

## Racial und Ethnic Profiling

Aktuelle Rechtsfälle im Lichte der Diskriminierungsverbote

MILENA DE SÁ

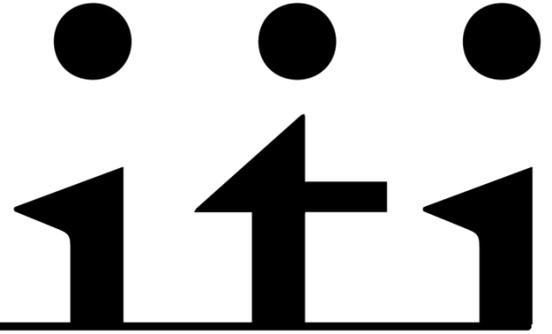
### Zitiervorschlag

DE SÁ, Racial und Ethnic Profiling in: cognitio 2024/1.

URL: [cognitio-zeitschrift.ch/2024-1/deSa](https://cognitio-zeitschrift.ch/2024-1/deSa)

DOI: [10.5281/zenodo.14025645](https://doi.org/10.5281/zenodo.14025645)

ISSN: 2624-8417



## Racial und Ethnic Profiling

### Aktuelle Rechtsfälle im Lichte der Diskriminierungsverbote

MILENA DE SA\*

*Die öffentliche Debatte um Racial und Ethnic Profiling hat zu einer intensiven rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Thema geführt. Hauptauslöser dieser Diskussion waren insbesondere Rechtsfälle, die bis vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gezogen wurden. Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Beitrag die Anwendung der grund- und menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote im Zusammenhang mit polizeilichen Personenkontrollen und analysiert die Auswirkungen der EGMR-Urteile auf die Rechtspraxis. Es zeigen sich einerseits positive Entwicklungen wie die Schärfung der Rechtsprechung und eine Beweislastumkehr zu Gunsten der Betroffenen. Andererseits bleibt jedoch Raum für Verbesserungen, insbesondere bei der unabhängigen Untersuchung und der materiellen Bewertung solcher Fälle.*

#### Inhaltsübersicht

I. Einleitung	2
II. Begriffliche und rechtliche Grundlagen	3

A. Was ist Racial und Ethnic Profiling?	3
1. Begriffsverwendung	3
2. Gesellschaftspolitische Relevanz	4
a. Ursachen	4
b. Empirische Erfassung	4
c. Auswirkungen und Folgen für die Betroffenen	5
B. Rechtlicher Rahmen	5
1. Art. 14 EMRK	6
2. Art. 8 Abs. 2 BV	7
C. Aktuelle Rechtsfälle	7
1. Basu gegen Deutschland	7
2. Muhammad gegen Spanien	7
3. Wa Baile gegen die Schweiz	8
III. Polizeikontrollen im Lichte der Diskriminierungsverbote	9
A. Untersuchungspflicht	9
1. Herleitung der Untersuchungspflicht	9

\* MLaw, Universität Bern, [milena.desa@gmail.com](mailto:milena.desa@gmail.com).  
Dieser Beitrag basiert auf der Masterarbeit der Autorin, eingereicht im Herbstsemester 2023 bei Prof. Dr. Judith Wyttenbach.

2. Anforderungen an die Untersuchungspflicht	10
a. Zulässigkeit und Schutzbereich des Art. 8 EMRK	10
b. Wirksamkeit und Unabhängigkeit	10
c. Kritische Würdigung	11
B. Beweislastumkehr bei Vermutung einer Diskriminierung	12
1. Bisherige Rechtsprechung	12
2. Aktuelle Rechtsfälle	13
3. Zwischenergebnis	14
C. Materielle Voraussetzungen für rechtmässige Polizeikontrollen	15
1. Auswahlkriterien	15
2. Diskriminierungsabsicht	16
a. Aktuelle Rechtsfälle	17
b. Lehrmeinungen und internationale Empfehlungen	17
c. Systematischer Zusammenhang	18
IV. Fazit	19

## I. Einleitung

Racial Profiling<sup>1</sup> wird 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»<sup>2</sup> definiert. Diese polizeiliche Kontroll- und Anhaltepraxis ist in jüngerer Zeit verstärkt in den Mittelpunkt öffentlicher Diskussionen geraten. Stimmen aus der Wissenschaft, zivilgesellschaftlichen Bewegungen und NGOs, die sich gegen Rassismus einsetzen,

<sup>1</sup> Zu den Begriffen und der vorliegend gewählten Schreibweise siehe Kapitel II.A.1.

<sup>2</sup> European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), [Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung in der Polizeiarbeit](#), CRI(2007)39, Strassburg 2007, Ziff. 1.

üben Kritik daran. Zahlreiche europäische und internationale Organisationen haben Racial und Ethnic Profiling als diskriminierend verurteilt und die Staaten aufgefordert, Massnahmen dagegen zu ergreifen. Dennoch zeigt eine Fülle von Studien und Berichten, dass dieses Phänomen in ganz Europa nach wie vor weit verbreitet ist.<sup>3</sup>

Im Sommer 2020 lenkte die «Black Lives Matter»-Bewegung die Aufmerksamkeit auf die Problematik.<sup>4</sup> Trotz des darauffolgenden zivilgesellschaftlichen Drucks auf rassistische Polizeipraktiken stagnierte die Auseinandersetzung in den Rechtswissenschaften. Entgegen dieser Tendenz kommt es durch zahlreiche Prozesse vor nationalen Gerichten und dem EGMR nun zu einer aktuellen Befassung mit der Thematik. Zunächst beschäftigte sich der EGMR 2022 in zwei Fällen<sup>5</sup> erstmals mit dem Vorwurf des Racial und Ethnic Profiling bei polizeilichen<sup>6</sup> Personenkontrollen<sup>7</sup>. Bereits zuvor hatte sich der Gerichtshof mit Racial und Ethnic Profiling auseinandergesetzt.<sup>8</sup> Doch Identitätskontrollen werfen besondere Fragen auf: Die Polizei hat bei der Auswahl der anzuhaltenden Personen einen grossen Ermessens-

<sup>3</sup> Z. B. Commissioner for Human Rights, [Ethnic profiling, a persisting practice in Europe](#), Strassburg 2019; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), [Being Black in the EU, Experiences of people of African descent, EU survey on Immigrants and Descendants of Immigrants](#), Wien 2023.

<sup>4</sup> Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB), [Rassistische Diskriminierung in der Schweiz](#), Bern 2021, S. 117.

<sup>5</sup> Urteil des EGMR vom 18. Oktober 2022, [Basu gegen Deutschland](#), 215/19 (Nichtamtliche Übersetzung des Bundesministeriums der Justiz); Urteil des EGMR vom 18. Oktober 2022, [Muhammad gegen Spanien](#), 34085/17, auch in: Newsletter Menschenrechte 2022/5.

<sup>6</sup> Das Interesse liegt auf Racial und Ethnic Profiling bei der *Polizeiarbeit*, nicht auf rassistischer *Polizeigewalt*.

<sup>7</sup> «Personenkontrolle» wird als Synonym für die Zwangsmassnahme der «polizeilichen Anhaltung» (Art. 215 StPO) verwendet.

<sup>8</sup> Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2005, [Timishev gegen Russland](#), 55762/00 und 55974/00.

spielraum. Mit Interesse hat die Fachwelt daher die Klärung der Verpflichtungen der Staaten in dieser Hinsicht gemäss der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>9</sup> erwartet. Die Urteile wurden unterschiedlich aufgefasst: Fachpersonen, Richter und Interessengruppen bezeichnen sie als «richtungsweisend»<sup>10</sup> bis hin zu «enttäuschend»<sup>11</sup>.

Das aktuellste Urteil *Wa Baile* gegen die Schweiz<sup>12</sup> erschien Anfang 2024. Es klärt einige der in den zuvor ergangenen Urteilen offengelassenen Fragen an der Schnittstelle zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht. Gleichzeitig geht es in Sachen Diskriminierungsschutz deutlich weiter und stösst damit wichtige rechtliche Entwicklungen an. Klar ist, dass das Thema Gerichte und Behörden in letzter Zeit wieder vermehrt beschäftigt hat und es ist anzunehmen, dass sich dies aufgrund der neuen EGMR-Rechtsprechung auch in Zukunft nicht ändern wird.

Konkret sollen daher in Bezug auf das Verfahrensrecht im vorliegenden Beitrag folgende Fragen beantwortet werden: Was sind die menschenrechtlichen Anforderungen an die staatliche Untersuchung in Racial und Ethnic Profiling-Fällen (III.A.)? Was für Beweisregeln sind in diesen Fällen vor der Strassburger Instanz zur Anwendung gekommen (III.B.)? In materiell-rechtlicher

Hinsicht wird Klarheit darüber geschaffen, wann die Auswahl der zu kontrollierenden Person das Diskriminierungsverbot missachtet, konkret: Was sind (un-)zulässige Auswahlkriterien für Personenkontrollen (III.C.1.)? Schliesslich wird beantwortet, ob eine Diskriminierungsabsicht materielle Voraussetzung für die Bejahung einer rassistischen Diskriminierung ist (III.C.2.).

## II. Begriffliche und rechtliche Grundlagen

Die rechtlichen und tatsächlichen Herausforderungen bei Racial und Ethnic Profiling sind nicht zuletzt dem oftmals fehlenden Begriffsverständnis geschuldet (A.). Erst basierend auf einem gemeinsamen Verständnis für das Phänomen lassen sich die relevanten rechtlichen Grundlagen darlegen (B.) und wichtige Rechtsprechung zur Konkretisierung der Rechtsnormen vorstellen (C.).

### A. Was ist Racial und Ethnic Profiling?

#### 1. Begriffsverwendung

Der Fachbegriff «Racial Profiling» hat seinen Ursprung in Nordamerika, wo er eingeführt wurde, um auf die Kontrollen von Schwarzen durch die Polizei aufmerksam zu machen.<sup>13</sup> Infolge dieses Entstehungskontextes gibt es einige Herausforderungen, die mit der Bezeichnung einhergehen.

«Racial Profiling» kann den Anschein erwecken, dass ethnische und religiöse Merkmale nicht in die Problemanalyse miteinbezogen werden. Verschiedene Publikationen verwenden daher den Ausdruck «Ethnic

<sup>9</sup> Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101).

<sup>10</sup> Urteil *Basu*, Teilweise abweichende Meinung Richter Pavli § 1; BARSKANMAZ CENGİZ, [Ein Sieg gegen Racial Profiling? Der Fall Basu v. Germany vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte](#), in: *Verfassungsblog* 2022.

<sup>11</sup> BARSKANMAZ (Fn. 10) zum Urteil *Muhammad*; RINGELHEIM JULIE, *Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: Why the first European Court of Human Rights' judgments on racial profiling in identity checks are disappointing*, in: *EJIL:Talk!* 2023 zu beiden Urteilen.

<sup>12</sup> Urteil des EGMR vom 20. Februar 2024, *Wa Baile gegen die Schweiz*, 43868/18 und 25883/21.

<sup>13</sup> Kollaborative Forschungsgruppe Racial Profiling, *Racial Profiling, Erfahrung, Wirkung, Widerstand*, Berlin/Bern 2019, S. 171.

Profiling»<sup>14</sup> oder fassen beide Termini als «Racial und Ethnic Profiling»<sup>15</sup> zusammen. Im Folgenden wird die kombinierte Form in der Schreibweise «Racial und Ethnic Profiling» verwendet.

Die Übertragung in die deutsche Sprache stellt eine weitere Herausforderung der Begrifflichkeit dar: Die Übersetzung des Adjektivs «racial» ist «rassisch». In Europa hat dieses Adjektiv aber keine sachliche Bedeutung, sondern wird als Element von rassistischen Ideologien aufgefasst.<sup>16</sup> Passender ist daher der Ausdruck «rassistisch».<sup>17</sup> «Racial Profiling» kann deshalb z.B. mit «rassistisches Profiling»<sup>18</sup> oder «rassistische Fahndungsmuster»<sup>19</sup> übersetzt werden. Zwar sind die Termini «racial» und «race» bzw. «Rasse» im europäischen und insbesondere im deutschsprachigen Raum aus historischen Gründen (Nationalsozialismus) verpönt. Im englischsprachigen Raum, vor allem in den USA, wird der Begriff «race» jedoch nicht vermieden und als sozial konstruierte Kategorie (Rassifizierung<sup>20</sup>), verstanden.<sup>21</sup> Vor allem aber ist «race» oder «Rasse» in internationalen Verträgen als Rechtsbegriff etabliert und deshalb in den Rechtsnormen der meisten Länder – so auch in der Schweiz in [Art. 8 Abs. 2 BV](#) und [Art. 261<sup>bis</sup> StGB](#) – zu finden.

<sup>14</sup> FRA, [Diskriminierendes «Ethnic Profiling» erkennen und vermeiden, ein Handbuch für eine effektive Polizeiarbeit](#), Luxemburg 2010.

<sup>15</sup> Z.B. WYTENBACH JUDITH/KÜNZLI JÖRG/BRAUN ELLANE, [Vermeidung von Racial und Ethnic Profiling bei Personenkontrollen](#), in: format magazine 2019/9, S. 95 ff.; Kollaborative Forschungsgruppe Racial Profiling (Fn. 13).

<sup>16</sup> HUMANRIGHTS.CH, [Racial Profiling, Definitionen und Rechtsgrundlagen](#), Bern 2024.

<sup>17</sup> HUMANRIGHTS.CH (Fn. 16).

<sup>18</sup> HUMANRIGHTS.CH (Fn. 16).

<sup>19</sup> Kollaborative Forschungsgruppe Racial Profiling (Fn. 13), S. 172.

<sup>20</sup> Rassifizierung bezeichnet «den Prozess, der Menschen nach tatsächlichen oder zugeschriebenen Merkmalen kategorisiert, stereotypisiert und sie aufgrund dieser Merkmale hierarchisiert» (FRB (Fn. 4), S. 11).

<sup>21</sup> Zum Ganzen FRB (Fn. 4), S. 11.

## 2. Gesellschaftspolitische Relevanz

Neben der eigentlichen Begriffsdefinition spielen die Ursachen (a.), das Vorkommen (b.) und mögliche Auswirkungen von Racial und Ethnic Profiling eine bedeutende Rolle (c.).

### a. Ursachen

Racial und Ethnic Profiling hat verschiedene Ursachen. Auf individueller Ebene kann es durch explizite Absicht zur Diskriminierung bzw. Benachteiligung entstehen. Studien zeigen weiter, dass bewusste oder unbewusste Vorurteile zu Personenkontrollen bestimmter Gruppen führen, basierend auf unreflektierten gesellschaftlichen Stereotypen.<sup>22</sup>

Jedoch liegen die Ursachen nicht nur auf individueller, sondern auch auf institutioneller Ebene. Rassistisches Profiling kann auftreten, wenn auf höherer Organisationsebene explizite Anweisungen wie Dienstbefehle erlassen werden. Diese können festlegen, dass an bestimmten Orten wie etwa Drogenumschlagplätzen gezielt nach bestimmten Gruppen gesucht werden soll.<sup>23</sup> Das Profiling ist auch dann als institutionell zu verorten, wenn die Polizei nicht ausreichend Massnahmen ergreift, um rassistisches Profiling zu verhindern. Zudem können vorhandene rassistische Stereotypen innerhalb einer Polizeieinheit auch durch informelle Kommunikation gestärkt und verfestigt werden.<sup>24</sup>

### b. Empirische Erfassung

Obwohl die Existenz solch rassistischer Praxen mittlerweile wohlbekannt ist, sind offizielle Zahlen zur Verbreitung von Racial

<sup>22</sup> Vgl. zum Ganzen HUMANRIGHTS.CH (Fn. 16).

<sup>23</sup> FRA (Fn. 14), S. 13.

<sup>24</sup> Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), [Personenkontrollen durch die Stadtpolizei Zürich, Standards und Good Practices zur Vermeidung von racial und ethnic profiling](#), Bern 2017, S. 8 f.

und Ethnic Profiling knapp.<sup>25</sup> Dies liegt zum einen daran, dass es in der Schweiz an Aufsichtssystemen und statistischen Erhebungen mangelt. Eine im Oktober 2023 veröffentlichte Studie der FRA<sup>26</sup> untersuchte Schwarze Personen in mehreren EU-Mitgliedstaaten zu ihren Erfahrungen mit der Polizei: Etwa ein Viertel der Befragten (26 %) wurde innerhalb der letzten fünf Jahre von der Polizei kontrolliert, wobei fast die Hälfte (48 %) Racial und Ethnic Profiling als Grund für die Anhaltung vermutete. 12 % wurden im Jahr vor der Erhebung von der Polizei angehalten, wobei 58 % glaubten, aufgrund ihres Migrationshintergrunds oder ihrer ethnischen Zugehörigkeit ausgewählt worden zu sein. In Deutschland war diese Quote mit 69 % am höchsten.<sup>27</sup>

Die Prävalenz der Polizeikontrollen war bei Männern deutlich höher als bei Frauen (38 % gegenüber 13 %), und jüngere Personen wurden häufiger angehalten als ältere. Auch Personen, die sich als lesbisch, schwul, bisexuell, transgender oder intersexuell identifizieren, wurden von der Polizei häufiger angehalten.<sup>28</sup>

### c. Auswirkungen und Folgen für die Betroffenen

Zwar ist in der Schweiz wenig über das Ausmass von Racial und Ethnic Profiling bekannt, aber eine qualitative sozialwissenschaftliche Studie<sup>29</sup> hat die Auswirkungen regelmässiger Kontrollen und Durchsuchungen auf (rassifizierte) Menschen untersucht: Diese haben nicht nur kurzfristige

Folgen wie Gefühle der Ohnmacht und Demütigung, sondern auch langfristig negative Auswirkungen wie Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, Angst vor Polizistinnen und Polizisten und sozialer Rückzug. Personen, die diskriminierenden Massnahmen ausgesetzt sind, haben ferner weniger Vertrauen in die Polizei und die Justiz, was die Effizienz der Polizeiarbeit beeinträchtigen kann, da die Bereitschaft zur Zusammenarbeit sinkt.<sup>30</sup>

Die negativen Auswirkungen von Polizeimassnahmen, die auf Ungleichbehandlung beruhen, beschränken sich nicht nur auf die unmittelbar Betroffenen, sondern erfassen potenziell alle, die ähnliche Merkmale teilen. Bestimmte Bevölkerungsgruppen werden stigmatisiert und als «illegale Migrantinnen und Migranten», potenzielle «Terroristinnen und Terroristen» und «Kriminelle» abgestempelt, was gesamtgesellschaftlich fremdenfeindliche Vorurteile verstärken kann.<sup>31</sup>

## B. Rechtlicher Rahmen

Angesichts der Ursachen und Auswirkungen von Racial und Ethnic Profiling fragt sich, wie das Recht diese Problematik erfasst. Im Schweizer- und Völkerrecht wird Racial und Ethnic Profiling nicht erwähnt oder explizit verboten. Polizeiliche Massnahmen, die darauf basieren, stellen jedoch regelmässig Eingriffe in Freiheitsrechte dar. Besonders problematisch ist rassistisches Profiling im Kontext nationaler und völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote.<sup>32</sup> Das Recht auf Nichtdiskriminierung ist in verschiedenen internationalen Verträgen verankert, darunter im Internationalen Pakt über bürgerliche

<sup>25</sup> SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, *Zehnter, elfter und zwölfter periodischer Bericht der Schweiz an den UNO-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung gemäss Artikel 9 des Internationalen Übereinkommens von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*, Bern 2018, N 77.

<sup>26</sup> FRA (Fn. 3).

<sup>27</sup> FRA (Fn. 3), S. 77.

<sup>28</sup> FRA (Fn. 3), S. 73.

<sup>29</sup> PLÜMECKE TINO/WILOPO CLAUDIA S./NAGUIB TAREK, *Effects of racial profiling, The subjectivation of discriminatory police practices*, in: *Ethnic and Racial Studies* 2023/46, S. 811 ff.

<sup>30</sup> PLÜMECKE/WILOPO/NAGUIB (Fn. 29), S. 811; FRA (Fn. 3), S. 71; ECRI, *Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11, Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung in der Polizeiarbeit*, CRI(2007)39, Strassburg 2007 § 34.

<sup>31</sup> MOECKLI DANIEL, *Völkerrechtliche Grenzen des racial profiling*, in: *Jusletter* 18. September 2017, Rz. 20.

<sup>32</sup> MOECKLI (Fn. 31), Rz. 6; SKMR (Fn. 24), S. 9.

und politische Rechte ([UNO-Pakt II](#))<sup>33</sup>, im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung ([ICERD](#))<sup>34</sup> und in der Europäischen Menschenrechtskonvention ([EMRK](#)). Auf Bundesebene macht [Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung \(BV\)](#) (indirekt) Vorgaben zu zulässigen Personenkontrollen. Die genannten Bestimmungen<sup>35</sup> gelten – in unterschiedlicher Verbindlichkeit – für alle polizeilichen Akteure und verpflichten den Staat dazu, diskriminierende Personenkontrollen zu unterlassen.<sup>36</sup> Mehrere internationale und europäische Menschenrechtsorgane haben zudem in Dokumenten des internationalen Soft Law<sup>37</sup> erklärt, dass Racial und Ethnic Profiling gegen das Recht auf Nichtdiskriminierung verstösst.

## 1. Art. 14 EMRK

Auf europäischer Ebene spielt das Diskriminierungsverbot gemäss [Art. 14 EMRK](#) eine zentrale Rolle. Verletzungen können vor dem EGMR gerügt werden, dessen Entscheide für die Mitgliedstaaten des Europa-

rates bindend sind: Bei Feststellung einer Konventionsverletzung muss der betreffende Staat die erforderlichen Massnahmen treffen, damit sich die Verletzung dieser Art nicht wiederholt.<sup>38</sup> [Art. 14 EMRK](#) ergänzt<sup>39</sup> die in der Konvention garantierten Grundrechte um das Gebot der Nichtdiskriminierung.<sup>40</sup> Diese Norm bezeichnet als verbotene Unterscheidungsmerkmale unter anderem die «Rasse», Hautfarbe, Religion, nationale Herkunft und die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit. Es wird unterschieden zwischen direkter und indirekter Diskriminierung. Racial und Ethnic Profiling stellt meist eine direkte Diskriminierung dar, kann aber auch indirekt sein, wenn eine neutrale Massnahme bestimmte ethnische oder religiöse Gruppen stärker als die übrige Bevölkerung betrifft.<sup>41</sup>

Nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund eines verpönten Merkmals verstösst gegen das Diskriminierungsverbot. Sie ist gerechtfertigt, wenn ein legitimes Ziel verfolgt wird und die Massnahme verhältnismässig ist, d.h., in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel steht. Der EGMR und andere Menschenrechtsorgane verlangen insbesondere bei Merkmalen wie «Rasse», Hautfarbe oder ethnischer Herkunft eine strenge Prüfung der Verhältnismässigkeit.<sup>42</sup> Die Verwendung dieser Merkmale als Kriterium für

<sup>33</sup> [Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966](#), in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2).

<sup>34</sup> [Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965](#), in Kraft getreten für die Schweiz am 29. Dezember 1994 (SR 0.104).

<sup>35</sup> Der Fokus liegt auf dem Diskriminierungsverbot nach [Art. 14 der EMRK](#), weil die untersuchten Rechtsfälle vom EGMR entschieden wurden. [Art. 8 Abs. 2 BV](#) ist relevant für den Fall [Wa Baile](#) und wird in diesem Kapitel in Bezug auf seine Hauptunterschiede zu [Art. 14 EMRK](#) behandelt.

<sup>36</sup> MOECKLI (Fn. 31), Rz. 7; SKMR (Fn. 24), S. 10.

<sup>37</sup> Soft Law bezeichnet Absichtserklärungen und Übereinkünfte, die zwar keine rechtlich bindenden Verpflichtungen darstellen, jedoch gewichtige faktische Auswirkungen auf die Entwicklung des völkerrechtlichen Gewohnheits- und Vertragsrechts haben. Siehe NAGUIB TAREK, [Mit Recht gegen Rassismus, Kritische Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Antirassismus am Beispiel der schweizerischen Strafnorm zur Rassendiskriminierung](#), in: *movements journal* 2016/1, S. 65 ff., S. 67.

<sup>38</sup> MEYER-LADEWIG JENS/BRUNOZZI KATHRIN, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan, *Handkommentar Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Aufl., Basel 2017, N 3 und 22 ff. zu Art. 46 EMRK.

<sup>39</sup> Es handelt sich um ein akzessorisches bzw. unselbständiges Diskriminierungsverbot, d.h. [Art. 14 EMRK](#) kommt nur zum Tragen, wenn ein anderes in der Konvention oder in den Zusatzprotokollen anerkanntes Recht berührt ist.

<sup>40</sup> Zum Ganzen VILLIGER MARK EUGEN/KOLLER ARNOLD, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 3. Aufl., Zürich 2020, N 865 zu § 28.

<sup>41</sup> SKMR (Fn. 24), S. 10.

<sup>42</sup> Zum Ganzen MOECKLI (Fn. 31), Rz. 13; GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016, N 16 ff. zu § 26.

polizeiliche Massnahmen scheitert in den meisten Fällen an der Verhältnismässigkeit.

## 2. Art. 8 Abs. 2 BV

Das Diskriminierungsverbot nach [Art. 8 Abs. 2 BV](#) ist ein eigenständiges Grundrecht, das im Gegensatz zu [Art. 14 EMRK](#) nicht nur in Verbindung mit anderen Grundrechten geltend gemacht werden kann.<sup>43</sup> Die verpönten Merkmale sind weitgehend identisch. Obwohl in [Art. 8 Abs. 2 BV](#) das Kriterium der Hautfarbe nicht ausdrücklich genannt wird, kann es unter «Rasse» subsumiert werden.<sup>44</sup> Ähnlich wie bei der Rechtsprechung zu [Art. 14 EMRK](#) muss auch im schweizerischen Recht geprüft werden, ob eine qualifizierte Rechtfertigung vorliegt. Das bedeutet, dass ein gewichtiges und legitimes öffentliches Interesse vorliegen und die Differenzierung zur Erreichung dieses Interesses geeignet, erforderlich und zumutbar sein muss. Wenn dies der Fall ist, wird der Verdacht auf Diskriminierung, der sich aus einer Benachteiligung von Personen mit verpöntem Merkmal ergibt, widerlegt.<sup>45</sup>

## C. Aktuelle Rechtsfälle

Ausgehend vom rechtlichen Rahmen werden im Folgenden drei Rechtsfälle hinsichtlich ihres Sachverhalts, der Prozessgeschichte und der ergangenen Urteile vorgestellt.

### 1. Basu gegen Deutschland

Im ersten Fall Basu gegen Deutschland behauptete ein deutscher Staatsangehöriger indischer Herkunft, dass die Polizei ihn aufgrund seiner Hautfarbe einer Identitätskon-

trolle unterzogen habe, als er 2012 mit seiner Tochter in einem Zug von Tschechien aus die deutsche Grenze passierte. Die Polizei rechtfertigte ihr Vorgehen damit, dass es sich um eine stichprobenartige Kontrolle handle.<sup>46</sup> Basu argumentierte vor Gericht, dass er und seine Tochter herausgegriffen wurden, weil sie die einzigen Fahrgäste mit dunkler Hautfarbe im Waggon gewesen seien, was eine Rassendiskriminierung darstelle. Vor dem EGMR rügte Basu weiter, dass die deutschen Verwaltungsgerichte sich geweigert hätten, seine Behauptungen zu untersuchen oder in der Sache zu prüfen. Diese hatten das Verfahren aus formalen Gründen eingestellt, weil der Beschwerdeführer kein berechtigtes Interesse daran habe, die Rechtmässigkeit der Identitätskontrolle anzufechten.<sup>47</sup>

Der EGMR entschied, dass eine Verletzung des Verbots der Diskriminierung ([Art. 14 EMRK](#)) i.V.m. dem Recht auf Achtung des Privatlebens ([Art. 8 EMRK](#)) vorliegt. Die staatlichen Behörden hätten versäumt festzustellen, ob die Kontrolle aufgrund der ethnischen Herkunft erfolgte. Da der Sachverhalt nicht erstellt sei, sah sich der EGMR nicht in der Lage, einen materiellen Entscheid zu treffen.<sup>48</sup>

### 2. Muhammad gegen Spanien

Im zweiten Fall Muhammad gegen Spanien hielt die Polizei 2013 einen pakistanischen Staatsbürger in Barcelona an, um seine Ausweispapiere zu überprüfen. Die Beamten gaben an, dass er sie im Vorbeigehen ausgelacht und respektlos beschimpft habe.<sup>49</sup> Muhammad bestritt dies und behauptete, er sei nur wegen seiner Hautfarbe angehalten worden. Er beschwerte sich über die angeblich diskriminierende Motivation der Polizisten und das Fehlen einer ausreichenden Un-

<sup>43</sup> WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015, N 58 zu Art. 8 BV.

<sup>44</sup> WALDMANN (Fn. 43), N 69 zu Art. 8 BV.

<sup>45</sup> Zum Ganzen WALDMANN (Fn. 43), N 87 zu Art. 8 BV.

<sup>46</sup> Urteil [Basu](#) § 2 ff.

<sup>47</sup> Urteil [Basu](#) § 17 f.

<sup>48</sup> Urteil [Basu](#) § 38 f.

<sup>49</sup> Urteil [Muhammad](#) § 1 ff.

tersuchung seiner Behauptung durch die spanischen Gerichte.<sup>50</sup>

Der EGMR entschied, dass keine Verletzung der Menschenrechtskonvention vorliegt. Er hielt fest, dass Muhammad in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Lage war, die Urteile der inländischen Gerichte anzufechten, die hinreichend begründet gewesen seien. Darüber hinaus sahen die Richterinnen und Richter keinen Grund, von der Schlussfolgerung der inländischen Gerichte abzuweichen, wonach sein Verhalten und nicht seine ethnische Zugehörigkeit die Polizeikontrolle verursacht hatte.<sup>51</sup>

### 3. Wa Baile gegen die Schweiz

Im dritten Fall wurde Mohamed Wa Baile im Februar 2015 im Hauptbahnhof Zürich auf dem Weg zur Arbeit von der Polizei kontrolliert, ohne dass ihm ein konkreter Grund genannt wurde. Als Schweizer Staatsbürger und Angehöriger einer sichtbaren Minderheit vermutete er Racial und Ethnic Profiling und verweigerte daher die Angabe seines Namens und das Vorzeigen seiner Identitätskarte. Dies führte zu einer Durchsuchung, bei der die Polizeibeamten seinen Ausweis fanden, woraufhin er gehen konnte. Er erhielt einen Strafbefehl in der Höhe von CHF 100.00 wegen Nichtbefolgung einer polizeilichen Anordnung und zusätzlich eine Gebühr von CHF 150.00.<sup>52</sup>

2016 bestätigte das Bezirksgericht Zürich den angefochtenen Strafbefehl. Es argumentierte, dass die Verweigerung einer polizeilichen Anordnung nur in absoluten Ausnahmesituationen akzeptabel sei.<sup>53</sup> Weiter sei es nicht in der Lage, zu bestätigen, dass der Polizeibeamte allein aufgrund der Hautfarbe gehandelt habe. Der Beamte habe vielmehr

überzeugend dargelegt, dass er Wa Baile wegen dessen verdächtigen Verhaltens wie dem Abwenden des Blicks<sup>54</sup> angehalten habe. Die Verurteilung wurde zunächst vom Obergericht des Kantons Zürich<sup>55</sup> und schliesslich vom Bundesgericht<sup>56</sup> bestätigt.

Parallel dazu reichte Wa Baile beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ein verwaltungsrechtliches Feststellungsbegehren ein. 2020 entschied das Gericht, dass die Personenkontrolle aufgrund mangelnder objektiver Anhaltspunkte rechtswidrig war, ohne jedoch die Frage nach Racial und Ethnic Profiling zu beantworten.<sup>57</sup> Auch dieses Urteil wurde ans Bundesgericht weitergezogen. Das höchste Schweizer Gericht trat jedoch nicht auf die Beschwerde ein.<sup>58</sup>

Daraufhin hat Wa Baile zweimal den EGMR angerufen, um eine Entscheidung darüber zu erwirken, ob die Kontrolle gegen das Verbot rassistischer Diskriminierung nach [Art. 14 EMRK](#) versties. Der Fall wurde vom EGMR als «Impact-Fall»<sup>59</sup> eingestuft. Anfang 2024 hat er die Schweiz in drei Punkten verurteilt: Die Verwaltungs- und Strafgerichte haben nicht genügend überprüft, ob Wa Baile diskriminiert worden sei, was eine verfahrensrechtliche Verletzung der [Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK](#) sei.<sup>60</sup> Der Gerichtshof geht davon aus, dass die Identitätskontrolle eine diskriminierende Behandlung darstellte und somit auch eine materielle Verletzung

<sup>50</sup> Urteil [Muhammad](#) § 42 ff.

<sup>51</sup> Urteil [Muhammad](#) § 69 ff.

<sup>52</sup> Urteil des Bezirksgerichts des Kantons Zürich [GC160218-1/U](#) vom 7. November 2016 E. 1 ff. S. 3 ff.

<sup>53</sup> Urteil des Bezirksgerichts [GC160218-1/U](#) E. 5.3 ff. S. 15 ff.

<sup>54</sup> Urteil des Bezirksgerichts [GC160218-1/U](#) E. 4.3.3 S. 14 f.

<sup>55</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich [SU160076-O/U/cwo](#) vom 25. August 2017.

<sup>56</sup> Urteil des Bundesgerichts [68\\_1174/2017](#) vom 7. März 2018.

<sup>57</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VB.2020.00014](#) vom 1. Oktober 2020 E. 5.7 ff. S. 22 ff.

<sup>58</sup> Urteil des Bundesgerichts [1C\\_702/2020](#) vom 23. Dezember 2020.

<sup>59</sup> Das sind Fälle, denen der Gerichtshof eine besondere Bedeutung für die Fortentwicklung des Menschenrechtsschutzes beimisst (HUMAN-RIGHTS.CH, [Wie überprüft der Europarat die Umsetzung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte?](#), Bern 2022).

<sup>60</sup> Urteil [Wa Baile](#) § 103.

der Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK vorliegt.<sup>61</sup> Der Beschwerdeführer hatte zudem keine wirksamen Rechtsmittel vor den innerstaatlichen Instanzen, um seine Beschwerde vorzubringen, was gegen das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gemäss Art. 13 EMRK verstösst.<sup>62</sup>

### III. Polizeikontrollen im Lichte der Diskriminierungsverbote

Es stellt sich nun die Frage, was für menschenrechtliche Anforderungen an Polizeikontrollen bestehen, um Racial und Ethnic Profiling zu verhindern. Dabei ist primär zwischen Zweierlei zu unterscheiden: Erstens gibt es Untersuchungsmassnahmen und -verfahren, um die Wahrung der Grundrechte sicherzustellen (A. und B.). Zweitens sind verschiedene materielle Voraussetzungen zu erfüllen, damit eine Polizeikontrolle rechtmässig ist (C.).

#### A. Untersuchungspflicht

Die Untersuchungspflicht hat einen generalpräventiven Zweck. Erstens soll die Pflicht den wirkungsvollen Vollzug der Gesetze sicherstellen und die Grundrechte schützen. Zweitens hat sie – bei Verletzungen durch staatliche Eingriffe – zu gewährleisten, dass die verantwortlichen Organe zur Verantwortung gezogen werden.<sup>63</sup>

#### 1. Herleitung der Untersuchungspflicht

Die Untersuchungspflicht der Staaten ist nicht als explizite Garantie in der EMRK verankert, sondern wurde vom EGMR in seiner Rechtsprechung aus verschiedenen materiellen Konventionsgarantien abgeleitet,<sup>64</sup> darunter insbesondere den Fundamen-

talgarantien (Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK und Folterverbot nach Art. 3 EMRK).<sup>65</sup> In Fällen rassistisch motivierter Gewalt hat der Gerichtshof Untersuchungs-pflichten aus der Verletzung dieser Fundamen-talgarantien in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) angenommen. Diskriminierungen aufgrund der «Rasse», die zu physischem oder psychi-schem Leid führen, sind ein Angriff auf die Menschenwürde und können als unmenschlich gemäss Art. 3 EMRK betrachtet wer-den, während der Tod einer Person auf-grund von Diskriminierung eine Verletzung des Art. 2 EMRK darstellt. Die Pflicht zur wirksamen Untersuchung in Zusammenhang mit den Fundamentalgarantien hat der EGMR mehrmals bestätigt.<sup>66</sup>

Untersuchungspflichten sind aber nicht nur im Kontext der Art. 2 EMRK und Art. 3 EMRK relevant: Der Gerichtshof hat die prozedurale Pflicht zur wirksamen Untersu-chung punktuell auch bei der Verletzung anderer Grundrechte (z. B. Art. 8 EMRK) angenommen.<sup>67</sup> Auch Racial und Ethnic Profiling-Vorfälle (ohne Gewaltanwendung) können unter gewissen Umständen in den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK (Recht auf Privatleben) fallen.<sup>68</sup>

---

Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz, Zürich 2019, S. 7.

<sup>65</sup> GRABENWARTER/PABEL (Fn. 42), N 12 zu § 19; STURM (Fn. 64), S. 32 f.

<sup>66</sup> Urteil des EGMR vom 24. Juli 2012, *B.S. gegen Spanien*, 47159/08 § 59; Urteil des EGMR vom 6. Juli 2005, *Nachova u.a. gegen Bulgarien*, 43577/98 und 43579/98 § 160 f.; m.w.H. STURM (Fn. 64), S. 31 f.

<sup>67</sup> Z.B. Urteil des EGMR vom 4. Dezember 2003, *M.C. gegen Bulgarien*, 39272/98; m.w.H. GRABENWARTER/PABEL (Fn. 42), N 12 zu § 19; STURM (Fn. 64), S. 34.

<sup>68</sup> Dies ist angesichts der akzessorischen Natur von Art. 14 EMRK (vgl. Kapitel II.B.) entscheidend: Eine Diskriminierung kann nur geltend gemacht werden, wenn der beanstandete Sachverhalt in den Anwendungsbereich eines anderen materiellen EMRK-Rechts fällt.

<sup>61</sup> Urteil *Wa Baile* § 136.

<sup>62</sup> Urteil *Wa Baile* § 148.

<sup>63</sup> Zum Ganzen GRABENWARTER/PABEL (Fn. 42), N 12 zu § 12.

<sup>64</sup> STURM EVELYNE, Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung, Menschenrechtliche

## 2. Anforderungen an die Untersuchungspflicht

Weil Racial und Ethnic-Profilung – wie dargestellt – in den Schutzbereich der [Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK](#) fallen kann und in diesem Zusammenhang staatliche Untersuchungspflichten greifen, beleuchten die nächsten Kapitel, welche Präzisierungen sich aus den neueren EGMR-Urteilen zu Racial und Ethnic Profiling ergeben.

### *a. Zulässigkeit und Schutzbereich des Art. 8 EMRK*

In der Rechtssache Basu gegen Deutschland prüfte der Gerichtshof vertieft die Zulässigkeit der Beschwerde, um festzustellen, ob der Fall überhaupt in den Anwendungsbeereich des [Art. 8 EMRK](#) fällt. Er erklärte, dass nicht jede Personenkontrolle bei Angehörigen einer ethnischen Minderheit automatisch einen Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens begründet, sondern dass hierfür besondere Umstände vorliegen müssen. Die Eingriffsschwelle wird erreicht, wenn die betroffene Person starke Indizien für rassistische Diskriminierung vorbringen kann, wie vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung seit dem Fall *Timishev* gegen Russland<sup>69</sup> betont. Eine solche Indizienwirkung liegt vor, wenn die beschwerdeführende Person glaubhaft machen kann, dass sie aufgrund bestimmter körperlicher oder ethnischer Merkmale ins Visier genommen wurde.<sup>70</sup>

Da der Kläger Basu plausibel behauptete, dass es keinen anderen Grund für seine Auswahl zur Kontrolle gab als seine Hautfarbe, hat der EGMR den Anwendungsbeereich des [Art. 8 EMRK](#) bejaht. Die Tatsache, dass in den polizeilichen Unterlagen keine weiteren objektiven Auswahlgründe vorlagen, verstärkte diesen Verdacht.<sup>71, 72</sup>

<sup>69</sup> Zum Ganzen Urteil *Timishev* § 56.

<sup>70</sup> Urteil *Basu* § 22 ff.

<sup>71</sup> Urteil *Basu* § 25 ff.

Die intensive Prüfung der Zulässigkeit und des Umfangs des Schutzbereichs des [Art. 8 EMRK](#) durch den Gerichtshof ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass Basu in allen deutschen Gerichtsverfahren bei der Frage der Zulässigkeit und der Eingriffsschwelle gescheitert ist. Die deutschen Verwaltungsgerichte hatten die Zulässigkeit seines Verfahrens nach deutschem Verwaltungsrecht verweigert, indem sie argumentierten, dass kein Grundrechtseingriff vorliege und es an einem berechtigten Feststellungsinteresse fehle.<sup>73</sup>

### *b. Wirksamkeit und Unabhängigkeit*

Der EGMR griff für die Beurteilung der drei hier analysierten Rechtsfälle auf seine bisherige Rechtsprechung zur Unabhängigkeit und Wirksamkeit von Untersuchungen zurück. Er wiederholt die etablierten Prinzipien, dass die mit der Durchführung betrauten Institutionen und Personen unabhängig von denjenigen sein müssen, gegen die sich die Untersuchung richtet, sowohl hierarchisch als auch praktisch.<sup>74</sup> In allen drei Urteilen kam der EGMR zum Schluss, dass alle angemessenen Massnahmen ergriffen werden müssen, um rassistische Motive zu untersuchen und Beweise zu sammeln. Zudem müssen die Entscheidungen vollständig begründet, unabhängig und objektiv sein, um Stigmatisierung zu verhindern und den Schutz vor Rassendiskriminierung in der Praxis zu gewährleisten.<sup>75</sup>

Der EGMR kritisierte die deutsche Untersuchung im Fall Basu nicht nur, weil die Verfahren aus formalen Gründen eingestellt

<sup>72</sup> Ähnlich argumentiert der EGMR auch in den Urteilen *Muhammad* § 49 ff. und *Wa Baile* § 71 und kommt in beiden Fällen ebenfalls zum Schluss, dass die Schwelle für eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens erreicht worden ist.

<sup>73</sup> Urteil *Basu* § 29 f.

<sup>74</sup> Urteil *Basu* § 33 f.; Urteil *Muhammad* § 7.

<sup>75</sup> Zum Ganzen Urteil *Basu* § 34 f.; Urteil *Muhammad* § 66; Urteil *Wa Baile* § 91 f.

wurden (Kapitel III.A.2.a.), sondern auch, weil er die Ermittlungen als nicht unabhängig ansah. Die übergeordnete Polizeibehörde führte interne Ermittlungen durch, was aufgrund der hierarchischen Struktur innerhalb der Polizeibehörden die Unabhängigkeit nicht gewährleistete.<sup>76</sup> Zudem hat der EGMR der deutschen Justiz vorgeworfen, trotz der Möglichkeit von Racial und Ethnic Profiling die notwendigen Beweise nicht erhoben zu haben und die Zeuginnen und Zeugen der Personenkontrolle, einschliesslich der Tochter des Beschwerdeführers, nicht vernommen zu haben.<sup>77</sup>

Anders war das Urteil im Fall Muhammad gegen Spanien, in dem der EGMR keine Verletzung der staatlichen Untersuchungspflichten feststellte. Zwar erläuterte der Gerichtshof auch hier zunächst, dass eine Verpflichtung zur Untersuchung der Frage des Rassismus bestand,<sup>78</sup> kam dann aber zum Schluss, die spanischen Behörden hätten dem Kläger Anfechtungsmöglichkeiten eingeräumt und ihre Entscheidungen ausreichend begründet. Es wurde festgestellt, dass kein Verstoss gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK vorliege, weder prozedural noch materiell.<sup>79</sup> Das Gremium war sich in diesem Aspekt jedoch uneinig, was durch eine knappe 4:3-Mehrheit und zwei Sondervoten offensichtlich wird: Die Richter Zünd<sup>80</sup> und Krenc<sup>81</sup> kritisierten die spanische Untersuchung und waren mit deren Bewertung durch ihre Kammer nicht einverstanden. Sie argumentierten, dass die staatlichen Behörden ihrer Ermittlungspflicht nicht nachgekommen seien und wichtige Beweise nicht berücksichtigt hätten. Dies führte zu einer «Aussage gegen Aussage»-Situation, bei der die spanischen Verwaltungsgerichte sich

ausschliesslich auf die Aussagen der Polizeibeamten stützten, ohne die vom Beschwerdeführer beantragten Zeugenanhörungen oder Beweise zu berücksichtigen. Letztendlich habe der Beschwerdeführer seine Behauptungen nicht belegen können, da diese Beweise nicht berücksichtigt wurden.<sup>82</sup>

Wiederum gutgeheissen wurde die Beschwerde im Urteil Wa Baile, in dem der Gerichtshof feststellte, dass Verfahrensrechte verletzt wurden. Insbesondere hätten weder das Schweizer Verwaltungs- noch die Strafgerichte effektiv und wirksam geprüft, ob bei der Kontrolle diskriminierende Gründe (vgl. Kapitel III.C.) eine Rolle gespielt haben, was eine Verletzung der Untersuchungspflicht (Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK) darstelle.<sup>83</sup> Weiter sei das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) verletzt, weil Wa Baile vor den Gerichten kein wirksames Rechtsmittel zur Verfügung gestanden habe.<sup>84</sup>

### c. Kritische Würdigung

Hinsichtlich der Untersuchungspflicht werfen die EGMR-Urteile Fragen zur künftigen Rechtspraxis und Politik auf, da sie in ähnlichen Fällen zu gegensätzlichen Schlüssen kommen. Das Urteil Basu gegen Deutschland ist aus menschenrechtlicher Sicht begrüssenswert, da es eine klare Botschaft sendet: Sobald Racial und Ethnic Profiling glaubhaft gemacht bzw. «vertretbar behauptet» wird, ist der Schutzbereich des Art. 8 EMRK betroffen. D.h. es besteht ein Feststellungsinteresse der beschwerdeführenden Person und es muss eine sorgfältige sowie wirksame Untersuchung eingeleitet werden.<sup>85</sup>

Des Weiteren kritisiert der EGMR in Basu gegen Deutschland und Wa Baile gegen die Schweiz die mangelhafte Untersuchung der

<sup>76</sup> Urteil Basu § 30.

<sup>77</sup> Urteil Basu § 36 f.

<sup>78</sup> Urteil Muhammad § 64 ff.

<sup>79</sup> Zum Ganzen Urteil Muhammad § 69 ff.

<sup>80</sup> Urteil Muhammad, Abweichende Meinung Richter Zünd § 1 ff.

<sup>81</sup> Urteil Muhammad, Abweichende Meinung Richter Krenc § 4 ff.

<sup>82</sup> Urteil Muhammad, Abweichende Meinung Richter Zünd § 4 ff.

<sup>83</sup> Urteil Wa Baile § 102 f.

<sup>84</sup> Urteil Wa Baile § 142.

<sup>85</sup> Urteil Basu § 25 ff.

Justiz und betont die Verpflichtung zur Durchführung einer wirksamen und unabhängigen Untersuchung,<sup>86</sup> was ebenfalls erfreulich ist. Der EGMR hatte diese Rechtsprechung beim Vorwurf rassistischer Gewalt, insbesondere Polizeigewalt<sup>87</sup>, entwickelt, und hat sie nun auf Racial und Ethnic Profiling-Vorfälle ausgeweitet. Positiv ist auch die Betonung der Notwendigkeit unabhängiger Ermittlungsinstanzen für polizeiliche Vergehen. Diese vom EGMR bestätigte Notwendigkeit unterstützt die Forderungen nach Ombudsstellen oder unabhängigen Gremien<sup>88</sup> und könnte Reformen anregen.<sup>89</sup> Die Einführung solcher Gremien und damit einhergehende Reformen sowie die Anforderungen daran werden seit langem und umfassend diskutiert.<sup>90</sup> Während der EGMR im Entscheid Basu in dieser Frage unkonkret bleibt,<sup>91</sup> geht er im Urteil Wa Baile weiter und äussert sich grundsätzlich dazu, ob die Institutionen in der Schweiz in der Lage sind, in solchen Fällen eine wirksame Beschwerde zu ermöglichen. Dabei erkennt der Gerichtshof grossen Handlungsbedarf.<sup>92</sup>

Im Gegensatz dazu ist das Urteil Muhammad gegen Spanien enttäuschend, da es trotz Unregelmässigkeiten bei den Ermittlungen eine ausreichende Untersuchung durch die spanischen Behörden annimmt.<sup>93</sup> Ein Richter und Kommentatorinnen und Kommentatoren zeigen Unverständnis über diesen

Entscheid und bezeichnen ihn als «verblüffend»<sup>94</sup>, «inkohärent»<sup>95</sup> oder sogar «kurios»<sup>96</sup>.

## B. Beweislastumkehr bei Vermutung einer Diskriminierung

Es besteht eine enge Verbindung zwischen der Pflicht, die notwendigen Schritte zur Klärung des Sachverhalts bei potenziellem Racial und Ethnic Profiling zu treffen, und beweisrechtlichen Fragen.<sup>97</sup> Aufgrund dieses Zusammenhangs soll in diesem Kapitel geklärt werden, wie die Beweisregeln in den Racial und Ethnic Profiling-Verfahren vor dem Gerichtshof zur Anwendung gekommen sind.<sup>98</sup>

Die Verteilung der Beweislast ist nicht durch die EMRK geregelt, sondern richtet sich nach dem Rechtsprechungsgrundsatz «affirmanti incumbit probatio», wonach die beschwerdeführende Partei die objektive Beweislast und das Risiko der Beweislosigkeit trägt. Der EGMR hat aber einige Vermutungen und richterliche Rückschlüsse entwickelt, um eine flexible Anwendung zu ermöglichen.<sup>99</sup> In Bezug auf die Untersuchungspflicht in Racial und Ethnic Profiling-Fällen steht die Beweisregel der «Beweislastumkehr bei Vermutung einer Diskriminierung» im Vordergrund.

### 1. Bisherige Rechtsprechung

Die Beweisführung ist besonders schwierig, wenn das Abstützen auf ein verpöntes Differenzierungsmerkmal nicht offensichtlich ist. In Zusammenhang mit Diskriminierung

<sup>86</sup> Urteil Basu § 33; Urteil Wa Baile § 93 ff.

<sup>87</sup> Vgl. Urteile Nachova u.a. § 160 f. und B.S. § 58.

<sup>88</sup> UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Allgemeine Empfehlung Nr. 36, Verhütung und Bekämpfung der Praxis des «Racial Profiling» durch Polizei- und andere Vollzugsbehörden, CERD/C/GC/36, Genf 2020, Ziff. 17 ff.; FRB (Fn. 4), S. 118.

<sup>89</sup> Zur Bindungswirkung der EMRK vgl. MEYER-LADEWIG/BRUNOZZI (Fn. 38), N 1 ff. zu Art. 46 EMRK.

<sup>90</sup> Vgl. zum Ganzen STURM (Fn. 64), S. 192 ff.

<sup>91</sup> Urteil Basu § 33.

<sup>92</sup> Urteil Wa Baile § 127 ff.

<sup>93</sup> Urteil Muhammad § 69 ff.

<sup>94</sup> RINGELHEIM (Fn. 11).

<sup>95</sup> BARSKANMAZ (Fn. 10).

<sup>96</sup> STAFFLER LUKAS/SUMMERS SARAH/FRIEND PATRICK, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2022, in: forumpoenale 2023/5, S. 381 ff., S. 391.

<sup>97</sup> STURM (Fn. 64), S. 71.

<sup>98</sup> Weil die untersuchten Fälle auf nationaler Ebene verwaltungsrechtlich beurteilt wurden, sind hier nur Beweisfragen im Verwaltungsverfahren von Interesse.

<sup>99</sup> Zum Ganzen STURM (Fn. 64), S. 73 ff.

gen hat der EGMR in verschiedenen früheren Fällen entschieden, dass eine Umkehr der Beweislast greift, wenn die beschwerdeführende Partei eine Ungleichbehandlung darlegen kann. Dann liegt es an der beklagten Behörde, plausibel zu erklären, dass es eine objektive und vernünftige Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung gibt.<sup>100</sup>

Der EGMR hat insbesondere in Fällen indirekter Diskriminierung entschieden, dass weniger strenge Beweisregeln gelten: Es genügt, wenn statistische Daten darauf hinweisen, dass eine Massnahme oder Praxis unverhältnismässig nachteilige Auswirkungen auf eine Gruppe hat, um von einer «starken Vermutung» indirekter Diskriminierung auszugehen.<sup>101</sup> Der EGMR hat auch festgestellt, dass die Beweislast beim Staat liegt, wenn die relevanten Informationen zum Fall «zur Gänze oder zum Grossteil ausschliesslich den Behörden bekannt sind».<sup>102</sup>

## 2. Aktuelle Rechtsfälle

Angesichts der bisherigen Rechtsprechung ist es interessant zu analysieren, wie der Gerichtshof in den dargelegten Racial und Ethnic Profiling-Fällen Fragen des Nachweises und der Beweisführung entschieden hat. In *Basu gegen Deutschland* hielt er fest, dass Basu vertretbar behaupten konnte, aufgrund körperlicher und ethnischer Merkmale ge-

zielt ausgewählt worden zu sein, da er und seine Tochter als einzige Personen in ihrem Teil des Zuges einer Personenkontrolle unterzogen wurden und der Polizeibeamte keinen anderen sachlichen Grund dafür nannte.<sup>103</sup> Der EGMR äusserte sich im weiteren Verlauf des Urteils nicht mehr zu Beweisfragen, sondern fokussierte auf die mangelhafte Untersuchung.

In *Muhammad gegen Spanien* wurde ebenfalls die Vertretbarkeit der Behauptung bejaht, dass Muhammad aufgrund körperlicher und ethnischer Merkmale für die Polizeikontrolle ausgesucht wurde.<sup>104</sup> Der EGMR wiederholte seine Rechtsprechung, dass die Beweislast erst auf den Staat übergehe, wenn die beschwerdeführende Partei nachweisen kann, dass eine ungleiche Behandlung stattgefunden habe.<sup>105</sup> Er stellte dazu fest, dass weder das Vorbringen des Beschwerdeführers noch die von NGO vorgelegten Studien, die Racial und Ethnic Profiling als polizeiliche Praxis in Spanien belegen, ausreichen, um eine Beweislastumkehr zu bejahen. Damit stimmte er mit den nationalen Gerichten darin überein, dass das Verhalten des Beschwerdeführers und nicht seine Identität der Grund für die Behandlung war, und stellte keinen Verstoss gegen die EMRK fest.<sup>106</sup>

Der vom EGMR in diesen beiden Urteilen gewählte Ansatz zur Klärung der Fragen des Nachweises von Racial und Ethnic Profiling sollte kritisch betrachtet werden, da von der beschwerdeführenden Partei mehr verlangt wird als die blosser Glaubhaftmachung des Vorliegens einer Diskriminierung. Der Gerichtshof erkannte in beiden Rechtsfällen an, dass die Antragsteller «vertretbar behauptet» haben, Racial und Ethnic Profiling ausgesetzt worden zu sein.<sup>107</sup> Zudem lagen dem EGMR Berichte vor, die auf die Häufigkeit

<sup>100</sup> VILLIGER/KOLLER (Fn. 40), N 867 zu § 28; vgl. auch Urteil des EGMR vom 13. November 2007, *D.H. u.a. gegen Tschechien*, 57325/00 § 177 und das Urteil *Timishev* § 57.

<sup>101</sup> Urteil *D.H. u.a.* § 185 ff. zitiert nach MOECKLI (Fn. 31), Rz. 23.

<sup>102</sup> Urteil *Nachova u.a.* § 147 und 157 und Urteil *D.H. u.a.* § 179 zitiert nach MOECKLI (Fn. 31), Rz. 24. Vgl. auch Urteil des EGMR vom 28. September 2015, *Bouyid gegen Belgien*, 23380/09 § 83, auch in: Newsletter Menschenrechte 2015/5. Zwar beziehen sich die Urteile *Nachova u.a.* und *Bouyid* auf polizeiliche Gewaltanwendung; es ist aber nicht ersichtlich, weshalb diese Rechtsprechung nicht auch bei Racial und Ethnic Profiling zur Anwendung kommen könnte.

<sup>103</sup> Urteil *Basu* § 26.

<sup>104</sup> Urteil *Muhammad* § 50 f.

<sup>105</sup> Urteil *Muhammad* § 94.

<sup>106</sup> Urteil *Muhammad* § 99 ff.

<sup>107</sup> Urteil *Basu* § 26; Urteil *Muhammad* § 50 f.

und den systematischen Charakter der Personenprofilierung durch die Polizei hinweisen. Dennoch lehnte die Mehrheit der Richterinnen und Richter ab, sich auf beide Elemente zu stützen, um eine Vermutung der Diskriminierung zu begründen.<sup>108</sup> Dies könnte daran liegen, dass Statistiken zur Verlagerung der Beweislast bisher nur in Fällen indirekter Diskriminierung akzeptiert wurden, während es hier um direkte Diskriminierung geht. Dieses Ergebnis erscheint paradox: Beschwerdeführende Parteien sind in Fällen indirekter Diskriminierung scheinbar besser geschützt. Auch Richter Pavli hält die Entscheidung der Kammer in dieser Hinsicht für nicht überzeugend, da es gerade «Funktion und Zweck von Regeln zur Beweislastverteilung [...] sei, dem Gericht zu ermöglichen, in Ermangelung vollständiger Gewissheit bezüglich des Sachverhalts [...] inhaltliche Schlussfolgerungen zu ziehen».<sup>109</sup> Hinzu kommt, dass Informationen über die Rechtfertigung von Identitätskontrollen in den Händen und in der Kenntnis des Staates liegen, da er für polizeiliche Anweisungen und Praktiken zuständig ist. Es sind staatliche Bedienstete, die die Entscheidung treffen, Personenkontrollen oder andere polizeiliche Massnahmen durchzuführen.<sup>110</sup> Gerade weil Racial und Ethnic Profiling das Ergebnis institutioneller Praktiken sein kann (vgl. Kapitel II.A.2.a.) wäre es für die Opfer kaum je möglich, die benötigten Beweise zu sammeln.<sup>111</sup> Ferner könnte dies auch eine starke Belastung darstellen.

Untypisch ist in diesem Zusammenhang der Entscheid in *Wa Baile* gegen die Schweiz, da

der EGMR hier erstmals in einem Racial und Ethnic Profiling-Fall eine Beweislastumkehr angenommen hat. Nach Ansicht des Gerichtshofs ist es in diesem Fall dem Beschwerdeführer gelungen, glaubhaft zu machen, dass er allein aus der Pendlermasse am Hauptbahnhof herausgegriffen wurde.<sup>112</sup> Basierend auf Studien und Publikationen, die über Racial und Ethnic Profiling durch die Polizei in der Schweiz berichten, stellte der EGMR fest, es gebe eine starke Vermutung, dass die Polizeikontrolle eine diskriminierende Handlung war. Es lag an den Schweizer Behörden zu beweisen, dass die Kontrolle nicht diskriminierend war, was ihnen nicht gelang (vgl. Kapitel III.C.1.). Aufgrund dieses Vorgangs kam der Gerichtshof zum Ergebnis, dass eine Diskriminierung vorliegt.<sup>113</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Es bleibt nun zu wünschen, dass gestützt auf den Entscheid *Wa Baile* auch in künftigen Fällen die Beweislastumkehr für die Opfer von Racial und Ethnic Profiling zur Anwendung kommt – und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine direkte oder indirekte Diskriminierung handelt. Die Grundsätze der Beweislastverteilung sind auch von der ECRI<sup>114</sup> anerkannt. In Zukunft müsste somit eine betroffene Person noch nachweisen, dass – anders als die übrigen Passantinnen und Passanten – nur sie aufgrund ihrer äusserlichen Erkennungsmerkmale kontrolliert wurde. Das zuständige Gericht müsste dann verlangen, dass die Polizei glaubwürdig und nachvollziehbar erklärt, warum es zu dieser Personenkontrolle kam. Sollte die Polizei diese Erklärung nicht liefern können, müsste von nun an davon ausgegangen werden, dass es sich um diskriminierendes Racial und Ethnic Profiling handelt.

<sup>108</sup> Urteil *Basu*, Teilweise abweichende Meinung Richter Pavli § 4; vgl. auch RINGELHEIM (Fn. 11) und STREICHER BEA, [Tackling racial profiling, reflections on recent case law of the European Court of Human Rights](#), in: Strassbourg Observers, 2022.

<sup>109</sup> Urteil *Basu*, Teilweise abweichende Meinung Richter Pavli § 8.

<sup>110</sup> STREICHER (Fn. 108).

<sup>111</sup> Urteil *Basu*, Teilweise abweichende Meinung Richter Pavli § 7 zitiert nach STREICHER (Fn. 108).

<sup>112</sup> Urteil *Wa Baile* § 102.

<sup>113</sup> Urteil *Wa Baile* § 135 f.

<sup>114</sup> ECRI, [Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 7, Über nationale Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung](#), CRI(2003)8, Strassburg 2002, Ziff. 11.

## C. Materielle Voraussetzungen für rechtmässige Polizeikontrollen

In Kapitel III.A. wurde aufgezeigt, dass sich der Gerichtshof weder in Basu gegen Deutschland noch in Muhammad gegen Spanien ernsthaft mit den Verdachtsmomenten für polizeiliche Anhaltungen auseinandergesetzt hat. In solchen Fällen kann aber immerhin die Beweislastumkehr greifen. Eine Umkehr der Beweislast allein reicht aber nicht aus, um den Ursprung einer Personenkontrolle zu untersuchen. Oft gibt die Polizei an, dass die überprüfte Person sich auffällig verhalten habe. Ob dies tatsächlich der Fall war oder ob es sich um eine vorgeschobene Behauptung handelt, kann auch durch eine Umkehr der Beweislast nicht beantwortet werden. Daher ist es ebenso wichtig, dass die genannten Gründe für Kontrollen ihrerseits einer Überprüfung unterzogen werden.

Genau dies hat der EGMR in *Wa Baile* gegen die Schweiz getan. Anhand dieses Falles werden daher Auswahlkriterien für Personenkontrollen besprochen. Zunächst wird untersucht, welche Kriterien gemäss den Diskriminierungsverboten für Personenkontrollen (un)zulässig sind (1.). Von besonderem Interesse ist die Frage nach der Notwendigkeit einer Diskriminierungsabsicht (2.).

### 1. Auswahlkriterien

Nach der Anhaltung von Mohamed Wa Baile notierte der für die Kontrolle verantwortliche Polizist, dass ihm eine «dunkelhäutige, männliche Person» aufgrund ihres Verhaltens verdächtig auffiel: Wa Baile wandte den Blick ab, als er den Polizeibeamten sah.<sup>115</sup> Der Polizeibericht führt die Kontrolle auf Wa Bailes Verhalten zurück, ent-

hält aber auch Informationen über seine dunkle Hautfarbe, was den Verdacht aufkommen lässt, dass diese das eigentliche oder entscheidende Kriterium für die Kontrolle war. Möglicherweise spielten auch sein relativ junges Alter und sein männliches Geschlecht eine Rolle.<sup>116</sup>

Da es sich dabei um verpönte Unterscheidungsmerkmale gemäss den Diskriminierungsverboten in [Art. 8 Abs. 2 BV](#) und [Art. 14 EMRK](#) handelt, dürfen diese nicht ohne guten Grund als alleinige oder entscheidende Kriterien für eine Personenkontrolle ausschlaggebend sein (vgl. Kapitel II.B.). Es drängt sich daher die Frage auf, ob das als verdächtig vorgebrachte Verhalten und die situativen Faktoren objektive Gründe<sup>117</sup> darstellen, die eine Identitätskontrolle rechtfertigen können. Das Bundesgericht bezeichnet beispielsweise die Ähnlichkeit mit einer gesuchten Person, die Anwesenheit in der Nähe eines Tatorts oder konkrete Verdachtsmomente hinsichtlich einer Straftat wie auffälliges Verhalten als ernsthafte triftige Gründe.<sup>118</sup>

Eine Polizeikontrolle kann Nervosität und Unbehagen verursachen, weshalb das Wegschauen bei der Sichtung von Polizei oder das Vermeiden von Polizistinnen und Polizisten normales menschliches Verhalten darstellen. Das Verhalten könnte zudem das Ergebnis früherer demütigender Erfahrungen mit diskriminierenden Kontrollen sein (vgl. Kapitel II.A.2.c.). Daher sollte das Wegschauen allein nicht als «auffällig» betrachtet werden und begründet daher keine Anhaltung.

<sup>115</sup> Stadtpolizei Zürich, [Polizeirapport betreffend Nichtbefolgens polizeilicher Anordnungen vom 26. Februar 2015](#); veröffentlicht auf HUMANRIGHTS.CH, [Rassistisches Profiling, Der Gerichtsfall «Wa Baile»](#), Bern 2024.

<sup>116</sup> Ähnlich wurde auch in der [Beschwerde in Strafsachen vom 3. Mai 2018](#) (N 46 ff.) an das Bundesgericht argumentiert; veröffentlicht auf HUMANRIGHTS.CH (Fn. 115).

<sup>117</sup> Diese Rechtfertigung bzw. die Gründe gehen über das Erfordernis eines vagen Tatverdachts hinaus, der gemäss [Art. 215 StPO](#) notwendig ist, um eine Person anzuhalten (SKMR (Fn. 24), S. 12 ff.).

<sup>118</sup> [BGE 136 I 87](#) E. 5.2 S. 101; [109 Ia 146](#) E. 4b S. 149; vgl. SKMR (Fn. 24), S. 20.

Entgegen dieser Einschätzung argumentierte das Obergericht des Kantons Zürich, dass in belebten Bahnhofsumgebungen eine erhöhte Kriminalität zu erwarten sei. Dies mache eine Polizeikontrolle aufgrund der Hautfarbe zulässig, weil «weitere situative Faktoren» hinzukämen. Aus der Perspektive der Menschenrechte ist diese Ansicht nicht haltbar: Sie eröffnet die Möglichkeit für willkürliche Kontrollen unter einem scheinbar berechtigten Vorwand. Es darf nicht genügen, dass neben der Hautfarbe vermeintlich auffälliges Verhalten wie «Alleinreisen», «Reisen mit Gepäck», «schnelles Gehen» oder «längeres Sitzen auf einer Parkbank» als Grundlage für eine Anhaltung herangezogen werden können. Die Frage müsste vielmehr lauten: Würde dieselbe Kontrolle auch bei einer als weiss wahrgenommenen Person durchgeführt werden?<sup>119</sup> Wenn bestimmtes Verhalten bei dunkelhäutigen Personen als verdächtig eingestuft wird, während dasselbe Verhalten bei hellhäutigen als normal betrachtet wird, liegt der Verdacht auf rassistische Diskriminierung nahe.<sup>120</sup>

Auch ist die Eignung von Racial und Ethnic Profiling zur Verbrechensbekämpfung – sogar an Orten wie Drogenumschlagplätzen – nicht erwiesen. Die Verwendung solcher Profile erscheint zwar intuitiv sinnvoll und bequem, führt aber oft zu einer fehlerhaften Verteilung der Polizeiresourcen: Weil der Fokus auf einer Gruppe liegt, die mit Straftaten in Verbindung gebracht wird, fallen andere aus dem Fahndungsraster heraus und werden entsprechend nicht oder weniger kontrolliert. Nicht zuletzt lassen sich solche prädikativen Personenprofile leicht umgehen.<sup>121</sup>

Was also grundsätzlich keine neue Erkenntnis ist,<sup>122</sup> hat der EGMR nun in seinem Ur-

teil anerkannt: Anders als die Schweizer Instanzen folgt er nicht länger dem Argument der Polizei. Stattdessen kommt er zum Ergebnis, dass das Aussehen einer Person in Kombination mit alltäglichen Verhaltensweisen und delinquenten Örtlichkeiten nicht genügt, um einen Anfangsverdacht zu begründen.<sup>123</sup>

Dass der Gerichtshof eine Diskriminierung von Mohamed Wa Baile bejahte,<sup>124</sup> ist angesichts der Prozessgeschichte vor den Schweizer Gerichten entscheidend. So hatte das Verwaltungsgericht zwar noch festgestellt, dass die Kontrolle objektiv nicht gerechtfertigt und folglich rechtswidrig war, ohne aber auf die Rüge der rassistischen Diskriminierung sowie Racial und Ethnic Profiling einzugehen.<sup>125</sup> Es zeigt sich nun, dass ein solches Vorgehen nicht genügt und innerstaatliche Verwaltungsgerichte in korrekter Anwendung ihrer Untersuchungspflicht inhaltlich das Diskriminierungsverbot prüfen müssen, sobald eine Andersbehandlung «vertretbar behauptet» wird (vgl. Kapitel III.A.2.a.).

## 2. Diskriminierungsabsicht

Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR und die Urteile der Schweizer Gerichte im Fall Wa Baile werfen schliesslich eine weitere Frage auf: Ist eine Absicht zur Diskriminierung eine notwendige Voraussetzung für die Feststellung rassistischer Diskriminierung gemäss [Art. 14 EMRK](#) bzw. [Art. 8 Abs. 2 BV](#)? Anders ausgedrückt: Was genau verbieten die Diskriminierungsnormen?

---

die Realisierung einer City Card Bern, Bern 2020, S. 60.

<sup>123</sup> Urteil *Wa Baile* § 134 ff.

<sup>124</sup> Urteil *Wa Baile* § 134 ff.

<sup>125</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts [VB.2020.00014](#) E. 5.7.2 f. S. 23. Das Gericht argumentierte, dass die Unrechtmässigkeit der Anhaltung bereits festgestellt worden sei und daher keine Prüfung der Menschenrechtsverletzung erforderlich sei – obwohl das Verhalten von Wa Baile als unverdächtig angesehen wurde und Racial und Ethnic Profiling nahelag.

<sup>119</sup> HUMANRIGHTS.CH (Fn. 16).

<sup>120</sup> WYTENBACH/KÜENZLI/BRAUN (Fn. 15), S. 97.

<sup>121</sup> MOECKLI (Fn. 31), Rz. 17.

<sup>122</sup> Vgl. auch SKMR (Fn. 24), S. 3; SCHILLIGER SARAH/BÜCHLER ALEXANDRA/WEBER FLORIAN, [Vorstudie City Card Bern, Grundlagen für](#)

### a. Aktuelle Rechtsfälle

Im Urteil Basu gegen Deutschland hat sich der EGMR nicht mit einer materiell-rechtlichen Verletzung befasst, aber die Kammer erwähnt, dass es entscheidend sei, ob der Personenkontrolle eine «rassistische Motivation» zugrunde lag.<sup>126</sup> Im Entscheid Muhammad gegen Spanien wurde eine materiell-rechtliche Verletzung geprüft und verneint, wobei sich der Gerichtshof die Frage stellte, ob die Beamten durch «Feindseligkeit gegenüber Bürgern derselben ethnischen Zugehörigkeit wie der des Beschwerdeführers motiviert» gewesen seien.<sup>127</sup> Die Kammern betonen somit besonders die subjektive Einstellung des individuellen Polizisten oder der Polizistin und suggerieren damit das Erfordernis einer Diskriminierungsabsicht. Eine andere Ansicht vertritt Richter Pavli in seinem Sondervotum, indem er darauf hinwies, dass «Diskriminierung [...] nicht unbedingt durch die individuelle und bewusste Haltung oder Feindseligkeit eines Polizeibeamten gegenüber einer bestimmten 'rassischen' oder ethnischen Gruppe bedingt sein [muss]; sie kann auch das Ergebnis vor-eingenommener (oder zumindest permissiver) interner polizeilicher Richtlinien, Praktiken oder Haltungen sein, unabhängig davon, ob diese in formalisierter Form vorliegen oder lediglich durch die Hierarchie toleriert werden».<sup>128</sup>

Auch im Fall Wa Baile wurde die Absicht zur Diskriminierung von den Schweizer Gerichten thematisiert und verneint. In diesem Verfahren rechtfertigte der Polizeibeamte die Kontrolle mit dem Verhalten des Kontrollierten (vgl. Kapitel III.C.1.). Die dunkle Hautfarbe spielte vermutlich eine entscheidende Rolle, jedoch wiesen die Aussagen des Beamten und die Beweismittel auf keine herabwürdigende Absicht und keinen offenen Rassismus hin. Sowohl das erstinstanzli-

che Gericht als auch das Obergericht kamen zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die Kontrolle «offensichtlich schikanös oder diskriminierender Natur gewesen wäre».<sup>129</sup>

### b. Lehrmeinungen und internationale Empfehlungen

Wie der EGMR und die Schweizer Gerichte betont auch der Rechtswissenschaftler und ehemalige Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt, MARKUS MOHLER, dass die subjektive Seite bei der Beurteilung von Diskriminierung einbezogen werden sollte. Er definiert Racial und Ethnic Profiling wie folgt: «Diskriminierend sind [...] Personenkontrollen, wenn die Kontrollierenden durch ihre innere Haltung oder auch unbewusste Vorurteile eine Person allein aus Gründen ihrer (vermeintlichen) «Andersartigkeit» als minderwertig betrachten und/oder ausgrenzen wollen, mithin die negative Haltung Kontrollmotiv ist, die polizeilichen Gründe (selbst durch eine innere Selbsttäuschung) nur vorgeschoben sind oder es dem Anfangsverdacht auf eine Rechtswidrigkeit an Plausibilität mangel».<sup>130</sup>

Das Element der abfälligen oder abwertenden Einschätzung gilt demnach als entscheidend für die Annahme einer diskriminierenden Personenkontrolle,<sup>131</sup> unabhängig davon, ob dies bewusst oder unbewusst geschieht. Ein fehlender Tatverdacht kann dabei ein Indiz für eine bewusste negative Einstellung oder unbewusste Vorurteile sein.<sup>132</sup>

Diesem Verständnis von Racial und Ethnic Profiling ist aus folgenden Gründen zu widersprechen: Obwohl das Vorhandensein unbewusster rassistischer Vorurteile anerkannt wird, wirft MOHLERS Definition in

<sup>126</sup> Urteil Basu § 36.

<sup>127</sup> Urteil Muhammad § 100 f.

<sup>128</sup> Urteil Basu, Teilweise abweichende Meinung Richter Pavli § 7.

<sup>129</sup> Urteil des Obergerichts [SU160076-O/U/cwo](#) E. 3.4 S. 12.

<sup>130</sup> MOHLER MARKUS, Diskriminierende Personenkontrollen, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorgaben – Rechtslage und Praxis, in: Jusletter 6. März 2017, Rz. 54.

<sup>131</sup> MOHLER (Fn. 130), Rz. 15.

<sup>132</sup> MOHLER (Fn. 130), Rz. 54

praktischer und theoretischer Hinsicht Fragen auf: Bereits die Feststellung einer diskriminierenden Absicht kann vor Gericht herausfordernd sein, selbst wenn sie der kontrollierenden Person bewusst ist; sie kann beispielsweise verschwiegen oder durch Verweis auf vermeintlich auffälliges Verhalten der kontrollierten Person verschleiert werden. Noch schwieriger ist, unbewusste Vorurteile festzustellen. MOHLERS Definition berücksichtigt diesen Aspekt nicht ausreichend, ausser durch den Hinweis darauf, dass das Fehlen eines plausiblen Tatverdachts auf unbewusste Vorurteile hinweisen könnte. Dadurch wird die Frage des Tatverdachts (objektiv) mit der inneren Haltung (subjektiv) vermischt.

Im Gegensatz zu MOHLERS Definition spricht sich die herrschende Meinung bei potenziellem Racial und Ethnic Profiling für einen materiell-rechtlichen Prüfungsmassstab aus, der keine diskriminierende Absicht voraussetzt.<sup>133</sup> Damit übereinstimmend hat auch der EGMR in früheren Urteilen entschieden, dass der objektive Sachverhalt der Diskriminierung keine absichtliche Diskriminierung voraussetzt.<sup>134</sup> Diese Rechtsprechung steht auch im Einklang mit der Definition von Rassendiskriminierung nach Art. 1 Abs. 1 ICERD, wonach Rassismus nicht nur durch die Absicht definiert wird, sondern auch durch seine Wirkung. Die ECRI bestimmt Racial und Ethnic Profiling ebenfalls unabhängig von subjektiven Elementen.<sup>135</sup> Sie betont, dass die Perspektive der von Diskriminierung betroffenen Men-

schen von wesentlicher Bedeutung ist.<sup>136</sup>

Dieses Begriffsverständnis und die damit verbundene materielle Anforderung an Personenkontrollen drängt sich somit auch für den Schweizer Kontext auf.

### c. Systematischer Zusammenhang

Für die Beurteilung der Notwendigkeit einer Diskriminierungsabsicht ist ferner die Betrachtung des [Art. 8 Abs. 2 BV](#) in seinem systematischen Zusammenhang von Bedeutung. Racial und Ethnic Profiling verletzt nicht nur Grund- und Menschenrechte, sondern kann auch zu strafrechtlichen Konsequenzen für die handelnden Polizeiangehörigen führen, wenn sie die Personenkontrollen mit Benachteiligungsabsicht durchführen. Unter anderem kann der Tatbestand des Amtsmissbrauchs ([Art. 312 StGB](#))<sup>137</sup> erfüllt sein, wenn Kontrollen «mit der Absicht geschehen, bei einer Person massiven Ärger auszulösen, ihr einen Denkkzettel zu verpassen oder ihr Ansehen zu schädigen.»<sup>138</sup> Es ist in systematischer Hinsicht stimmig, dass die Möglichkeit besteht, Polizeibeamte mit diskriminierender Benachteiligungsabsicht strafrechtlich zu verfolgen. Dieses Verhalten stellt schwereres Unrecht dar, was (zusätzlich zu den verwaltungsrechtlichen bzw. verfassungsrechtlichen) auch strafrechtliche Konsequenzen legitim macht. Hingegen machen sich Polizistinnen, die basierend auf Stereotypen, aber ohne diskriminierende Haltung kontrollieren, nicht strafbar – was aber nicht bedeutet, dass eine solche Personenkontrolle auch nach den grund- und menschenrechtlichen Massstäben zulässig wäre. Es handelt sich (wie auch bei ersterem Verhalten) um eine Verletzung des Diskriminierungsverbots, aber ohne strafrechtliche Dimension.

<sup>133</sup> SCHWEIZER RAINER J./FANKHAUSER KIM, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St.Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023, N 61 zu Art. 8 BV; WALDMANN (Fn. 43), N 60 zu Art. 8 BV; VIL-LIGER/KOLLER (Fn. 40), N 872 zu § 28; MOECKLI (Fn. 31), Rz. 22; SKMR (Fn. 24), S. 14 f.; WYTTENBACH/KÜENZLI/BRAUN (Fn. 15), S. 98; FRB (Fn. 4), S. 21.

<sup>134</sup> Vgl. Kapitel II.B.1. und III.B.

<sup>135</sup> ECRI Empfehlung Nr. 11 (Fn. 30), Ziff. 1.

<sup>136</sup> ECRI Empfehlung Nr. 11 (Fn. 30), Ziff. 14.

<sup>137</sup> Weitere relevante Tatbestände: Rassendiskriminierung ([Art. 261<sup>bis</sup> StGB](#)) und/oder Ehrverletzungsdelikte ([Art. 174 ff. StGB](#)).

<sup>138</sup> M.w.H. SKMR (Fn. 24), S. 14.

Eine Auffassung von Racial und Ethnic Profiling, die auf einer Diskriminierungsabsicht aufbaut, vermengt Konzepte des Strafrechts, die auf subjektiven Motiven basieren, mit denjenigen des Diskriminierungsverbots. Diese Ansicht geht von einem zu engen Racial und Ethnic Profiling-Verständnis aus. Es muss anerkannt werden, dass Betroffene aufgrund rassistischer oder ethnischer Gründe kontrolliert werden, unabhängig von einer möglichen rassistischen Motivation der Beamtinnen und Beamten.

Die Diskussion in diesem Kapitel zeigt deutlich auf, warum eine Diskriminierungsabsicht bei der Beurteilung von Racial und Ethnic Profiling nicht relevant sein sollte. Sinnvoller wäre es, bestimmte objektive Verhaltensweisen der zu kontrollierenden Personen festzulegen und verbindliche Kriterien für eine bessere Beurteilung der Zulässigkeit polizeilicher Kontrollen aufzustellen.

#### IV. Fazit

Die Untersuchung des rechtlichen Umgangs mit Racial und Ethnic Profiling anhand dreier aktueller Rechtsfälle hat gezeigt, dass sich in der Rechtsprechung positive Entwicklungen abzeichnen, aber dass weiterhin Raum für Verbesserungen besteht. Das Urteil Basu gegen Deutschland hat die Rechtsprechung geschärft: Wenn die beschwerdeführende Partei glaubhaft machen kann, dass sie aufgrund körperlicher oder ethnischer Merkmale ins polizeiliche Visier genommen wurde, fällt eine Personenkontrolle in den Schutzbereich des [Art. 8 EMRK](#). Die Beschwerde darf von innerstaatlichen Gerichten nicht aus formalen Gründen bzw. mit dem Argument der fehlenden Zulässigkeit abgewiesen werden. Zudem sind Staaten bei mutmasslichem Racial und Ethnic Profiling verpflichtet, eine unabhängige und wirksame Untersuchung durchzuführen, um die relevanten Sachverhaltselemente zu ermitteln.

Das EGMR-Urteil Muhammad gegen Spanien hat die behördliche Aufarbeitung bestätigt. Die nationalen Verwaltungsgerichte stützten sich bei der Klärung widersprüchlicher Aussagen von Beschwerdeführern und Polizeibeamten ausschliesslich auf die Darstellung der Beamten. Die Überprüfung der Wirksamkeit der Ermittlungen erachtete der Gerichtshof deshalb als zu oberflächlich.

Es scheint, als ob die Kritik in den Sondervoten und Urteilscommentaren zu den beiden Urteilen von 2022 dazu geführt hat, dass der EGMR in *Wa Baile* gegen die Schweiz im Jahr 2024 einen Wechsel seiner Rechtsprechung einläutet: Dieser Entscheid lässt aus menschenrechtlicher Perspektive aufhorchen und geht weiter als die früheren Urteile. Erstens hat die Strassburger Instanz eine Umkehr der Beweislast angenommen, was es Betroffenen in künftigen Fällen leichter macht, juristisch gegen Racial und Ethnic Profiling vorzugehen. Zweitens ist der Gerichtshof nicht bei Verfahrensfragen stehen geblieben, sondern hat auch materiell entschieden: Alltägliche Verhaltensmuster dürfen nicht als verdächtig gelten, nur weil sie von Personen, die «ausländisch aussehen», praktiziert werden. Es muss ein objektivierbarer Grund für die Polizeikontrolle vorliegen, der nachvollziehbar ist. Der Gerichtshof schlägt weiter vor, dass Racial und Ethnic Profiling explizit durch ein Gesetz geregelt werden könnte, anstatt es allein über Diskriminierungsartikel zu behandeln, wie dies heute praktiziert wird.<sup>139</sup>

Damit sind das Urteil und die Erwägungen in *Wa Baile* gegen die Schweiz neu und bemerkenswert und weisen den Weg für den künftigen rechtlichen Umgang mit Racial und Ethnic Profiling. Wenn staatliche Institutionen dieses Leiturteil nicht beachten und ihre Vorgehensweise nicht ändern, drohen zahlreiche Beschwerden, die bereits von den unteren Gerichten gutgeheissen werden müssten.

---

<sup>139</sup> Urteil *Wa Baile* § 125 f.

Damit stärkt der EGMR mit *Wa Baile* gegen die Schweiz letztlich seine eigene Einschätzung zur staatlichen Reaktion auf Racial und Ethnic Profiling, wonach «rassistische Diskriminierung eine besonders gravierende Form der Diskriminierung [ist] und von den Behörden angesichts ihrer gefährlichen Konsequenzen spezielle Wachsamkeit und eine entschlossene Reaktion [erfordert]». <sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Urteil *Basu* § 65; vgl. auch Urteil *Muhammad* § 34, Urteil *Wa Baile* § 90 und Urteil *Timishev* § 56.