc wies zudem darauf hin, dass der Gerichtshof in früheren Urteilen betreffend Art. 14 EMRK gestützt auf statistische Daten oder Berichte von NGOs die Beweislast umgekehrt habe.³⁴

Am selben Tag wie *Muhammad v. Spain* fällt eine fast identisch zusammengesetzte Kammer ihr Urteil im ähnlich gelagerten Fall *Basu v. Germany*.³⁵ Der Beschwerdeführer, ein Deutscher indischer Herkunft, war zusammen mit seiner Tochter in einem Zug kurz nach der tschechisch-deutschen Grenze von zwei Polizeibeamten kontrolliert worden. Seine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Identitätskontrolle wurde vom Verwaltungsgericht Dresden als unzulässig abgewiesen; seine Berufungen an das Sächsische Obergericht und das Bundesverfassungsgericht blieben erfolglos. Anders als in *Muhammad* erachtete der EGMR die sich

aus Art. 14 EMRK ergebenden verfahrensrechtlichen Pflichten als verletzt. Sobald eine diskriminierende Identitätskontrolle glaubhaft gemacht worden sei, müsse zwingend eine effektive Untersuchung durchgeführt werden.³⁶ Eine solche sei unterblieben: Die interne Untersuchung, die eingeleitet worden war, könne aufgrund der hierarchischen und institutionellen Verbindungen zwischen der Ermittlungsbehörde und den Polizeibeamten nicht als unabhängig und damit effektiv angesehen werden.³⁷ Die (unabhängigen) Verwaltungsgerichte wiederum hätten sich aufgrund ihrer Unzulässigkeitsentscheidungen nicht inhaltlich mit dem Diskriminierungsvorwurf auseinandergesetzt.³⁸ Daraus zog der Gerichtshof den lapidaren Schluss, (auch) er könne nicht beurteilen, ob die Identitätskontrolle aufgrund der ethnischen Herkunft des Beschwerdeführers erfolgt sei.³⁹ Wie in *Muhammad* verneinte er also eine Verletzung der materiellrechtlichen Dimension von Art. 14 EMRK.

In einem teilweise abweichenden Sondervotum, das in der Literatur Wiederhall gefunden hat,⁴⁰ kritisierte Richter Pavli diese Schlussfolgerung scharf. Wenn der EGMR aufgrund ungenügender innerstaatlicher Ermittlungen von einer inhaltlichen Beurteilung von Diskriminierungsvorwürfen absehe, schaffe er damit «perverse Anreize» für die nationalen Behörden, Fälle von Racial Profiling unter den Teppich zu kehren.⁴¹ Vielmehr müsse bei glaubhaften Vorwürfen des Racial Profiling eine Umkehr der Beweislast erfolgen: Wo nur der Staat die relevanten Tatsachen erheben könne, müsse es an ihm liegen, das Vorliegen sachlicher Gründe für eine Polizeikontrolle nachzuweisen.⁴² Dies habe Deutschland im vorliegenden

³⁰ EGMR, *Muhammad v. Spain*, No. 34085/17, 18.10.2022.

³¹ EGMR, *Muhammad v. Spain*, No. 34085/17, 18.10.2022, §§ 69–76.

³² EGMR, *Muhammad v. Spain*, No. 34085/17, 18.10.2022, §§ 96–103.

³³ EGMR, *Muhammad v. Spain*, No. 34085/17, 18.10.2022, Dissenting Opinion of Judge Zünd §§ 3–6; Dissenting Opinion of Judge Krenc, §§ 4–8.

³⁴ EGMR, *Muhammad v. Spain*, No. 34085/17, 18.10.2022, Dissenting Opinion of Judge Krenc, § 14.

³⁵ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022.

³⁶ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, §§ 33–35.

³⁷ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, § 36.

³⁸ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, § 37.

³⁹ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, § 38.

⁴⁰ Z.B. MATHIAS MÖSCHEL, *Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: Room for Improvement in the Court's First Judgments on Racial Profiling*, Strasbourg Observers, 8. November 2022, Internet: <https://strasbourgobservers.com/2022/11/08/basu-v-germany-and-muhammad-v-spain-room-for-improvement-in-the-courts-first-judgments-on-racial-profiling/> (Abruf 1.4.2024); JULIE RINGELHEIM, *Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: Why the first European Court of Human Rights' judgments on racial profiling in identity checks are disappointing*, EJIL: Talk!, 7. Februar 2023, Internet: <https://www.ejiltalk.org/basu-v-germany-and-muhammad-v-spain-why-the-first-european-court-of-human-rights-judgments-on-racial-profiling-in-identity-checks-are-disappointing/> (Abruf 1.4.2024); STEPHANIE FARRIOR, Introductory Note to *Basu v. Germany and Muhammad v. Spain* (Eur. Ct. H.R.), International Legal Materials 2024, 94 ff.

⁴¹ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, Partly Dissenting Opinion of Judge Pavli, § 4 («perverse incentives»).

⁴² EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, Partly Dissenting Opinion of Judge Pavli, §§ 4–8.

Fall nicht gemacht, weshalb Art. 14 EMRK auch in seiner materiellrechtlichen Dimension verletzt sei.⁴³ Damit hatte Richter Pavli bereits die Begründungslinien für das Urteil in *Wa Baile*, bei dem er ebenfalls mitwirken sollte, vorgezeichnet.

C. Verfahrensrechtliche Dimension von Art. 14 EMRK

Anders als in *Basu* war in *Wa Baile* die Identitätskontrolle durch unabhängige innerstaatliche Instanzen untersucht worden. Doch keine dieser Instanzen befasste sich mit dem eigentlichen Kern von Herrn Wa Bailes Vorbringen: nämlich, dass er aufgrund seiner Hautfarbe angehalten worden sei. Im strafrechtlichen Verfahren beschränkten sich die Gerichte auf eine Überprüfung der polizeilichen Anordnung auf ihre Nichtigkeit. Dementsprechend begnügten sie sich mit der Feststellung, die Personenkontrolle sei zumindest nicht offensichtlich unrechtmässig gewesen, zumal es für eine solche nach Zürcher Polizeigesetz bloss «minimaler objektiver Gründe» bedürfe.⁴⁴ Im verwaltungsrechtlichen Verfahren kam das Zürcher Verwaltungsgericht zwar zum Schluss, nicht einmal diese minimalen Anforderungen seien erfüllt und die Kontrolle sei somit rechtswidrig gewesen, doch liess es die Frage nach einer Verletzung des Diskriminierungsverbots unbeantwortet.⁴⁵

Angesichts der Funktion der aus den materiellen Garantien der EMRK abgeleiteten verfahrensrechtlichen Pflichten kann die Verurteilung der Schweiz in *Wa Baile* wegen Verletzung dieser Pflichten nicht verwundern. Diese sollen ja sicherstellen, dass die Einhaltung der entsprechenden EMRK-Garantie (und nicht bloss des nationalen Rechts) überprüft werden kann. Der Gerichtshof unterstreicht zu Recht, dass er seine Kontrollfunktion nur wahrnehmen könne, wenn sich die innerstaatlichen Instanzen genügend eingehend mit den geltend gemachten Konventionsverletzungen auseinandergesetzt haben (§ 92). Gerade bei Vorwürfen der Rassendiskriminierung sei dies essenziell, damit der Schutz vor solcher Diskriminierung nicht bloss theoretisch oder illusorisch bleibe (§ 91).

D. Materiellrechtliche Dimension von Art. 14 EMRK

Nicht unbedingt zu erwarten war hingegen, dass der Gerichtshof nicht einmal eineinhalb Jahre nach *Muhammad* und *Basu* eine Verletzung der materiellrechtlichen Dimension des Diskriminierungsverbots feststellen würde – und dies einstimmig. In diesem Punkt macht sich die Kammer im Wesentlichen die Argumentation von Richter Pavli in *Basu* zu eigen und nimmt eine Beweislastumkehr vor. Damit folgt sie einer konstanten EGMR-Rechtssprechungslinie in Diskriminierungsfällen: Sobald die beschwerdeführende Partei eine Ungleichbehandlung nachgewiesen hat, ist es am Staat, zu zeigen, dass diese gerechtfertigt war.⁴⁶ Dabei bestimmen sich die Anforderungen an den durch die beschwerdeführende Partei zu erbringenden *Prima-facie*-Beweis einer Ungleichbehandlung nach den spezifischen Umständen, der Art des Vorwurfs und dem auf dem Spiel stehenden Konventionsrecht. Der Nachweis kann auch aufgrund eines Bündels von Indizien oder unwiderlegter Tatsachenvermutungen als erbracht gelten.⁴⁷

In Fällen von angeblichem Racial Profiling erscheint eine Beweislastumkehr angesichts der besonderen Schwierigkeit des Nachweises und der Bedeutung des Rassendiskriminierungsverbots im Grundsatz als angebracht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass bei Polizeikontrollen schnell der Vorwurf der Diskriminierung in den Raum gestellt wird. Würde die Beweislast bei jedem entsprechenden Vorwurf umgekehrt, könnte die Polizei nicht mehr ihren Aufgaben nachkommen. Deshalb bedarf jede Beweislastumkehr einer überzeugenden Begründung. Zwei der drei Gründe, die der EGMR in *Wa Baile* dafür ins Feld führt, waren bereits in Sondervoten zu *Muhammad* und *Basu* angeführt worden.

Erstens: Sowohl Richter Krenč (in *Muhammad*)⁴⁸ als auch Richter Pavli (in *Basu*)⁴⁹ hatten das Fehlen eines genügenden gesetzlichen und administrativen Rahmens zur Verhinderung rassendiskriminierender Polizeipraktiken in Spanien bzw. Deutschland bemängelt. Dieses Element wird nun der Schweiz in *Wa Baile* zum Verhängnis. Der Gerichtshof gibt zu bedenken, dass die Schweiz Empfeh-

⁴³ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, Partly Dissenting Opinion of Judge Pavli, § 18.

⁴⁴ BGer, 6B_1174/2017, 7.3.2018, E. 4.6–4.8.

⁴⁵ VGer ZH, VB.2020.00014, 1.10.2020, E. 5.7.3.

⁴⁶ Z.B. EGMR, *Timishev v. Russia*, Nos 55762/00, 55974/00, 13.12.2005, § 57; EGMR (GK), *D.H. and others v. Czech Republic*, No. 57325/00, 13.11.2007, § 177.

⁴⁷ EGMR (GK), *D.H. and others v. Czech Republic*, No. 57325/00, 13.11.2007, § 178.

⁴⁸ EGMR, *Muhammad v. Spain*, No. 34085/17, 18.10.2022, Dissenting Opinion of Judge Krenč, §§ 9–13.

⁴⁹ EGMR, *Basu v. Germany*, No. 215/19, 18.10.2022, Partly Dissenting Opinion of Judge Pavli, §§ 9–12.

lungen des CERD und der ECRI zur Schaffung unabhängiger Instanzen zur Untersuchung von Vorwürfen gegen die Polizei und zur besseren Ausbildung von Polizeiangehörigen ungenügend umgesetzt habe (§§ 128 f.).

Zweitens: Richter Krenc hatte in *Muhammad* darauf hingewiesen, dass der EGMR bereits in früheren Fällen aufgrund von Berichten von NGOs bzw. statistischen Daten die Beweislast dem Staat auferlegt hatte.⁵⁰ Die Kammer in *Wa Baile* nimmt dieses Argument auf und verweist auf Studien verschiedener internationaler Menschenrechtsorganisationen und NGOs, wonach Racial Profiling in der Schweiz ein Problem darstellt (§ 135).

Indem der Gerichtshof diese beiden Elemente zum Anlass einer Beweislastumkehr nimmt, anerkennt er, dass Racial Profiling nicht einfach das Resultat von Entscheidungen einzelner Polizeiangehöriger ist, sondern vielmehr Teil eines umfassenden institutionellen und sozialen Problems.

Drittens stützt der Gerichtshof die Beweislastumkehr auf die Tatsache, dass das kantonale Verwaltungsgericht die fragliche Kontrolle aufgrund des Fehlens objektiv nachvollziehbarer Gründe als rechtswidrig beurteilt hatte (§ 134). In dieser Hinsicht unterscheidet sich *Wa Baile* von *Muhammad* und *Basu*, weshalb sich in den beiden früheren Urteilen die Frage nach der Bedeutung einer solchen innerstaatlichen Feststellung gar nicht gestellt hatte. Welche Rolle ihr für das vorliegende Urteil zukommt, wird leider nicht vollends klar. Müssen die drei vom EGMR genannten Gründe kumulativ vorliegen? Ist der dritte Grund der entscheidende, während die beiden anderen Elemente durch andere Indizien ersetzt werden könnten? Oder kann vielmehr auch eine Kombination anderer Gründe an die Stelle eines entsprechenden innerstaatlichen Urteils treten? Diese Fragen lässt der Gerichtshof offen. Damit bleiben die Erfolgsaussichten künftiger Beschwerden wegen Racial Profiling schwierig abzuschätzen.

Der Schweizer Regierung gelang es nicht, die Vermutung der Diskriminierung durch eine überzeugende Begründung für die fragliche Polizeikontrolle zu widerlegen. Auch in dieser Hinsicht wirkt sich die fehlende Umsetzung von Empfehlungen internationaler Menschenrechtsorgane zum Nachteil der Schweiz aus. Der Gerichtshof deutet nämlich an, dass die nationalen Behörden die Diskriminierungsvermutung allenfalls hätten umstossen können, wenn sie Statistiken und Informationen zu durchgeführten Kontrollen vorgelegt hätten (§§ 134 f.). Wie

der EGMR festhält, hatte der CERD die Schweiz 2021 im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens dazu aufgefordert, entsprechende Daten zu sammeln (§ 45).

E. Fazit

Wie bereits die Verfahren *Muhammad* und *Basu*⁵¹ wurde der Prozess *Wa Baile* strategisch geführt. Der Beschwerdeführer zog seinen Fall mit Unterstützung einer zivilgesellschaftlichen «Allianz gegen Racial Profiling» nach Strassburg weiter.⁵² Drei Menschenrechts-NGOs intervenierten als Drittparteien und reichten schriftliche Stellungnahmen ein (siehe §§ 82 ff., 114 ff.). Der EGMR definierte *Wa Baile* 2022 als «impact case», d.h. als einen Fall, «der sich mit wichtigen Fragen befasst, die für den betreffenden Staat oder für das Konventionssystem als Ganzes von Bedeutung sind und eine schnellere Bearbeitung rechtfertigen».⁵³ Ob es sich bei *Wa Baile* – wie von den zivilgesellschaftlichen Akteuren erhofft und vom Gerichtshof implizit in Aussicht gestellt – tatsächlich um ein Leiturteil handelt, erscheint zurzeit allerdings noch unklar.

Zunächst einmal war zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Urteilsbesprechung noch offen, ob die Schweiz die Verweisung des Falls an die Grosse Kammer gemäss Art. 43 Abs. 1 EMRK beantragen würde. Sodann wird die Tragweite des Urteils entscheidend davon abhängen, welche Bedeutung der EGMR in zukünftigen Fällen dem dritten Grund für eine Beweislastumkehr (Vorliegen eines innerstaatlichen Urteils, das die Rechtswidrigkeit der fraglichen Polizeikontrolle feststellt) beimessen wird. Sollte er dieses Element als zentral erachten, wird das Urteil in *Wa Baile* weitgehend wirkungslos bleiben. Denn dass ein nationales Gericht bei angeblichem Racial Profiling zum Schluss kommt, für die fragliche Kontrolle gebe es keine objektiv nachvollziehbaren Gründe, diese sei aber trotzdem nicht diskriminierend, dürfte ein (sehr) seltener Ausnahmefall bleiben.

Falls hingegen der EGMR das Vorliegen eines solchen Urteils nicht als zwingend erachtet, hat *Wa Baile* das Potenzial, zu einem Katalysator für die Umsetzung von

⁵⁰ EGMR, *Muhammad v. Spain*, No. 34085/17, 18.10.2022, Dissenting Opinion of Judge Krenc, § 14.

⁵¹ Siehe zu diesen beiden Prozessen CENGIZ BARSKANMAZ, Ein Sieg gegen Racial Profiling?, Verfassungsblog, 21. Oktober 2022, Internet: <https://verfassungsblog.de/ein-sieg-gegen-racial-profiling/> (Abruf 3.4.2024).

⁵² Siehe die Webseite der Allianz, Internet: <https://www.stop-racial-profiling.ch> (Abruf 3.4.2024).

⁵³ EGMR, Annual Report 2021 of the European Court of Human Rights, Strasbourg 2022, 175 («[...] cases which address key issues of relevance for the State concerned or for the Convention system generally and which warrant speedier processing»).

Massnahmen gegen Racial Profiling in ganz Europa zu werden. Denn die beiden anderen vom Gerichtshof für eine Beweislastumkehr ins Feld geführten Gründe sind Ausdruck einer Anerkennung der Tatsache, dass Racial Profiling ein strukturelles Problem darstellt: Fehlt in einem Staat ein genügender gesetzlicher und administrativer Rahmen zur Verhinderung rassendiskriminierender Polizeipraktiken und ist durch Studien erstellt, dass Racial Profiling dort vorkommt, wird der EGMR von einer Vermutung der Diskriminierung ausgehen.

Hinzu kommt Folgendes: Indem der Gerichtshof bei diesen beiden Begründungselementen stark auf die Empfehlungen bzw. Feststellungen (anderer) internationaler Menschenrechtsorganisationen abstellt, verleiht er diesen eine Bindungswirkung, die ihnen für sich allein nicht zukommt. Alle Staaten, welche die – an sich unverbindlichen – Empfehlungen des CERD, der ECRI usw. zur

Verhinderung von Racial Profiling nicht umsetzen, riskieren von nun an in entsprechenden Fällen eine Verurteilung durch den EGMR. Dieser Schachzug der Kammer mag auf den ersten Blick innovativ, ja gewagt erscheinen. Er steht aber in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Dieser hat wiederholt klargestellt, dass er zur Auslegung des Konventionstexts auch Instrumente heranziehen könne, die rechtlich nicht bindend seien.⁵⁴ Das Urteil in *Wa Baile* ist somit auch ein paradigmatisches Beispiel dafür, wie von internationalen Menschenrechtsorganen geschaffene unverbindliche Standards – zumindest indirekt – zu *Hard-Law*-Standards werden können.

⁵⁴ Für einen Überblick über die entsprechende Rechtsprechung siehe EGMR (GC), *Demir and Baykara v. Turkey*, No. 34503/97, 12.11.2008, §§ 65–86.

Anzeige

Melinda F. Lohmann

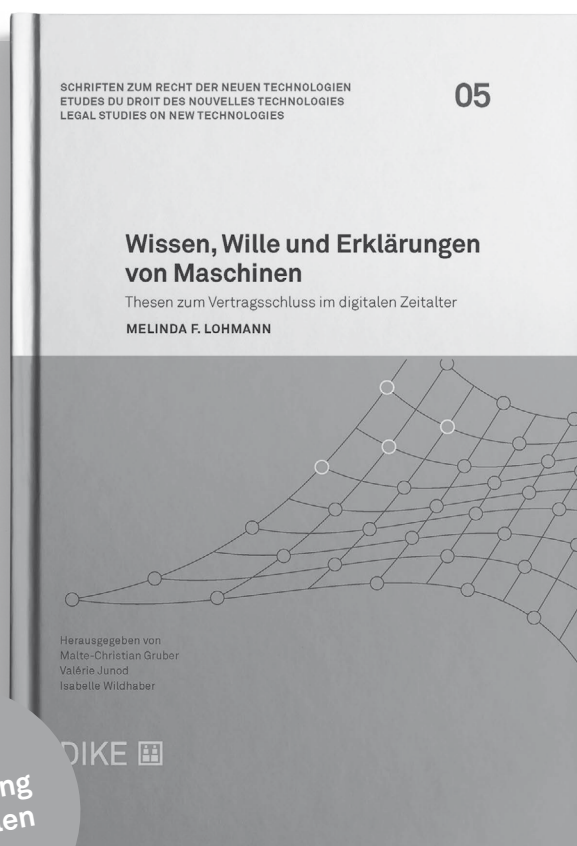
Wissen, Wille und Erklärungen von Maschinen

Thesen zum Vertragsschluss im digitalen Zeitalter

Künstliche Intelligenz ist in aller Munde und macht auch vor dem Vertragsschluss keinen Halt. Melinda F. Lohmann untersucht diese Entwicklungen im Lichte des Vertragsrechts und entwickelt ein einheitliches zivilrechtliches Zurechnungsmodell für Wissen und Aktionen von Maschinen.

Schriften zum Recht der neuen
Technologien (RnT), Band 5
2024, 425 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-03891-651-2
CHF 112.–

www.dike.ch/6512



Smart
Contracting
im digitalen
Zeitalter

DIKE