

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130038-O/U/rc

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. Glur, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim und Ersatzoberrichterin lic. iur. Keller sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 27. September 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Hinderung einer Amtshandlung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 5. November 2012 (GG120174)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 13. Juli 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 10).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 50.–.

3. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.

4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. Kosten der Kantonspolizei

Fr. 1'000.00 Gebühr Anklagebehörde

Fr. Kanzleikosten Untersuchung

Fr. Auslagen Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 41 S. 1 f.)

1. Der Beschuldigte A._____ sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Es sei ihm eine angemessene Umtriebsentschädigung und Genugtuung auszurichten.
3. Die Kosten der erbetenen Verteidigung des vorliegenden Verfahrens sowie auch des vorinstanzlichen Verfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
4. Die Kosten der Strafuntersuchung, des vorinstanzlichen Verfahrens wie auch des vorliegenden Verfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(schriftlich, Urk. 32)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

1. Vorbemerkungen

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 5. November 2012 wurde der Beschuldigte A._____ der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 50.– bestraft (Urk. 28 S. 25).

Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte noch vor Schranken durch seinen Verteidiger Berufung anmelden (Prot. I. S. 17). Ebenfalls fristgerecht reichte die Ver-

theidigung nach Erhalt des begründeten Entscheids am 4. Februar 2013 die Berufungserklärung ein (Urk. 29). Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl verzichtete auf die Erhebung einer Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Urk. 32).

1.2. Die Berufung wurde nicht beschränkt (Urk. 29). Entsprechend ist das erstinstanzliche Urteil bisher in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen.

1.3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Da der Beschuldigte ohnehin freizusprechen ist, erübrigt es sich, auf seine erneut gestellten Beweisanträge (Urk. 29 S. 3 ff., Urk. 37; Urk. 41 S. 72; Prot. II S. 5 und 23) einzugehen.

1.4. Die Verteidigung macht geltend, es bestehe der dringende Verdacht, dass die am angeklagten Vorfall beteiligten Polizisten Straftaten (namentlich Amtsmissbrauch) begangen hätten, und fordert die Anhebung einer Strafuntersuchung (Urk. 41 S. 77 Ziff. 14). Die Staatsanwaltschaft wird zu prüfen haben, ob im Lichte der nachstehenden Erwägungen nach dem in dieser Konstellation massgeblichen Grundsatz *in dubio pro duriore* Anlass zur Eröffnung einer Strafuntersuchung besteht.

2. Prozessuales

2.1. Die Verteidigung bringt in ihrem Plädoyer verschiedene Einwendungen gegen die Untersuchungsführung vor und leitet daraus die Unverwertbarkeit von Beweismitteln ab (Urk. 41 *passim*).

Dazu ist vorzuschicken, dass dem Beschuldigten ein Delikt gegen die öffentliche Gewalt vorgeworfen wird. Bei dieser Konstellation kommt der Beachtung der rechtsstaatlichen Grundsätze im Hinblick auf das Fairnessgebot und die Waffengleichheit eine besonders grosse Bedeutung zu, zumal der Beschuldigte im vorliegenden Verfahren anfangs nicht anwaltlich vertreten war.

Es erscheint daher im Lichte von Art. 56 lit. b StPO bzw. mit Blick auf den Anspruch des Beschuldigten auf eine unabhängige Untersuchungsführung als fragwürdig, dass der Beschuldigte durch den am Vorfall vom 11. August 2011 beteilig-

ten und später als Zeugen einvernommenen Polizeibeamten B._____ befragt wurde (Urk. 3; vgl. Keller, in Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 56 N 20), zumal für die Befragung trotz offenkundiger – und bekannter (vgl. den Rapport, Urk. 1 S. 1) – Verständigungsprobleme kein Dolmetscher aufgeboten worden war (vgl. dazu Urk. 41 S. 33 f. Ziff. 5 f.).

Der vom selben Polizisten B._____ erstellte Wahrnehmungsbericht (Urk. 2) ist als schriftlicher Bericht i.S. von Art. 145 StPO zu würdigen. Sein Beweiswert ist jedoch im Hinblick auf seine nachträgliche Erstellung, die von der Verteidigung moniert wird (Urk. 41 S. 37 f. Ziff. 12), deutlich eingeschränkt.

Der in Bezug auf die erste Einvernahme vom 15. November 2011 (Urk. 5/1) gegen die Staatsanwältin erhobene Vorwurf der Parteilichkeit (vgl. Urk. 41 S. 49 Ziff. 10), erscheint angesichts der im Protokoll dokumentierten Fragen nicht völlig aus der Luft gegriffen. Diese Mängel wurden vom Beschuldigten bereits damals sinngemäss gerügt (Urk. 5/1 S. 2), der das Protokoll im Übrigen nicht unterzeichnete, so dass ihm dieses nicht entgegen gehalten werden kann.

Die Einvernahme der beteiligten Polizisten als Zeugen anstatt als Auskunftspersonen, die vom Verteidiger ebenfalls beanstandet wird (Urk. 41 S. 45 f. Ziff. 3 ff.), entsprach hingegen offenkundig der damaligen Einschätzung der Staatsanwältin, welche die Verfahrensleitung innehatte, so dass diese Aussagen - unabhängig von der Berechtigung dieser Auffassung - nach wie vor verwertbar sind (Donatsch in Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 178 StPO N 15).

2.2. Der Verteidiger sieht sodann das Anklageprinzip verletzt, indem die anklagegegenständliche Hinderung einzig durch die in einer Klammer angeführte Handlung – (Verhaftung) – umschrieben werde. Die Erheblichkeit der Hinderung werde in keiner Weise umschrieben und dargetan. Fraglich sei dabei, ob die Verhaftungsaktion überhaupt eine Amtshandlung gewesen sei und ob sie innerhalb der Amtsbefugnis gelegen habe (Urk. 41 S. 56 f.).

Indem die Anklageschrift die gemäss Anklagebehörde durch den Beschuldigten angeblich behinderte Amtshandlung, wenn auch knapp, benennt, genügt sie der Umgrenzungs- und Informationsfunktion, die ihr das Anklageprinzip zuweist. Es wird somit abzuklären sein, ob die Verhaftung – und nur die Verhaftung, eine Störung der Personenkontrolle ist demgegenüber nicht Gegenstand der Anklage – effektiv behindert wurde. In diesem Zusammenhang wird sodann, als Voraussetzung einer Verurteilung, abzuklären sein, ob die Verhaftung vorliegend als (rechtmässige) Amtshandlung im Sinne des eingeklagten Tatbestandes zu qualifizieren ist. Dies beschlägt aber nicht primär das Anklageprinzip, welches entsprechend durch die gewählte Formulierung somit nicht (zulasten des Beschuldigten) verletzt wurde, denn der Beschuldigte kann aus der Anklageschrift jedenfalls ersehen, was ihm konkret vorgeworfen wird, und er kann sich gestützt auf diese Informationen auch wirksam verteidigen.

3. Zur Sache

3.1. Das angeklagte Delikt der Hinderung einer Amtshandlung schützt das reibungslose Funktionieren der staatlichen Organe und steht damit im Spannungsfeld zwischen Gehorsampflicht und Widerstandsrecht der durch diese Organe Angesprochenen (Trechsel / Vest, StGB PK, 2. A., Vor Art. 285 N 1; BSK Strafrecht II - Heimgartner, 3. A., Vor Art. 285 N 2). Lehre und Rechtsprechung haben dazu im Wesentlichen folgende Kriterien entwickelt: Führt ein örtlich und sachlich zuständiger Beamter eine Amtshandlung (vgl. zur Begriffsdefinition die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, Urk. 28 S. 20) aus, so besteht grundsätzlich kein unmittelbares Widerstandsrecht, es sei denn, die Amtshandlung unterliege in qualifizierter Weise materiellen Rechtsmängeln (formelle Rechtsmängel genügen in der Regel unter keinem Titel). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Mangel genügend gravierend ist, soll insbesondere auf die Schwere des Eingriffs in Freiheitsrechte und Rechtsgüter abgestellt werden. Eine Widersetzung gegen Amtshandlungen ist nach der Rechtsprechung zulässig, wenn deren Widerrechtlichkeit offensichtlich ist, Rechtsmittel keinen wirksamen Schutz erwarten lassen und der Widerstand der Bewahrung oder Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dienen. Die fehlende Nichtigkeit bildet dogmatisch die Voraussetzung des Tatbe-

standsmerkmals der Amtshandlung, was zur Folge hat, dass ein diesbezüglicher Irrtum als Sachverhaltsirrtum zu behandeln ist (BGE 98 IV 41, 45; BGE 103 IV 75; BSK Strafrecht II - Heimgartner, 3. A., Vor Art. 285 StGB N 18 ff.; Trechsel / Vest, StGB PK, 2. A., Vor Art. 285 N 18 ff.).

3.2. Die Vorinstanz hat die Anhaltung und Kontrolle des Beschuldigten unter Art. 215 StPO subsumiert. Diese Norm steht im Zusammenhang mit der Aufklärung einer bereits konkret bekannten Straftat, verfolgt mithin strafprozessuale Zwecke. Daneben ist auch eine Anhaltung aus sicherheitspolizeilichen Motiven, basierend in der Regel auf kantonalem Polizeirecht zulässig (Schmid, StPO PK, Art. 215 N 7), wobei in der Praxis ein fließender Übergang von präventiver (sicherheitspolizeilicher) zu repressiver (gerichtspolizeilicher) Tätigkeit stattfindet. Ob die Anhaltung konkret auf dem anwendbaren kantonalen Polizeigesetz basiert oder strafprozessual begründet ist, bestimmt sich nach Sinn und Zweck der Massnahme. In der Regel werden sicherheitspolizeiliche Überlegungen im Vordergrund stehen (BSK StPO - Albertini / Armbruster, Art. 215 N 5 f.). Eine Anhaltung bezweckt die betroffene Person zu kontrollieren, um ihre Identität festzustellen und zu prüfen, ob nach ihr gefahndet wird. Sie erfolgt in der Regel an Ort und Stelle, umfasst aber auch die Verbringung einer Person auf den Polizeiposten, falls die Umstände dies erfordern bzw. als verhältnismässig erscheinen lassen.

Das kantonale Polizeigesetz vom 23. April 2007 (PolG; LS 550.1) regelt Personenkontrollen unter § 21 in Verbindung mit § 3 PolG. Konkretisiert wurde dies zudem in der zum Tatzeitpunkt in Kraft stehenden Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich vom 30. März 1977 (APV; in Kraft bis 31. Dezember 2011). Gemäss deren Art. 5 ist jedermann verpflichtet, den Polizeiorganen auf Verlangen die Personalien anzugeben, Ausweise vorzulegen oder auf andere Weise seine Identität feststellen zu lassen. Können die notwendigen Abklärungen (Feststellung der Identität, Abklärung, ob nach der Person gefahndet wird) vor Ort nicht eindeutig oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten vorgenommen werden, darf die Polizei die angehaltene Person zu einer Dienststelle bringen. Hierbei darf die Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der Verhältnismässigkeit unmittelbaren Zwang anwenden und geeignete Einsatzmittel und Waffen einsetzen (§ 13 PolG).

3.3. Vorliegend wird dem Beschuldigten an keiner Stelle vorgeworfen, er sei im Zusammenhang mit einem konkreten Delikt angehalten worden. Die beteiligten Beamten machen "polizeitaktische Gründe" geltend (Urk. 5/3 S. 3), ohne weiter ins Detail zu gehen (gemäss Polizeirapport blickten die zwei Männer "verdächtig in Richtung Boden", Urk. 1 S. 2; vgl. auch Urk. 2 S. 2, 5/5 S. 2 und 5/8 S. 3: vgl. dazu Urk.41 S. 19 f. Ziff. 5 f.). Vor diesem Hintergrund scheint die Anhaltung primär sicherheitspolizeilich begründet gewesen zu sein, so dass die Grundlage nicht in der StPO zu suchen wäre, denn (nur) das kantonale Polizeigesetz erlaubt Kontrollen auch ohne Sachzusammenhang zu einem bereits bekannten Delikt aus präventiven Gründen.

Alle Beteiligten sagten grundsätzlich übereinstimmend aus, dass der Beschuldigte zunächst bei der polizeilichen Kontrolle kooperiert habe. So habe er sofort seinen Ausweis übergeben und auch nicht gegen die weitere Personenkontrolle (Leibesvisitation) opponiert. Des Weiteren habe er auch bereitwillig seine blaue Tasche übergeben, welche in der Folge durch den Beamten C._____ durchsucht worden sei (Urk. 5/1 S. 2 f., 5/3 S. 3, 5/5 S. 3 f., 5/8 S. 4 und Urk. 21 S. 3 f.).

Damit ist einstweilen festzuhalten, dass die Identität des Beschuldigten den Polizeibeamten bekannt war und sie bereits festgestellt hatten, dass er weder auf sich noch in seiner Tasche irgendwelche Gegenstände bei sich hatte, nach welchen gefahndet wurde (vgl. § 21 PolG), denn beides war ja einlässlich durchsucht worden, wobei sich auch hier fragen liesse, ob das Polizeigesetz für die einlässliche Durchsuchung/Leibesvisitation überhaupt eine genügende Grundlage bot (vgl. BGE 139 IV 128 E. 1.2 ff.). Mithin bestand offensichtlich kein Anlass, die Kontrolle auf dem Polizeiposten fortzusetzen.

Nach der Durchsuchung der Tasche nahm die Situation offenbar eine Wendung, worauf es zur Eskalation kam, welche Gegenstand dieses Verfahrens ist: Der Beschuldigte störte sich daran, dass der Polizist C._____ seinen Rucksack, in dem sich seine Schulbücher befanden, "auf den Boden geschmissen" (Prot. II S. 12) habe. Als er nach einigen unfreundlichen Worten die Tasche an sich nahm, um sie auf dem Dach des Streifenwagens abzustellen, wie er geltend macht, griffen die Polizisten ein. Sie brachten ihn zu Boden und legten ihm Handschellen an,

wobei sie Pfefferspray einsetzten (Urk. 5/1 S. 3, 5/3 S. 4 f., 5/5 S. 4, 5/8 S. 4; Urk. 5/10 S. 3 f. und Urk. 21 S. 3).

3.4. Gemäss Art. 217 StPO ist eine vorläufige Festnahme durch die Polizei grundsätzlich im Zusammenhang mit der (mutmasslichen) Begehung eines Vergehens oder Verbrechens zulässig. Ist eine Übertretung Verfahrensgegenstand, ist eine vorläufige Festnahme angesichts des dabei tangierten verfassungsmässigen Rechts auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und des ebenfalls Verfassungsrang geniessenden Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 36 Abs. 3 BV) nur statthaft, wenn der Täter bei der Übertretung auf frischer Tat ertappt bzw. unmittelbar danach angetroffen wird und (alternativ) entweder seine Personalien nicht bekannt gibt (Art. 217 Abs. 2 lit. a StPO), nicht in der Schweiz wohnt und keine Sicherheit für die zu erwartende Busse leistet (ebenda lit. b) oder die Festnahme nötig ist, um die Person von weiteren Übertretungen abzuhalten (ebenda lit. c). Dass sich der Beschuldigte vor seiner Verhaftung eines Verbrechens oder Vergehens schuldig oder auch bloss verdächtig gemacht hätte, wird ihm nirgends vorgeworfen und ist den Akten auch nicht zu entnehmen. Zwar stellt die Hinderung einer Amtshandlung ihrerseits ein Vergehen dar, welches zu einer Verhaftung berechtigen könnte. Es wäre jedoch zirkelschlüssig und damit unzulässig, wenn das Verhalten des Beschuldigten zugleich zur Begründung für die Festnahme herangezogen und als Hinderung der Festnahme (i.S. einer Amtshandlung) qualifiziert würde.

Im Grunde genommen hatte sich der Beschuldigte – wenn überhaupt – einer Übertretung schuldig gemacht (Nichtbefolgen einer polizeilichen Anweisung gemäss Art. 3 in Verbindung mit Art. 37 APV), wobei zu keinem Zeitpunkt zur Diskussion stand, dass er flüchten oder aus der Tasche deliktische Gegenstände oder Waffen behändigen wolle, denn diese war schliesslich vorgängig bereits durch C. _____ durchsucht worden. Eine derartige Übertretung vermöchte jedoch eine Verhaftung nicht zu rechtfertigen, war doch die Identität des in der Schweiz wohnhaften Beschuldigten den Beamten bereits bekannt. Und selbst wenn sich der Beschuldigte trotz entsprechender Anweisung weiterhin geweigert hätte, seine bereits durchsuchte Tasche wieder herzugeben (laut eigener Aussage wollte

er sie nicht festhalten, sondern auf dem Dach des Einsatzfahrzeuges deponieren), wäre dadurch die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit nicht derart beeinträchtigt worden, dass eine Verhaftung als verhältnismässig anzusehen gewesen wäre (vgl. Weder, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 217 N 29). Das hierbei gewählte Vorgehen der Polizeibeamten (Wegreissen der Tasche, zu Boden führen des Beschuldigten, Sprayeinsatz und Fesselung) war zudem offenkundig unverhältnismässig. Eine "mildere" Vorgehensweise wurde jedoch laut der Aussage von C. _____ gar nicht erst in Betracht gezogen (vgl. Urk. 5/3 S. 5: "in dieser Situation gibt es kein Deeskalieren, es ging einfach seinen Weg").

Überschreitet ein Beamter im Rahmen seiner Amtshandlung sein Ermessen und verletzt damit – wie dies vorliegend offenkundig der Fall war – den Grundsatz der Verhältnismässigkeit polizeilicher Eingriffe, ist diese Amtshandlung als rechtswidrig zu qualifizieren (BGE 98 IV 41, 45). Nachdem gegen den Realakt der Verhaftung ein Rechtsmittel von vornherein keinen wirksamen Schutz bieten kann und die Gegenwehr des Beschuldigten (diese bestand auch gemäss Darstellung der Polizisten einzig im Sperren der Arme unter dem Körper bzw. dem Versuch, sich wieder aufzurichten, nachdem er zu Fall gebracht worden war; vgl. dazu unten 3.6) nicht über das hinausging, was zur Bewahrung bzw. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angemessen war, ist ihm ein Widerstandsrecht zuzubilligen. Mithin handelte er nicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 286 StGB und ist entsprechend vom Vorwurf der Hinderung einer Amtshandlung freizusprechen.

3.5. Während die Polizisten von Berufs wegen mit den rechtlichen Voraussetzungen einer Verhaftung vertraut sind, konnte der Beschuldigte als juristischer Laie nicht wissen, ob in dieser Situation ein genügender Grund für eine Festnahme bestand. Er bestreitet dies sinngemäss, indem er geltend macht, die Kontrolle seines Ausweises, die äusserliche Durchsuchung und die Kontrolle seiner Tasche sei abgeschlossen gewesen, als es zum Konflikt um die Tasche gekommen sei (Urk. 5/10 S. 3 oben).

Die Frage, ob die Kontrolle abgeschlossen war, lässt sich vermutlich nicht eindeutig klären, sondern die Antwort hängt davon ab, wie die Begriffe definiert werden,

was letztlich eine Rechtsfrage ist. Vermutlich war die Kontrolle in dem Sinn noch nicht abgeschlossen, als der Beschuldigte nach Meinung der Polizisten solange vor Ort bleiben sollte, bis sie auch seinen Begleiter kontrolliert hatten. Möglicherweise war auch das Ergebnis der Ausweisabfrage noch ausstehend. Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte dafür und wird auch nirgendwo geltend gemacht, dass die Kontrolle des Beschuldigten später fortgesetzt werden sollte. Dass der Beschuldigte nach seiner Verbringung auf die Wache erneut kontrolliert wurde, lässt keine Rückschlüsse darauf zu, dass vor dieser - aus damaliger Sicht unvorhergesehenen - Wendung eine Fortsetzung der Kontrolle geplant war.

Der Beschuldigte hatte sich während der Personen- und Effektenkontrolle kooperativ gezeigt; etwas anderes wird nirgendwo geltend gemacht (vgl. dazu oben 3.3). Die von der Polizei beobachtete Verärgerung (Urk. 1 S. 2), welche er vor Gericht wenig überzeugend in Abrede stellte (Urk. 21 S. 4; Prot. II S. 19), ändert nichts daran. Dass er davon ausging, dass die Kontrolle, was ihn betraf, abgeschlossen war, als er die Tasche vom Boden aufhob, lässt sich nicht widerlegen. Eine anderslautende Äusserung bei der ersten staatsanwaltschaftlichen Befragung (Urk. 5/1 S. 3) steht im Widerspruch zu anderen Aussagen in der gleichen Befragung (Urk. 5/1 S. 4) und ist ohnehin zu seinen Lasten nicht verwertbar, weil er dieses Protokoll nicht unterzeichnete (vgl. dazu Prot. II S. 20 f.).

Auch wenn man - abweichend von der hier vertretenen Auffassung (vgl. oben 3.4) - eine Verhaftung nicht als offensichtlich unverhältnismässige Reaktion auf das Verhalten des Beschuldigten betrachten würde, war diese Konsequenz für ihn nicht absehbar: Er hatte seinen Ausweis vorgewiesen und eine Leibesvisitation und die Durchsuchung seiner Tasche über sich ergehen lassen, ohne dass etwas Verdächtiges festgestellt worden war. Vor diesem Hintergrund musste er nicht mit einer Verhaftung rechnen, als er nach seiner Tasche griff. Folglich war ihm auch nicht bewusst, dass er mit seinem anschliessenden Widerstand eine Amtshandlung behinderte. Es fehlte ihm somit am Tatvorsatz.

Und selbst stellte man sich auf den Standpunkt, dass die Feststellung, wann die Kontrolle abgeschlossen sei, in der Kompetenz der Polizei liege, so dass ihre Sichtweise allein massgeblich wäre, änderte das nichts an dieser Beurteilung, da

sich der Beschuldigte in diesem Fall darauf berufen könnte, er habe sich über den Umstand geirrt, dass die Kontrolle noch nicht abgeschlossen war, und er sei damit einem Sachverhaltsirrtum i.S. eines Irrtums über ein rechtlich geprägtes Element des Sachverhalts erlegen (Art. 13 StGB).

3.6. Die Anklageschrift wirft dem Beschuldigten als Tathandlung vor, er habe sich gegen das Festhalten durch Sperren der Arme zu wehren begonnen, nachdem er zu Boden gegangen war, habe er sich wieder aufzurichten versucht, und zuletzt habe er sich durch das Sperren der Arme unter seinem Oberkörper massiv gegen das Anlegen des Schliesszeugs zur Wehr gesetzt, so dass der Einsatz von Pfefferspray erforderlich gewesen sei (Urk. 10 S. 2).

Der Beschuldigte anerkennt, dass er sich nach seinem (unfreiwilligen) Sturz am Boden mit den Händen aufgestützt habe, und sein Verteidiger räumt ein, dass er möglicherweise die Hände auf der Brust verschränkt habe (Urk. 41 S. 5 Ziff. 6). Im Übrigen macht er geltend, er habe Gleichgewichtsbewegungen gemacht, um sein Gleichgewicht wieder zu finden, als er gestossen worden sei (Urk. 5/10 S. 3).

Art. 286 StGB stellt auch den sogenannten passiven Widerstand (kritisch zu diesem Begriff Stratenwerth / Bommer, Strafrecht BT II, 6. A., § 49 Rz. 10) unter Strafe, wobei völlige Passivität - unter dem Vorbehalt von Art. 292 StGB - nicht strafbar ist, sondern ein gewisses Mass an Tätig-Werden und aktivem Störverhalten erforderlich ist (Heimgartner, BSK, Art. 286 StGB N 9). Wo die Schwelle liegt, ab welcher Ungehorsam nach Art. 286 StGB strafbar wird, lässt sich nur konkret im Einzelfall bestimmen. So entschied das Bundesgericht in einem Sachverhalt, in dem es ebenfalls um die Hinderung einer Festnahme ging, der Beschwerdeführer habe Art. 286 StGB erfüllt, indem er "durch Fuchteln mit den Händen dem Anlegen der Zange sich widersetzt" habe (BGE 74 IV 57, E. 4).

Wie die einleitende Wiedergabe zeigt, liegen die Darstellungen der Beteiligten diesbezüglich nicht allzu weit auseinander und unterscheiden sich in erster Linie in der Deutung der dahinter stehenden Absicht: hat sich der Beschuldigte (massiv) gewehrt, indem er sich sperrte, oder versuchte er nur, sein Gleichgewicht zu bewahren bzw. wiederzuerlangen, als ihn die Polizisten gezielt zu Fall brachten?

Die Polizisten hielten eine sogenannte kooperative Verhaftung anscheinend nicht für möglich und entschieden deshalb, die Verhaftung am Boden vorzunehmen (vgl. Urk. 5/3 S. 5). Zu diesem Zweck brachten sie den Beschuldigten "mit angemessenem Körpereinsatz" zu Boden (Urk. 5/5 S. 5). Ob sie die Verhaftung ankündigten, ist strittig (Prot. II S. 18 f.): Der Polizist C._____ macht geltend, es sei eine entsprechende Ankündigung erfolgt, wobei er allerdings davon ausgeht dass der Beschuldigte diese nicht verstanden habe, weil sie auf Schweizerdeutsch erfolgt sei (Urk. 5/3 S. 6). Es ist dem Beschuldigten daher zugute zu halten, dass er durch den angesprochenen Körpereinsatz überrascht wurde, was wohl auch einen Teil der Effektivität dieser Techniken (vgl. Urk. 5/3 S. 5 unten) ausmacht und beabsichtigt war.

Dass der Beschuldigte nicht völlig bewegungslos blieb, sondern auf den physikalischen Impuls, den er durch die handgreifliche Intervention der Polizisten empfing, mit aktiven Bewegungen reagierte, was die Polizisten als Behinderung erlebten, ist nachvollziehbar. Es ist nicht zwingend, dass sich der Beschuldigte damit verteidigen wollte, sondern vielleicht handelte es sich dabei auch bloss um Reflexe. Diese Unsicherheit, welche den Vorsatz beschlägt, lässt sich mit den vorhandenen Beweisen nicht befriedigend ausräumen, was nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* ebenfalls zu einem Freispruch führt.

Unter welchen Umständen das dem Beschuldigten vorgeworfene Verhalten - dass er sich zuerst mit den Händen aufstützte und anschliessend die Hände unter seinem Oberkörper verbarg - überhaupt dazu geeignet wäre, um den Tatbestand von Art. 286 StGB zu erfüllen, und ob solche Umstände hier gegeben waren, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Nachdem der Beschuldigte im Berufungsverfahren vollumfänglich obsiegt, hat er keine Kosten zu tragen und ist ihm eine angemessene Entschädigung zuzusprechen. Wie nur schon der äussere Umfang des zweitinstanzlichen Plädoyers (Urk. 41) zeigt, betrieb die Verteidigung einen sehr grossen Aufwand, der letztlich von Erfolg gekrönt war, was aber nicht heisst, dass er auch verhältnismässig und

angemessen i.S. von Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO war. Wie der Verteidiger selbst einräumte, zielten seine Ausführungen teilweise über diesen Fall hinaus (vgl. Urk. 41 S. 7 Ziff. 9). Die für die Verteidigung im Berufungsverfahren geltend gemachten Aufwendungen von über 55 Stunden (Urk. 42) können daher nicht vollumfänglich entschädigt werden, sondern sind auf einen Betrag zu reduzieren, der ungefähr den vor der Vorinstanz geltend gemachten Aufwendungen (Urk. 22) entspricht, so dass am Ende für das ganze Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 15'000.-- (Mehrwertsteuer eingeschlossen) resultiert.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 4) wird bestätigt.
3. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Dem Beschuldigten wird für seine erbetene anwaltliche Verteidigung in der Untersuchung und vor beiden gerichtlichen Instanzen eine Prozessentschädigung von Fr. 15'000.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 9/3
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 27. September 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. et phil. Glur

lic. iur. Leuthard