

Deutscher Bundestag
Sportausschuss

Ausschussdrucksache
18 (5) 108

Geschäftsführender Direktor des Instituts für
Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie

Professor Dr. Matthias Jahn
Richter am Oberlandesgericht

Theodor-W.-Adorno Platz 4 (RuW 4.123)
D - 60629 Frankfurt am Main

Tel.: + 49 (0) 69. 798-34336 (Sekt. Heike Brehler)

Fax: + 49 (0) 69. 798-34521

E-Mail: sekretariat-jahn@jura.uni-frankfurt.de

Web: www.jura.uni-frankfurt.de/jahn

Schriftliche Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung des
Sportausschusses des Deutschen Bundestages

zu dem

Entwurf eines Gesetzes
zur Bekämpfung von Doping im Sport – AntiDopG
(BT-Ds. 18/4898 vom 13. Mai 2015)

am

17. Juni 2015

Inhalt

	Seite
I. Vorbemerkung	3
II. Zum rechtspolitischen Kontext	3
1. Der Diskussionsstand in der Strafrechtswissenschaft zum AntiDopG-E	3
2. Zur Kritik des Nationalen Normenkontrollrats am AntiDopG-E	4
III. Zu den einzelnen Artikeln des AntiDopG-E	5
1. Artikel 1 (Einführung eines AntiDopG)	5
a) § 1 i.V.m. § 4 AntiDopG-E (»Zweck« der Strafvorschriften)	5
aa) Keine verfassungsrechtlich tragfähige Rechtsgutsbestimmung	5
(A) Die Unterscheidung von Ziel und Weg	6
(B) Anwendung der heutigen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsgutsfrage	7
(1) Gesundheitsschutz von Sportlerinnen und Sportlern als legitimes Rechtsgut?	7
(α) „Selbstdoping“ (§ 3 Abs. 1 AntiDopG-E)	8
(β) Unbeschränkte Besitzstrafbarkeit (§ 3 Abs. 3 AntiDopG-E)	8
(2) „Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben“ – Rechtsgutssuche nach dem Baukastenprinzip	10
(C) Verfehlung des anzulegenden Offensichtlichkeitsmaßstabs bei der Rechtsgutsfrage	13
bb) Zur Unverhältnismäßigkeit der Regelung in § 1 i.V.m. § 4 AntiDopG-E	14
(A) Geeignetheit des § 1 AntiDopG-E im Kontext des »Integritätsschutzes« des Sports?	14
(B) Zur fehlenden Erforderlichkeit des § 1 AntiDopG im Zusammenhang der Rechtstatsachenforschung	18
(C) Angemessenheit des § 1 AntiDopG-E	20
b) § 3 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG-E (Sonderstrafrecht für »Spitzensportler« und Gleichgestellte)	21
(A) Spannungen der Differenzierung bei »Sportwettbewerben« (§ 3 Abs. 2 AntiDopG-E) mit dem allgemeinen Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG	21
(B) Spannungsfeld der objektiven Strafbarkeitsbedingung in § 4 Abs. 6 Nr. 2 AntiDopG-E mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG	23
2. Artikel 5 (Änderung der Strafprozessordnung)	27
a) Fehlen eines Beweisverwendungsverbots im AntiDopG-E auf Grundlage des Gemeinschuldner-Beschlusses des BVerfG	27
b) Erweiterung der TKÜ-anordnungsbegründenden Tathandlungen nach § 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO	31
IV. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	33

I. Vorbemerkung

Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Dopings im Sport (Anti-Doping-Gesetz – AntiDopG-E) vorgelegt. Er ist ersichtlich¹ mit dem Ziel in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden, das Gesetz zeitnah verabschieden zu können. Die erbetene Stellungnahme wird die vorgeschlagenen strafrechtlichen und strafprozessualen Regelungen in der Reihenfolge der Artikel des Entwurfs erörtern. Sie kommt aber ohne eine einleitende Betrachtung zum Reformkontext des Gesetzesentwurfs nicht aus.

II. Zum rechtspolitischen Kontext

1. Der Diskussionsstand in der Strafrechtswissenschaft zum AntiDopG-E

Der vorliegende Gesetzentwurf verfolgt ausweislich der amtlichen Begründung² das Ziel,

„den Sport vor negativen Einflüssen und Entwicklungen zu bewahren“.

Das ist ein **raumgreifender Anspruch**. Ob und inwieweit das im Einzelnen gelungen ist, wird im Nachfolgenden zu analysieren sein. Jedenfalls gegen das Fernziel des Gesetzes ist nichts zu erinnern. Der **Schutz des Sports** ist ein konsensfähiges gesellschaftliches Prinzip, mag er auch kein Verfassungsgrundsatz sein³.

¹ Erkennbar ist dies u.a. (siehe erg. *Künast, BT-Prot.* 18/107, S. 10267 [D]) daran, dass *Verf.* mit einem auf den 13. Mai 2015 – also noch am Tag der Übersendung des AntiDopG-E an den Präsidenten des Deutschen Bundestages (vgl. *BT-Ds.* 18/4898, S. 5 [Übersendungsschreiben *Merkel an Lammert*]) – datierten und am 19. Mai 2015 eingegangenen Schreiben „vorbehaltlich der Überweisung durch das Plenum“ zu dieser Anhörung eingeladen und um eine schriftliche Stellungnahme wurde, obwohl die erste Lesung erst am 22. Mai 2015 stattfand (vgl. *BT-Prot.* 18/107, S. 10270 [B]). Dieses Vorgehen mag üblich geworden sein, weicht aber von dem in § 80 Abs. 1 S. 1 GOBT geschäftsmäßig vorgesehenen Verfahren ab. Jene Vorschrift sieht eine Ausschussüberweisung erst *am Schluss* der ersten Beratung vor.

² *BT-Ds.* 18/4898, S. 17.

³ Zur Frage der Kodifikation eines Staatsziels Sport (z.B. im Kontext des Art. 20a GG) gibt es bekanntlich eine umfangreiche

Nicht konsentiert ist hingegen der großzügige Einsatz der **Mittel des Strafrechts** zur Erreichung dieses Ziels. Diese Frage ist fachwissenschaftlich praktisch ausdiskutiert, so dass sie hier nicht nochmals umfänglich aufgerollt werden muss. Es genügt der Hinweis, dass der Nestor der heutigen deutschen Strafrechtswissenschaft, *Claus Roxin*, darauf hingewiesen hat, viel spreche dafür,

„dass das Strafrecht kein besonders geeignetes Mittel zur Lösung des Dopingproblems ist“⁴.

Seine Analyse

„stützt die in der deutschen Wissenschaft **nahezu überwiegende Meinung**, dass es besser ist, auf einen **strafrechtlichen Spezialtatbestand** gegen das Doping zu **verzichten**“⁵.

2. Zur Kritik des Nationalen Normenkontrollrats am AntiDopG-E

Soweit der Gesetzgeber diesen Diskussionsstand zu ignorieren beabsichtigen würde, wäre er zwar nicht gut beraten. Er handelte aber im Rahmen seiner Hoheit über das Gesetzgebungsverfahren. Zu denken geben müsste aber selbst in diesem Rahmen die Stellungnahme des **Nationalen Normenkontrollrats** (NNKR) zum

rechtspolitische Diskussion, die diesen Ausschuss schon mehrfach beschäftigt hat, vgl. z.B. *Zuck*, NJW 2014, 276, 277 f.; *Steiner*, SpuRt 2012, 238 und *Humberg*, ZRP 2007, 57, 60.

⁴ *Claus Roxin*, Strafrecht und Doping, in: Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 445, 448.

⁵ *Roxin*, in: Festschrift für Samson (Fn. 4), S. 445, 449 (*Hervorh. v. hier*) unter Hinweis auf *Verf.*, ZIS 2006, 57, 62 mit Fn. 52. Dort sind als fachwissenschaftliche Stimmen, die sich gegen einen strafrechtlichen Spezialtatbestand zur Bekämpfung des eigenverantwortlichen Dopings ausgesprochen haben, u.a. nachgewiesen: *Steiner*, JZ 2005, 723; *Vieweg*, SpuRt 2004, 194, 196; *Heger*, SpuRt 2001, 92, 95; *Zuck*, NJW 1999, 831, 832; *Bottke*, Festschrift für Günter Kohlmann, 2003, S. 85, 109; *M. Nolte*, Staatliche Verantwortung im Bereich Sport, 2004, S. 470; *ders.*, in: *Vieweg* (Hrsg.), Perspektiven des Sportrechts, 2005, S. 127, 147; *Schild*, Sportstrafrecht, 2002, S. 137 f. und *Markowetz*, Doping – Haftungs- und strafrechtliche Verantwortlichkeit, 2003, S. 191. Alle Genannten (soweit noch produktiv) und zahlreiche weitere Autoren wären heute – fast ein Jahrzehnt später – mit neueren Publikationen gleichsinnig zitierbar, vgl. etwa noch *Mitsch*, NStZ 2000, 641, 642; *Timm*, GA 2012, 732; *Kauerhof*, RuP 2013, 233; *Zuck*, NJW 2014, 276, 279; *Kreuzer*, ZRP 2013, 181, 184; *Steiner*, ZRP 2015, 51 und *Prittowitz*, in: Festschrift für Wolf Schiller, 2014, S. 512, 519.

AntiDopG-E. Jener hat beanstandet, dass sich der Gesetzentwurf mit einem im politischen Raum seit einiger Zeit populären Wort als

„alternativlos“⁶

darstellt. Das gipfelt in der in dieser Deutlichkeit beispiellos deutlichen Kritik:

„Das Ressort hat (...) Alternativen aufzuzeigen, die jeweiligen Kostenfolgen darzustellen und die Nichtberücksichtigung entsprechend zu begründen. Da das Ressort dies trotz vorhandener Regelungsalternativen unterlassen hat, ist die **Darstellung** auch insoweit **nicht plausibel**“⁷.

Diese Rüge hat besonderes Gewicht. Der Normenkontrollrat ist unmittelbar beim Bundeskanzleramt angesiedelt und in seiner Tätigkeit unabhängig (§ 1 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates – NNKRG)⁸.

III. Zu den einzelnen Artikeln des AntiDopG-E

Die nachfolgenden Detailausführungen zu dem Entwurf eines AntiDopG berücksichtigen die Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 2015⁹ und die Gegenäußerung der Bundesregierung¹⁰.

1. Artikel 1 (Einführung eines AntiDopG)

a) § 1 i.V.m. § 4 AntiDopG-E (»Zweck« der Strafvorschriften)

aa) Keine verfassungsrechtlich tragfähige Rechtsgutsbestimmung

§ 1 AntiDopG stellt in einer öffentlichen-rechtlichen – aber nicht

⁶ Stellungnahme NNKR, BT-Ds. 18/4898, S. 47.

⁷ Stellungnahme NNKR, BT-Ds. 18/4898, S. 47 (*Hervorh. v. Verf.*).

⁸ Gerne hätte man mehr darüber gelesen, wie der Normenkontrollrat die durch die Mittel des Strafrechts angestrebten Ziele und Zwecke des AntiDopG inhaltlich einschätzt. Leider ist ihm dies von Rechts wegen untersagt (§ 1 Abs. 4 NNKRG).

⁹ BT-Ds. 18/4898, S. 51 ff.

¹⁰ BT-Ds. 18/4898, S. 58 ff.

strafrechtlichen – Tradition der Formulierung von Gesetzen¹¹ den angezielten Gesetzeszweck an die Spitze seiner Regelungen:

„Dieses Gesetz dient der Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport, um die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern und damit zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen“.

§ 1 AntiDopG dürfte jedoch in der vorliegenden Fassung, soweit er damit die beiden angezielten strafrechtlichen Schutzgüter mit

„Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler“

sowie

„Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben“

ausweist, **nicht** den **Anforderungen** genügen, die nach der Rechtsprechung des *BVerfG* **von Verfassungs wegen** an ein strafrechtliches **Rechtsgut** zu stellen sind.

(A) Die Unterscheidung von Ziel und Weg

Wiederum bei *Claus Roxin* kann man in seinem weit verbreiteten Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts seit fast zwei Jahrzehnten nachlesen¹², dass die **Umschreibung gesetzlicher Zielvorstellungen** noch **kein tatbestandslegitimierendes strafrechtliches Gut** zu begründen vermag. Wenn § 1 AntiDopG a.E. also die beiden vorgenannten Werte – zudem in höchst unklarer Weise („damit“) – in den Dienst eines Beitrags zur

„Erhaltung der Integrität des Sports“

stellt, trägt das zur vom Gesetzgeber zu beantwortenden inhaltlichen **Legitimationsfrage** nichts bei. Die „Erhaltung der Integrität des Sports“ ist ein *Ziel*. Bei der Rechtsgutsfrage geht es aber um die Legitimität des strafrechtlichen *Weges* zu dessen Erreichung.

¹¹ Zum AntiDopG-E als neuem „Stammgesetz“ der Rechtsvorschriften zur Dopingbekämpfung *Thieme*, DRiZ 2015, 10, 11.

¹² *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 14.

(B) Anwendung der heutigen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsgutsfrage

Zwar hat das *BVerfG* in seiner Leitentscheidung vom 26. Februar 2008¹³ mehrheitlich ausgesprochen, der Gesetzgeber sei bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei. Strafnormen unterlägen von Verfassungs wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere ließen sich solche nicht unmittelbar aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten¹⁴.

Daraus folgt aber, dass der Gesetzgeber zur verhältnismäßigen Begrenzung des Anwendungsbereichs des Strafrechts als

„ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes¹⁵

nicht nur **legitime Schutzgüter** ausweisen muss. Er hat auch eine eigenständige **Entscheidung** zu treffen, welche Rechtsgüter er durch die Strafnorm zu schützen beabsichtigt. An beidem mangelt es § 1 i.V.m. § 4 AntiDopG-E.

(1) Gesundheitsschutz von Sportlerinnen und Sportlern als legitimes Rechtsgut?

Der Schutz der

„Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler“ (§ 1 AntiDopG-E)

mit den Mitteln des Strafrecht (§ 4 AntiDopG-E) kann sich nach zutreffender **herrschender Meinung in der**

¹³ *BVerfGE* 120, 224, 240 m. Anm. u.a. von *Hufen/Verf.*, JuS 2008, 550. Auf die größtenteils berechtigte inhaltliche Kritik an dem sog. Geschwisterinzestbeschluss, die vor allem an *BVerfGE* 120, 224, 255 (abw. Meinung *Winfried Hassemer*) anknüpft, kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an (vgl. dazu *Künast, BT-Prot.* 18/107, S. 10261 [A-B]).

¹⁴ Vgl. *BVerfGE* 120, 224, 241.

¹⁵ *BVerfGE* 120, 224, 240; speziell zur Dopingbekämpfung durch Strafrecht zuseh. *R. Müller*, Das letzte Mittel, FAZ Nr. 72 v. 26. März 2015, S. 8.

Strafrechtswissenschaft nicht auf das **Grundgesetz** berufen. Dies gilt zunächst für die Strafvorschrift zum

(α) „Selbstdoping“ (§ 3 Abs. 1 AntiDopG-E)

Die durch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen des Grundrechts des Einzelnen auch auf eine riskante, den eigenen Körper gefährdende Lebensführung sind ausführlich vermessen. Nach den Ergebnissen dieser Diskussion würde das **strafrechtliche Basisprinzip der Eigenverantwortung des erwachsenen Sportlers** gegenüber seinem Umfeld durch die Strafvorschrift des § 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG-E außer Kraft gesetzt. Sie würde die Verfügungsbefugnis über die eigene Gesundheit durch eine Strafvorschrift gegen

„Selbstdoping“¹⁶

mit den Mitteln eines paternalistisch-symbolischen Einsatzes von Strafrecht aufheben. Dafür gibt es aber **keine** ausreichende **verfassungsrechtliche Rechtfertigung**¹⁷.

(β) Unbeschränkte Besitzstrafbarkeit (§ 3 Abs. 3 AntiDopG-E)

Auch ein **generelles Verbot des Besitzes** jeglicher dopinggeeigneter Substanzen, das sich durch den Schutz der Gesundheit des *einzelnen* dopingwilligen Sportlers legitimieren möchte, ist mit dem **Grundgesetz nicht zu vereinbaren**.

Selbstgefährdende und selbstverletzende Verhaltensweisen einer freiverantwortlich handelnden Person, die die Tragweite ihrer Handlungen überblickt, dürfen als solche nicht strafrechtlich

¹⁶ Auch die Terminologie der geplanten gesetzlichen Überschrift zu § 3 AntiDopG-E ist missglückt. Die orale Einnahme oder sonstige Applikation von solchen Stoffen oder Zubereitungen, die auf der WADA-Dopingliste aufgeführt sind, durch den Sportler selbst sollte besser als eigenverantwortliches Doping bezeichnet werden (siehe bereits *Verf.*, ZIS 2006, 57, 58).

¹⁷ *Roxin*, Strafrecht AT I (Fn. 12), § 2 Rn. 32; speziell zu einem Anti-Doping-Gesetz mit der Motivation des Gesundheitsschutzes ebenso *Rössner*, in: *Festschrift für Volkmar Mehle*, 2009, S. 567, 570 f.; *Norouzi/Summerer*, *SpuRt* 2015, 63, 64; *Steiner*, *ZRP* 2015, 51 f.; *ders.*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts IV*, 3.

sanktioniert werden. Dies entspräche weder dem Menschenbild des Grundgesetzes noch wäre es mit dem Grundrecht auf riskante Lebensführung in Einklang zu bringen¹⁸. Deshalb ist der **Konsum** von Dopingmitteln – wie auch derjenige von Betäubungsmitteln nach dem geltenden BtMG – für sich genommen in einer freiheitlichen Gesellschaft **straflos**.

Gerade deshalb war der 2007 mit dem DBVG gefundene Kompromiss zur **Besitzstrafbarkeit** verfassungsrechtlich akzeptabel. § 6a Abs. 2a AMG (und § 2 Abs. 3 AntiDopG-E) knüpft, vergleichbar der Ratio der Besitzstrafbarkeit im BtMG, an die Sachherrschaft über eine nicht geringe Menge die Vermutung eines möglichen zukünftigen Inverkehrbringens an. Der Besitz darf so als deren Vorstufe in die Strafbarkeit einbezogen werden, weil es nicht nur um die Gesundheit *des einzelnen* Grundrechtsträgers geht (sog. **Volksgesundheit**)¹⁹.

Deshalb hieß es in dem von mir wissenschaftlich verantworteten, von zwei der jetzt beim AntiDopG-E federführenden Ressorts gezeichneten und in diesem Ausschuss diskutierten **Evaluierungsbericht**²⁰ zum Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport (DBVG):

„Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelung im BtMG an die grundsätzliche Gefährlichkeit der Stoffe anknüpft, während das Besitzverbot von

Aufl. 2006, § 87 Rn. 16 sowie *Kreuzer*, ZRP 2013, 181, 184 und *ders.*, StV 07/2015 (Editorial), S. I (im Erscheinen).

¹⁸ *Verf.*, GA 2007, 579, 581. I.d.S. auch Ziff. 3.5.1. des Abschlussberichts der Rechtskommission des Sports gegen Doping, *SpuRt* 2005, 239, 241; Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer, DÄBl. 2009, 360, 361; Stellungnahme des DOSB zum Referentenentwurf des AntiDopG v. 22. Januar 2015, S. 3; *Kudlich*, JA 2007, 90, 93 f.); *Kauerhof*, HRRS 2007, 71, 72 u. 74 und *Zuck*, MedR 2014, 1, 2.

¹⁹ Vgl. *BT-Ds.* 16/5526, S. 8 f. (Besitz einer nicht geringen Menge als „Indiz für Handel“); *Verf.*, GA 2007, 579, 585.

²⁰ Bericht der Bundesregierung zur Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport (DBVG), Sp.-Ausschuss-Ds. 17(5)156, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Politik/_Gesellschaft/Sport/bekaempfung_doping_sport.pdf?__blob=publicationFile>, S. 49, nach *Fechner/Arnhold/Brodführer*, Sportrecht, 2014, Kap. 7 Rn. 44 »Jahn-Bericht« (*Hervorh. teils i. Orig.*).

Dopingmitteln dazu dient, den Handel mit diesen Mitteln zu verhindern. Von einem Handeltreiben ist allerdings erst ab einer gewissen Menge des Dopingmittels auszugehen. Dies spricht vom Gesetzeszweck her **gegen** ein vollständig **mengenunabhängiges Besitzverbot**. Darüber hinaus liegt den Dopingmitteln – anders als den Betäubungsmitteln – *kein* wissenschaftlich nachgewiesenes Suchtpotenzial zugrunde, so dass eine **andere Gefährdungslage** gegeben ist. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in seinem ‚Cannabis-Beschluss‘ vom 9. März 1994 zur Rechtfertigung eines strafbewehrten Besitzverbots neben einer greifbaren Gesundheitsgefährdung sowie der Gefahr einer psychischen Abhängigkeit für den einzelnen Anwender die Gefährdung fremder Rechtsgüter und damit über die (straflose) Selbstgefährdung hinausgehende Gemeinschaftsbelange aufgeführt. Darüber hinaus gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die **Natur des Strafrechts** als **Ultima ratio** eine **restriktive Herangehensweise**“.

(2) „Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben“ – Rechtsgutssuche nach dem Baukastenprinzip

Selbst dann, wenn man das – wie es ersichtlich den gedanklichen Grundlagen des jetzt vorliegenden Gesetzentwurfs entspricht – anders sehen wollte, trifft § 1 AntiDopG-E nicht die vom *BVerfG* geforderte *positive* Entscheidung für ein gerade mit den Mitteln des Strafrechts zu schützendes Rechtsgut. Einschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

„bedürfen einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen *klar und für den Einzelnen erkennbar* ergeben“²¹.

Dies ist eine Forderung, die sich bereits aus dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes begründet und unter dem engeren Verfassungsvorbehalt für materielle Strafnormen nach Art. 103 Abs. 2 GG um so dringlicher ist. Ein **konturenloser Rechtsgüterpluralismus** wirkt sich hingegen nicht nur für den Grundrechtsträger, sondern auch negativ auf die Rechtspraxis

²¹ *BVerfGE* 120, 224, 239 (*Hervorh. v. Verf.*).

aus. Er erschwert es, strafbare und straffreie Verhaltensweisen trennscharf gegeneinander abzugrenzen²².

Dem dürfte § 1 AntiDopG-E nicht standhalten. Nach dem offensichtlich zugrunde gelegten Baukastenprinzip sollen zwei verschiedene, in ihrer Schutzrichtung zudem teilweise antagonistische Güter als Grundlage für die Strafnorm des § 4 AntiDopG-E einschlägig sein, ohne dass für den Rechtsunterworfenen oder die Strafverfolgungspraxis bestimmbar wäre, ob es im Einzelfall mehr oder sogar ausschließlich um das Motiv Gesundheitsschutz oder mehr oder sogar ausschließlich um den Fairnessschutz gehen soll.

An dieser **Kritik** an § 1 AntiDopG-E, die durch **zwei große juristische Berufsverbände** – den Deutschen Anwaltverein und den Deutschen Richterbund – von ganz verschiedenen Ausgangspunkten ausgehend ausdrücklich geteilt wird, sollte der Gesetzgeber nicht achtlos vorbeigehen, denn

„der Entwurf überlässt die nähere Beschreibung der Rechtsprechung und nimmt Rechtsunsicherheit in Kauf“²³.

»Fairness« und »Chancengleichheit« im Sportwettbewerb – insoweit kann ich (leider) wörtlich an ein Jahrzehnt alte Ausführungen anknüpfen²⁴ –

²² Ebenso unlängst *D. Geiger*, *medstra* 2015, 97, 101 zu einer verwandten Frage beim geplanten § 299a StGB-E (Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen).

²³ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 7/15 v. 27. Februar 2015 (BE: *Frank*), ebenso DAV-Stellungnahme durch *Norouzi/Summerer*, *SpuRt* 2015, 63, 64: „Hybridrechtsgut“. Wie unklar diese Rechtsguts-„Bestimmung“ des AntiDopG-E ist, zeigt sich deutlich, wenn *Grindel*, *BT-Prot.* 18/107, S. 10255 (C) noch in der ersten Lesung des hier zu besprechenden Entwurfs auf die Kritik „vor allem von Strafrechtsprofessoren“ darauf hinweist, dass mit § 299 StGB seit langem der wirtschaftliche faire Wettbewerb geschützt wird. Dies sei auch das Schutzgut des § 1 AntiDopG-E. Jedoch ist der wirtschaftliche Wettbewerbsschutz gerade *nicht* das Ziel von § 1 AntiDopG, sondern es sollen »Fairness und Chancengleichheit« im *sportlichen Wettbewerb* geschützt werden. Demgegenüber schützt § 299 StGB allein den *wirtschaftlichen* Wettbewerb (vgl. statt aller *BGHSt* 49, 215, 229).

²⁴ *Verf.*, in: Vieweg (Hrsg.), *Prisma des Sportrechts*, 2006, S. 33, 55 (*Hervorh. nicht i. Orig.*).

„eignen sich wohl eher als prototypische Beispiele für **diffuse Universalrechtsgüter**. Ihre Unbestimmtheit und **Unbestimmbarkeit** dürfte aufgrund der Präponderanz prinzipiell staatsfreier Festlegung, welches Verhalten nach den **Eigengesetzlichkeiten des Sports** das Prädikat ‚sportlich‘ und ‚fair‘ verdienen soll, sachlogisch vorgegeben sein. Zudem wird hier das Stufenverhältnis zwischen strafrechtlicher Sanktion und der Ahndung bloß moralisch verwerflichen Handelns nicht differenziert genug gewürdigt. Diese Universalrechtsgüter sind daher **nicht** geeignet, **verfassungsrechtlich tragfähige Grundlagen** für eine Neukriminalisierung zu bieten“.

Deshalb fehlt die tatbestandsumschreibende und -begrenzende Wirkung des Rechtsguts, die das *BVerfG* trotz aller verbalen Distanz zur strafrechtlichen Rechtsgutslehre ausdrücklich einfordert – und aus logischen Gründen auch einfordern muss, denn eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der *Mittel* zur Erreichung des vom Strafgesetzgeber angezielten *Zwecks* ist sonst nicht möglich.

Dem kann man zuletzt auch nicht entgegenhalten, der Entwurf habe sich durch die Nennung verschiedener Gesetzeszwecke gerade bemüht, zu mehr Präzision bei der Beantwortung der Rechtsgutsfrage beizutragen. Deutlich wird dies, wenn man das Baukastenprinzip der Entwurfsverfasser fortentwickelt. Hätten die Ressorts § 1 AntiDopG-E also unter Aufnahme der aktuellen Fassung des Olympischen Eides folgendermaßen formuliert

»Dieses Gesetz dient der Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport, um die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern sowie im wahren Geist der Sportlichkeit den Ruhm des Sports und die Ehre zu mehren und damit zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen«

wäre mit »Ruhm und Ehre im Sport« zwar sogar ein drittes Schutzgut (seit der Fassung des Olympischen Eides durch die IOC-Vollversammlung 1999 sogar mit explizitem Anti-Doping-Bezug!) beigefügt worden. Für die Einhegung des Rechtsguts des § 1 AntiDopG-E wäre damit aber nichts gewonnen. Mehr Text bedeutet nicht notwendig ein Mehr an Konkretheit:

„Schutzobjekte von unangreifbarer Abstraktheit sind keine Rechtsgüter“²⁵.

(C) Verfehlung des anzulegenden Offensichtlichkeitsmaßstabs bei der Rechtsgutsfrage

Für einen Abschied von der Idee des Rechtsguts, einer der „Eckpfeiler der deutschen Strafrechtswissenschaft“²⁶, besteht damit gerade angesichts von § 1 AntiDopG-E kein Anlass – ganz im Gegenteil.

Es ist für die in vielerlei Hinsicht vergleichbare Interessenlage bei der materiellen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch den Bundespräsidenten seit langem in der Staatsrechtswissenschaft anerkannt und zudem langjährige deutsche Staatspraxis²⁷, dass Gesetze, die offensichtlich nicht den Anforderungen des Grundgesetzes genügen, sein Prüfungsrecht auslösen. Damit hat aber auch eine Strafnorm, die für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar keine Grundlage in einem mit der **Verfassung kompatiblen Rechtsgut** hat, vor dem Grundgesetz keinen Bestand. So dürfte es nach alledem mit § 1 AntiDopG-E liegen, denn

„anständiger und fairer Umgang untereinander ist zwar wichtig, gehört aber zum Bereich bloßer moralischer Verpflichtungen, hinter denen kein strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut steht“²⁸.

²⁵ Roxin, Strafrecht AT I (Fn. 12), § 2 Rn. 46.

²⁶ Dubber, ZStW 117 (2005), 485.

²⁷ Siehe nur die Ausführungen der beiden früheren Bundespräsidenten R. Herzog, in: Festschrift für Karl Carstens, 1984, S. 601, 609 f. und Rau, DVBl. 2004, 1, 7. Zu diesem Prüfungsansatz bereits knapp Hufen/Verf., JuS 2008, 550, 551 sowie im Einzelnen demnächst (erscheint 2015) Verf., Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrechts, in: Burchard/Brodowski u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege (Gedenksymposium für Joachim Vogel).

²⁸ Kudlich, SpuRt 2014, 212, 213 f. (Hervorh. v. Verf.); i.d.S. auch Künast, Doping ist kein Fall für das Strafrecht, FAZ Nr. 117 v. 22. Mai 2015, S. 10. Ausführlich zum Verbot der Bestrafung bloßer Moralwidrigkeiten nochmals Roxin, Strafrecht AT I (Fn. 12), § 2 Rn. 17 ff.

bb) Zur Unverhältnismäßigkeit der Regelung in § 1 i.V.m. § 4 AntiDopG-E

Jede Strafnorm

„muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen“²⁹.

Deshalb heißt es auch im Koalitionsvertrag zur Frage der Schaffung weiterer Anti-Doping-Regelungen in der 18. Legislaturperiode mit Recht, bei ihnen

„müssen die Grundsätze der Bestimmtheit von Straftatbeständen und die Verhältnismäßigkeit einer strafrechtlichen Sanktion gewährleistet sein“³⁰.

An der Einhaltung dieser Vorgaben mit den §§ 1, 4 AntiDopG-E bestehen **durchgreifende Zweifel**. Da aber – wie gezeigt³¹ – schon die Zwecksetzung des § 1 AntiDopG-E teils nicht legitim und teils mit der Bezugnahme auf ein zu vages Universalrechtsgut zu unbestimmt erscheint, kann (und muss) sich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Regelung auf einige Stichworte beschränken.

(A) Geeignetheit des § 1 AntiDopG-E im Kontext des »Integritätsschutzes« des Sports?

Die Geeignetheit der Regelung zur Erreichung des Integritätsschutzes des Sports ist – soweit dieser überhaupt juristisch fassbar ist – fraglich. Aufgrund der defizitären Beantwortung der Rechtsgutsfrage kommen zahlreiche Sachverhalte in den Blick der Strafverfolgungspraxis, bei denen um

„der Erhaltung der Integrität des Sports“ (§ 1 AntiDopG-E)

willen die **Integrität einzelner Sportlern** beschädigt werden könnte.

²⁹ BVerfGE 120, 224, 239.

³⁰ Soeben *Abschn.* III.1.A.aa.

³¹ Koalitionsvertrag der CDU, SPD und CSU für die 18. Legislaturperiode v. 16. Dezember 2013, S. 96.

Einzelne Berufssportler haben bereits öffentlich die Befürchtung geäußert, dass die uneingeschränkte Besitzstrafbarkeit (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG-E) sie trotz Fehlens einer Dopingabsicht z.B. bei Manipulationen durch Dritte in ein Strafverfahren hineintreiben könnte³². Dies mag man – trotz möglicherweise einschlägiger Vorkommnisse in der Vergangenheit³³ – für eine eher abstrakte Gefahr halten. Hinzu treten aber lebensnahe Fallgestaltungen, in denen dopingrelevante Mittel für Dritte (z.B. Familienangehörige, Trainingspartner) ohne eigene *therapeutic use exemption* zumindest kurzfristig besessen werden.

Die daran anknüpfenden **Befürchtungen** aktiver Sportler bei Einführung einer unbeschränkten Besitzstrafbarkeit auch bei Klein- und Kleinstmengen könnten sich als **berechtigt** erweisen. Ihnen kann jedenfalls nicht allein entgegengehalten werden, es bedürfte einer zusätzlichen deliktischen Absicht. Im Protokoll der ersten Lesung des AntiDopG-E heißt es dazu zum Debattenbeitrag des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz wörtlich und vollständig³⁴:

„Auch die uneingeschränkte Besitzstrafbarkeit ist wichtig und richtig. Ich will auf das Argument, das Sie eben angesprochen haben³⁵, eingehen, weil das sozusagen der Klassikerfall ist: das Asthmaspray der Ehefrau oder des Kindes. Zum Thema ‚Asthma im Leistungssport‘ könnte man jetzt wirklich viel erzählen; darauf will ich verzichten. Aber ich will zumindest darauf hinweisen: Im Gesetzentwurf steht, dass lediglich das Mitsichführen von Dopingmitteln noch nicht strafbar ist; es muss auch nachgewiesen werden, dass es in der Absicht mit sich geführt wird,

(Dagmar Freitag [SPD]: Genau! Mit Vorsatz!)

es nicht der Frau zu bringen, sondern es selber zur Leistungssteigerung und Wettbewerbsverzerrung zu nutzen. Deshalb ist der klassische Asthmafall eben kein Fall, der

³² *Reinsch*, „Das Gesetz schwächt Sportler“: Heidler und Harting kritisieren Anti-Doping-Gesetz, FAZ Nr. 115 v. 20. Mai 2015, S. 28.

³³ Siehe nur *Verf.*, Die Zahnpasta des Leistungssportlers, JA 2002, 560.

³⁴ *Maas*, BT-Prot. 18/107, S. 10252 (C-D); gleichsinnig *Grindel*, BT-Prot. 18/107, S. 10256 (B-C).

³⁵ Vgl. den direkt vorangegangenen Debattenbeitrag *Hahn*, BT-Prot. 18/107, S. 10248 (D).

gegen die uneingeschränkte Besitzstrafbarkeit in Stellung gebracht werden kann“.

Der Hinweis auf die **Gesetzeslage** trifft zu. Er erschöpft aber noch nicht die gesamte rechtliche Problematik, wie sie sich für die **Praxis der Strafverfolg** darstellen dürfte³⁶. Im Einzelnen:

Gem. § 3 Abs. 3 AntiDopG-E soll es verboten werden,

„ein Dopingmittel, das ein in der Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping aufgeführter Stoff ist oder einen solchen enthält, zum Zwecke des Dopings gemäß Absatz 1 zu erwerben oder zu besitzen“.

In der Begründung³⁷ heißt es dazu:

„Das Verbot erfasst nur die Fälle, in denen die Sportlerin oder der Sportler *beabsichtigt*, das Dopingmittel ohne medizinische Indikation bei sich anzuwenden oder anwenden zu lassen, um sich in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen“.

Der Begriff der **Absicht** ist im Strafrecht aber **mehrdeutig**. Unklar bleibt sowohl im Wortlaut des AntiDopG-E als auch in der Begründung bereits, ob „Absicht“ im Sinne eines *dolus directus 1. Grades* (zielgerichtetes Wollen) gemeint ist, oder ob „Absicht“ untechnisch im Sinne eines *dolus directus 2. Grades* (sicheres Wissen) gemeint ist³⁸. Letzterenfalls dürfte es für die subjektive Tatseite genügen, dass der Handelnde **sicher weiß**, dass dem Dopingmittel eine leistungssteigernde Wirkung im Wettkampf zukommt, und er es trotzdem besitzt. Hier empfiehlt sich – sollte sich der Gesetzgeber den in dieser Stellungnahme geäußerten grundlegenden Bedenken gegen die Regelungen des AntiDopG-E verschließen – zumindest eine **Klarstellung** in der **Entwurfsbegründung**, dass zielgerichtetes Wollen erforderlich ist.

³⁶ Ähnlich wohl *Künast, BT-Prot.* 18/107, S. 10259 (C).

³⁷ *BT-Ds.* 18/4898, S. 29 (*Hervorh. v. hier*).

³⁸ Zur Frage der Abgrenzung dieser beiden Vorsatzformen vgl. statt vieler *BGHSt* 18, 151, 152 f.: „Aus dem Gebrauch des Wortes Absicht in der Umgangssprache kann (...) für die Auslegung hier ebensowenig entnommen werden, wie aus der Anwendung des entsprechenden Rechtsbegriffs in den Gesetzen und in der Rechtsprechung. Beide sind mehrdeutig; darauf hat der *BGH* schon wiederholt hingewiesen“.

Dazu tritt aber noch die **strafprozessuale Komponente**. Selbst dann, wenn man Absicht im technischen Sinne zielgerichteten Wollens verstehen würde, unterliegt deren Feststellung im Strafverfahren zunächst der prognostischen Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren und im Weiteren der **freien richterlichen Beweiswürdigung** in der Hauptverhandlung (§ 261 StPO). Hier ist aber – nicht nur dem *Verf.* – aus langjähriger Praxis der Strafverfolgung im BtM-Bereich bekannt, dass allein auf subjektive Deliktsmerkmale setzendes Verteidigungsvorbringen des Beschuldigten kaum erfolgsg geeignet ist. Es handelt sich jedenfalls in den Eingangsinstanzen häufig die (Ab-)Qualifikation als „**Schutzbehauptung**“ ein. Im BtMG-Standardkommentar der Praxis³⁹ heißt es dazu unter der Überschrift „Einlassungen“ z.B. auszugsweise:

„Erklärt der Beschuldigte, er habe die Psilocybinpilze wie Champignons und Steinpilze *als Speisepilze gezogen*, nicht um diese als Betäubungsmittel missbräuchlich zu verwenden, sondern um sie *im Rahmen eines Pilzgerichtes zu verzehren*, so vermögen die **Begleitumstände** u. U. diese **Einlassung zu widerlegen** (...). Wurden *Cannabissamen als Vogelfutter oder Hasenfutter* abgepackt und kostete der Samen ein Vielfaches von dem Normalpreis für Tierfutter und ist der Laden auf den Verkauf von Anbauzubehör, nicht aber auf Tierzubehör und Tierfutter spezialisiert, so kann sich eine derartige **Einlassung als Schutzbehauptung** erweisen. Behauptet ein Beschuldigter, den Hanf *zum Schutz von Rübenfeldern* gepflanzt zu haben und deshalb keiner Erlaubnis zu bedürfen, so muss er nicht nur die Rübenzüchtung, sondern auch die Vernichtung der Pflanzen vor der Blüte **belegen**.“

Die jedenfalls in der staatsanwaltlichen Praxis der Strafverfolgung wegen BtM nicht unübliche **faktische Umkehr der Beweislast** wird gerade mit dem letztgenannten Beispiel überdeutlich („**muss er [...] belegen**“). Durch den mit § 3 Abs. 3 Var. 2 AntiDopG-E geplanten Wegfall der bislang begrenzten Wirkung der nicht geringen Menge (§ 6a Abs. 2a AMG) gewinnt diese Absichtsvermutung im Bereich von **Klein- und Kleinstmengen** eine neue Qualität. An anderer Stelle ist in dem vorerwähnten

³⁹ Körner/Patzak, BtMG, 7. Aufl. 2012, § 29 Teil 2 Rn. 63 f. (*alle Hervorh. i. Orig.*).

Kommentar⁴⁰ selbst zur Einordnung der Rechtsprechung des *BGH* in unserem Zusammenhang zu lesen:

„Der 1. Strafsenat des *BGH* hat in einer Strafsache, in der ein Angeklagter sich damit verteidigte, dass er lediglich in einer Art von **Freundschaftsdienst**, also altruistisch, tätig geworden sei, es für die Annahme von Eigennutz ausreichen lassen, dass *nach Art und Umfang der Tätigkeit andere als eigennützige Motive nach Lage des Falles ausschieden* und ist für diese Entscheidung kritisiert worden. Dabei hat der Senat lediglich die *Gesamtabwägung des Tatgerichtes* bestätigt, der nach Lage des Falles aus den einzelnen Umständen der Geschäftsabwicklung (Art, Umfang, Rauschgiftmenge, Gewinn, Risiko) einen Freundschaftsdienst als **erkennbare Schutzbehauptung zurückgewiesen** und eine Gewinnerwartung angenommen hatte“.

Die alles dürfte belegen, dass eine unbeschränkte Besitzstrafbarkeit kaum geeignet ist, die *Integritas* (Unversehrtheit) des Sports zu mehren. Sie könnte vielmehr primär zu erheblichen **Kollateralschäden** für die Integrität beteiligter Sportler führen⁴¹.

(B) Zur fehlenden Erforderlichkeit des § 1 AntiDopG im Zusammenhang der Rechtstatsachenforschung

Der Evaluierungsbericht zum Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport (DBVG) kam noch im September 2012⁴² zu dem Ergebnis, es stünden **im Grundsatz hinreichende gesetzliche**, administrative und vertragliche **Grundlagen** zur Bekämpfung von Doping im Sport zur Verfügung, die es allerdings in der Praxis auch auszuschöpfen gelte.

Dem lag eine Auswertung der ab dem 1. Januar 2009 verfügbaren Zahlen zu der mit dem DBVG 2007 implementierten AMG-Regelung zugrunde. Sie erbrachte u.a., dass es im Jahr 2011

⁴⁰ Körner/*Patzak*, BtMG (Fn. 35), § 29 Teil 4 Rn. 194 zu *BGH*, StraFo 2004, 180.

⁴¹ Ebenso *Norouzi/Summerer*, SpuRt 2015, 63, 65. Ebenso *Schild*, Festschrift für Walter Kargl, 2015, S. 507, 521; *ders.*, Fairness kann man nicht erzwingen, SZ v. 12. März 2015, S. 2 („Als Konsequenz kann nur festgehalten werden, dass die vorgeschlagene Strafbestimmung gegen Selbstdoping untauglich ist, Fairness zu sichern“) und *Kreuzer*, StV 07/2015 (Editorial), S. 1 („Überdies ist die Strafbarkeit ungeeignet und schon deswegen unverhältnismäßig“).

gegenüber 2007/08 mehr als 5,5 Mal so viele Strafverfahren bzw. fast zwölf Mal mehr Strafurteile im Bereich der Dopingverfolgung gab. Selbst engagierte Kritiker der Anti-Doping-Regelungen im geltenden Strafrecht haben nach der Veröffentlichung des Berichts auch vor diesem Ausschuss eingeräumt, dass sie von den Zahlen positiv überrascht gewesen und Erfolge in der Dopingverfolgung nur schwer bestreitbar seien⁴³. Angesichts dieser empirisch überprüften Ergebnisse und der Kürze des seither vergangenen **Zeitraums** – etwas mehr als **2 ½ Jahre** – ist die **Notwendigkeit** einer Verschärfung der strafrechtlichen Anti-Doping-Regelungen mit dem AntiDopG-E **rechtstatsächlich nicht dargetan**. Ohne die Erfüllung dieser Bringschuld könnte sich der Entwurf dem Verdacht aussetzen, nicht Konsequenz einer Änderung der *tatsächlichen*, sondern der *rechtspolitischen* Verhältnisse zu sein. Das wäre selbst bei weitest möglicher Interpretation gesetzgeberischer Einschätzungsprärogative kein legitimer Grund für Strafschärfungen⁴⁴.

Das geläufige **Gegenargument** ist, dass sich die Dopingbekämpfung aber mit dem **Spitzensport** schwer tue. So gehe es bei fast allen von der Evaluation erfassten Delikten um die Bekämpfung des Doping im Fitnessstudiobereich. In der Tat ist es so, dass Verfahren gegen Spitzensportler nicht signifikant werden konnten, weil die Auswertung des Zahlenmaterials für den Evaluierungsbericht auf die Differenzierung zwischen Breiten- und Spitzensport auf Grundlage des Art. 3 DBVG im Jahr 2007 nicht scharf gestellt worden war, als ich nach Durchführung des Vergabeverfahrens nach § 55 BHO (erst) am 24. Oktober 2011 zum Sachverständigen bestellt worden war. Statt einer follow up-Studie soll nun aber auf **rechtstatsächlich nicht belastbarer Grundlage** das Gesetz an zahlreichen Stellen verschärft werden.

⁴² Bericht der Bundesregierung zur Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport (DBVG), Sp.-Ausschuss-Ds. 17(5)156 (Fn. 20), S. 52 f.

⁴³ Zusf. – m.w.N. – *Verf.*, in: Festschrift für Hans-Heiner Kühne, 2013, S. 107, 109.

⁴⁴ I.d.S. auch Stellungnahme des DOSB zum Referentenentwurf des AntiDopG v. 22. Januar 2015, S. 4 f. und *Norouzi/Summerer*, SpuRt 2015, 63, 64.

Dieses Konzept kann sich kaum das Prädikat rationaler Kriminalpolitik verdienen, denn

„seine Versprechungen stützt es auf eine Dynamik ständiger *Erweiterung*; stets fehlt zum Erfolg angeblich noch eine *letzte* Ausweitung des Tatbestands oder der Ermittlungsmöglichkeiten. In paradoxer Logik speist sich die Legitimität so aus der Erfolglosigkeit: **Je erfolgloser die ‚Bekämpfung‘ bleibt, desto größer muss wohl die Gefahr sein.** Wenn die ‚Hintermänner‘ (...) nicht gefasst werden, beweist dies immer auf Neue gerade ihre Mächtigkeit und die Notwendigkeit, mit der ‚Bekämpfungs‘-Strategie fortzufahren. So treibt das Konzept das rechtsstaatliche Strafrechtssystem vor sich her (...)“⁴⁵.

(C) Angemessenheit des § 1 AntiDopG-E

Insgesamt stellt sich § 1 AntiDopG-E damit in der derzeitigen Fassung als Regelung dar, die auch gegen das **Übermaßverbot** verstoßen dürfte.

Mit großer Präzision und Überzeugungskraft – weshalb es die Stelle hier verdient, hier ungekürzt zitiert zu werden⁴⁶ – heißt es dazu in dem maßgeblich von der SPD/B90/GRÜNEN-Koalition in Baden-Württemberg vorangetriebenen Bundesratsentwurf eines

Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Dopingbekämpfung vom 15. Januar 2014

zu der Forderung des jetzigen § 3 Abs. 1, 3 AntiDopG-E, das strafbewehrte Besitzverbot auf alle Dopingmittel zu erstrecken und das Verbot nicht von einer Mindestmenge abhängig zu machen:

„**Tragfähige Gründe** für eine solche Rechtsänderung **bestehen nicht.** Der hierfür ins Feld geführte **Vergleich mit dem Betäubungsmittelstrafrecht trägt nicht,** weil es an einer vergleichbaren Gefährlichkeit aller Dopingmittel fehlt und auch kein vergleichbares Suchtpotenzial besteht.

⁴⁵ *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 261 Rn. 4b (*Hervorh. teilw. i. Orig.*). Das am Beispiel der Geldwäschebekämpfung formulierte sog. *Fischer-Paradoxon* ist – wie sich zeigt – auf viele Dunkelfeld-Tatbestände übertragbar (vgl. auch SSW-StGB/*Verf.*, 2. Aufl. 2014, § 261 Rn. 2).

⁴⁶ *BR-Ds.* 18/294, S. 14 (*Hervorh. v. Verf.*). Diese Inhalte wurden beim Bundesratsdurchgang des hier zu begutachtenden Gesetzentwurfs eines AntiDopG im Redebeitrag von *Stickelberger*, *BR-Prot.* 933 v. 8. Mai 2015, S. 175 f., nicht mehr aufgegriffen.

Zudem ist der Hinweis darauf, die Anknüpfung der Strafbarkeit an eine nicht geringe Menge erschwere den Tatnachweis oder stehe bereits der Schöpfung eines Anfangsverdachts im Wege, wenn zunächst nur Anhaltspunkte für einen Besitz vorliegen, ohne dass schon ein Bezug zu einer konkreten Menge hergestellt werden kann, nicht weiterführend. Eine materiell-rechtliche Strafnorm bedarf der **Rechtfertigung durch ein zu schützendes Rechtsgut**. Sie darf nicht nur Vehikel zur Verdachtsschöpfung oder zur Erleichterung des Nachweises dessen sein, was eigentlich strafwürdig ist. Mit der Einführung einer Besitzstrafbarkeit für alle Dopingmittel und für jede noch so geringe Menge würde man aber mit dem im Arzneimittelgesetz verbotenen Umgang mit Dopingmitteln einen neuen Zweck verfolgen. Da der Besitz einer geringen Menge von Dopingsubstanzen nur auf eine Verwendung zum Eigendoping, nicht aber auf eine Weitergabe hindeutet, kommt der Schutz der Gesundheit nicht in Betracht, weil Dritte nicht betroffen werden. Die **eigenverantwortliche Selbstschädigung** ist **nach deutschem Recht** grundsätzlich **nicht strafbar**. Strafgrund könnte hier nur die Absicherung sportlicher Fairness sein. Die **Fairness im Sport** als solche ist aber **kein** durch den Staat mit strafrechtlichen Mitteln durchsetzbares **Rechtsgut**.

**b) § 3 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG-E
(Sonderstrafrecht für „Spitzensportler“ und
Gleichgestellte)**

§ 3 Abs. 2 AntiDopG-E will mit dem neuen Rechtsbegriff

„Wettbewerb des organisierten Sports“

ein Sonderstrafrecht für eine überschaubare Gruppe von Spitzenathleten etablieren, die nach den Angaben der Entwurfsverfasser⁴⁷ ca. **7.000 Personen** umfassen soll. Die **gesetzeshandwerkliche Umsetzung** dieses Vorhabens gelingt jedoch nicht; zudem dürfte tatsächlich eine wenigstens deutlich **fünf- oder gar sechsstellige Zahl von Personen** betroffen sein.

**(A) Spannungen der Differenzierung bei
„Sportwettbewerben“ (§ 3 Abs. 2 AntiDopG-E) mit dem
allgemeinen Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG**

Unbeantwortet bleibt bereits die Frage, warum nur bei **0,1 Promille der Bevölkerung** das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Selbstschädigung durchbrochen werden soll. Denn das prima facie vielleicht nahe liegende Argument, hier komme das

zweite Standbein des § 1 AntiDopG-E zum Tragen, die Vorbildfunktion von Fairness und Chancengleichheit

„bei Sportwettbewerben“,

trägt nicht. Denn Wettbewerbe des Sports sind nach den anerkannten Regeln der deutschen Sprache sicher auch

„reine Firmenläufe, Freizeitkickerturniere“

– doch bei diesen soll § 3 Abs. 2 AntiDopG-E nach der Entwurfsbegründung nicht greifen⁴⁸. **Offen** bleibt auch, wie man

„reine Firmenläufe“

einerseits (die nicht unter § 2 Abs. 3 AntiDopG-E fallen sollen⁴⁹) und

„größere Laufveranstaltungen (z.B. Marathon)“

(die unter § 2 Abs. 3 AntiDopG-E fallen sollen⁵⁰) **abgrenzen** soll.

Aus dem Fundus der Abgrenzungsfälle sei der in meiner Heimatstadt heute direkt nach dem voraussichtlichen Ende der Sitzung dieses Ausschusses⁵¹ startende „J.P. Morgan Corporate Challenge“ herausgegriffen. Nach den Angaben des Veranstalters starten dort 70.239 Läuferinnen und Läufer aus 2.682 Unternehmen. Er sei

„seit vielen Jahren der größte Firmenlauf weltweit und die größte Laufveranstaltung in Europa“⁵².

⁴⁷ BT-Ds. 18/4898, S. 33.

⁴⁸ BT-Ds. 18/4898, S. 29.

⁴⁹ BT-Ds. 18/4898, S. 29.

⁵⁰ BT-Ds. 18/4898, S. 29.

⁵¹ Am 17. Juni 2015 um 19³⁰ Uhr.

⁵² <https://www.jpmtcc.de> (URL abgerufen am 10. Juni 2015). Die Schirmherrschaft hat, wie der Veranstalter weiter angibt, Bundesinnenminister *Thomas de Maizière* übernommen.

Würde § 3 Abs. 2 AntiDopG-E greifen oder handelt es sich um einen

„reinen Firmenlauf“

im Sinne der Entwurfsbegründung? Falls nicht: Warum sollte man über 70.000 Teilnehmerinnen und Teilnehmer bei einem 5,6-Kilometer-Lauf (die von größeren Unternehmen wegen der Werbewirksamkeit vorderer Platzierung großzügig gefördert und vom Dienst freigestellt werden) vom Verbot des Selbstdopings von vornherein ausnehmen, die gleiche Klientel aber beim Frankfurt- oder Berlin Marathon⁵³ mit über 36.000 Teilnehmern (in 2013) nicht? Das dürfte **willkürlich i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG** sein, weil es für eine solche Differenzierung keinen vernünftigen, sachlichen oder sonstwie einleuchtenden Grund gibt⁵⁴. Denn

„sieht der Gesetzgeber das Erfordernis strafrechtlichen Schutzes der Gesundheit (...) für gegeben, muss konsequenterweise der Besitz von Kleinmengen von Dopingpräparaten für jedermann, d.h. auch für Breitensportler unter Strafe gestellt werden“⁵⁵.

Ob diese

**„potenzielle Kriminalisierung ganzer
Bevölkerungskreise“⁵⁶**

aber noch verhältnismäßig wäre, muss der Gesetzgeber entscheiden.

(B) Spannungsfeld der objektiven Strafbarkeitsbedingung in § 4 Abs. 6 Nr. 2 AntiDopG-E mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG

Diese Unklarheiten setzen sich fort in der Regelung des § 4 Abs. 6 AntiDopG-E, die als objektive Bedingung der Strafbarkeit nur

⁵³ So ausdrücklich *Grindel, BT-Prot.* 18/107, S. 10257 (A): „Wir wollen ja nicht den Freizeitläufer beim Berlin-Marathon in den Blick nehmen, weil der nicht geeignet ist, die Integrität des Sports zu bedrohen, (...)“. Die inhaltliche Berechtigung des Arguments ist zweifelhaft.

⁵⁴ Zum Prüfungsmaßstab *BVerfGE* 55, 72, 90; 88, 87, 97.

⁵⁵ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 7/15 v. 27. Februar 2015 (BE: *Frank*); ebenso *Norouzi/Summerer, SpuRt* 2015, 63, 64.

⁵⁶ *Verf.*, GA 2007, 579, 588.

„Spitzensportler“

der Strafbarkeit unterwerfen will. Einen hinreichenden sachlichen Grund auch für diese Differenzierung ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Es ist zudem mit § 4 Abs. 6 Nr. 1 AntiDopG-E ein im Entwurf nicht näher begründetes strafrechtliches Novum,

„dass der nationalen Antidopingagentur (NADA) als nicht staatliche Organisation die Möglichkeit gegeben wird, über den Kreis der tauglichen Täter zu bestimmen“⁵⁷.

Diese Konstruktion wirft unter **Gewaltenteilungsaspekten** schwierige Folgefragen auf, die in dieser Stellungnahme nicht geklärt werden müssen. Immerhin stellt sich nach dem Grundgesetz

„die Verhängung einer Kriminalstrafe als ein so schwerwiegender Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers dar, daß sie unter allen Umständen nur durch den Richter vorgenommen werden darf“⁵⁸.

Es ist offen, was daraus für die Bestimmung des Täterkreises durch die NADA folgt.

Zudem dürfte die Regelung in § 4 Abs. 6 Nr. 2 AntiDopG-E zu **unbestimmt i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG** sein. Diese Variante beschränkt die Strafbarkeit auf denjenigen, der

„aus der sportlichen Betätigung unmittelbar oder mittelbar Einnahmen von erheblichem Umfang erzielt“.

Aus Art. 103 Abs. 2 GG wird für Strafgesetze bekanntlich der Bestimmtheitsgrundsatz abgeleitet. Eine strafrechtliche Sanktionsnorm muss demnach so beschaffen sein, dass der

⁵⁷ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 7/15 v. 27. Februar 2015 (BE: *Frank*); ebenso *Norouzi/Summerer*, *SpuRt* 2015, 63, 64; Stellungnahme des DOSB zum Referentenentwurf des AntiDopG v. 22. Januar 2015, S. 9.

⁵⁸ *BVerfGE* 22, 49, 80; s. auch *BVerfGE* 63, 45, 64 f.

Einzelne von vornherein erkennen kann, was verboten ist. Nur so hat er die Chance, sein Verhalten danach ausrichten zu können⁵⁹.

Ich kann hier zunächst zum Teil auf bereits an dem vergleichbaren Versuch in § 4 Abs. 42 AMG-E des baden-württembergischen Bundesratsentwurfs v. 15. Januar 2014 geübte Kritik verweisen⁶⁰. Dort war, ebenfalls mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, der unbestimmte Gesetzesbegriff

„wesentliche Teile des Einkommens“

problematisch. Entscheidend sollten Zuwendungen von „hinreichendem Gewicht“ sein, die „die Hälfte eines bescheidenen Lebenszuschnittes“ ausmachen⁶¹. Nach dieser Logik, die (mit Ausnahme des konkret-individuellen Maßstabs) auch der AntiDopG-E aufnimmt, können im Ergebnis auch Amateure den Testpool-Spitzensportlern des § 4 Abs. 6 Nr. 1 AntiDopG-E gleichstehen, wenn sie erhebliche Einnahmen aus sportlicher Betätigung erzielen. Das widerspricht nicht nur dem natürlichen Sprachempfinden, sondern dürfte auch die Grenzen legitimer gesetzgeberischer Definitionsmacht zumindest berühren: Kann der Gesetzgeber durch einen Federstrich Amateure wie Profis behandeln? Wann zudem konkret

„Einnahmen von **erheblichem Umfang**“

erzielt werden, bleibt gänzlich unklar, weil der Bezugspunkt für den Erheblichkeitsmaßstab auch in der Gesetzesbegründung nicht benannt wird. Es müsse sich, so der Entwurf⁶² schmallippig, nur

⁵⁹ Vgl. etwa *BVerfGE* 21, 73, 79; 25, 269, 285; 71, 108, 115; *BGHSt* 37, 226, 230 f.

⁶⁰ *Verf.*, in: Festschrift für Dieter Rössner, 2015 (im Erscheinen), S. 599, 611 ff. sowie bei *Ebner*, *SpuRt* 2014, 88. Siehe desweiteren zur Frage des personellen Anwendungsbereichs zutr. krit. *Krähe*, *SpuRt* 2015, 1; *Zuck*, *NJW* 2014, 276, 280; *Beukelmann*, *NJW-Spezial* 2010, 56; *Kreuzer*, *Das Verbrechen und wir*, 2014, S. 140 ff.; *ders.*, in: *Gedächtnisschrift für Michael Walter*, 2014, S. 101 ff.; *Kudlich*, *JA* 2007, 90, 94 und *Kauerhof*, *HRRS* 2007, 71, 72 f.

⁶¹ *BR-Ds.* 18/294, S. 17.

⁶² *BT-Ds.* 18/4898, S. 34.

um mehr als eine

„bloße Kostenerstattung“

handeln. Klar ist damit allenfalls, dass – um im Bereich des Fußballs zu bleiben – nicht nur Spieler der ausdrücklich im Entwurf genannten

„3. Fußball-Liga der Herren“⁶³

diese Strafbarkeitsbedingung fast immer erfüllen dürften, sondern wohl auch alle **Herren-Regionalligaspieler** (5 Staffeln zu je 16-18 Mannschaften), wo zumindest Stammkräfte mit bis zu EUR 2.000 monatlich entlohnt werden sollen, sowie wohl auch ein Großteil der **Oberligaspieler** (schon allein ein dutzend Staffeln) und zumindest im Einzelfall und je nach Vertragsgestaltung auch nicht wenige **Verbandsligafußballer**. Dazu treten natürlich noch die **Damenfußballerinnen**⁶⁴.

Wieviele Personen damit insgesamt in denn Einzugsbereich des § 6 Abs. 4 Nr. 2 AntiDopG-E kommen, lässt sich nicht abschließend sagen – dies ist gerade der Kern der verfassungsrechtlich motivierten Kritik⁶⁵. Die Zahl von 7.000 Athleten dürfte hier jedoch um ein Vielfaches überschritten werden und sich – bezogen auf die Gesamtbevölkerung – immerhin im niedrigen einstelligen Promillebereich bewegen. Das ist eine

„**willkürliche Überkriminalisierung des Amateursports**“,

die der Deutsche AnwaltVerein⁶⁶ mit Recht gerügt hat.

⁶³ *BT-Ds.* 18/4898, S. 33.

⁶⁴ Zum Lohngefüge im Amateurfußball zuseh. *Walker, SpuRt* 2015, 94 f.

⁶⁵ Ebenso *Steiner*, ZRP 2015, 51, 53; Stellungnahme des DOSB zum Referentenentwurf des AntiDopG v. 22. Januar 2015, S. 10. A.A. *Mortsiefer, SpuRt* 2015, 2, 4.

⁶⁶ *Norouzi/Summerer, SpuRt* 2015, 63, 64 (*Hervorh. v. Verf.*).

2. Artikel 5 (Änderung der Strafprozessordnung)

a) **Fehlen eines Beweisverwendungsverbots im AntiDopG-E auf Grundlage des Gemeinschuldner-Beschlusses des BVerfG**

Nach Ziff. 5.3.2. des NADA-Codes 2015 sind

„*Athleten, die dem Testpool der NADA zugehörig sind, an einem Wettkampf teilnehmen oder auf sonstige Weise dem Anwendungsbereich des NADC unterfallen, (...) verpflichtet, sich zu jeder Zeit und an jedem Ort Dopingkontrollen der für die Durchführung von Dopingkontrollen zuständigen Anti-Doping-Organisationen zu unterziehen*“.

Ein Verstoß gegen diese **aktive Mitwirkungspflicht**, also die Umgehung einer *Probenahme* oder die Weigerung oder das Unterlassen ohne zwingenden Grund, sich nach entsprechender Benachrichtigung einer gemäß den anwendbaren Anti-Doping-Bestimmungen zulässigen *Probenahme* zu unterziehen, führt für den Athleten zu den schwerwiegenden Konsequenzen des in **Art. 10 NADC 2015** vorgesehenen **Sanktionsinstrumentariums**. Sie können in dem überschaubaren Zeitfenster körperlicher Höchstleistungsfähigkeit existenzbedrohende bis -vernichtende Ausmaße annehmen (z.B. eine 4-jährige Regelsperre nach 10.2.1.1 NADC 2015⁶⁷).

Andererseits führt regelmäßig diese durch die sanktionsbewehrte Mitwirkungspflicht abgesicherte Handlung erst zum **strafprozessualen Anfangsverdacht** des Verstoßes gegen die „**Selbstdoping**“-Strafvorschrift in § 3 AntiDopG-E. Der Weg dorthin wird über

„*Blut- oder Urinproben des Athleten*“⁶⁸

führen, aus denen sich ergibt, dass er ein Dopingmittel angewendet hat oder hat anwenden lassen.

⁶⁷ *Geistlinger/Schaffelhofer*, SpuRt 2015, 101, 105. Die dort geltend gemachten Bedenken wegen der Verhältnismäßigkeit der NADC-Regelung teile ich nicht.

⁶⁸ Amtlicher Kommentar zu Art. 3.2 NADC 2015.

In der Strafprozessordnung wird aber der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* als selbstverständlich vorausgesetzt und unter anderem mit Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) auch völkerrechtlich verbindlich gemacht. Die ständige Rechtsprechung⁶⁹ versteht das Prinzip als rechtsstaatlichen **Schutz vor** einem Zwang zu **aktiver Mitwirkung am eigenen Strafverfahren**.

In dem für die Praxis auch heute noch grundlegenden Gemeinschuldnerbeschluss hat das *BVerfG*⁷⁰ dem Schuldner im Konkursverfahren, welcher nach der Konkursordnung (jetzt: Insolvenzordnung) zur uneingeschränkten Auskunft über seine Vermögensverhältnisse verpflichtet war, ein **Beweisverwertungsverbot** zuerkannt, wenn er bei dieser Auskunft **eigene strafbare Handlungen** offenbaren muss. Das *BVerfG* führt zur Begründung aus, diese erzwingbare Auskunftspflicht sei als Eingriff in die Handlungsfreiheit sowie als Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG zu beurteilen. Ein Zwang zur Selbstbezichtigung berühre zugleich die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG), wenn dessen Aussage gegen ihn selbst verwendet werde. Art und Umfang des durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutzes hänge auch davon ab, ob und inwieweit andere auf die Information der Auskunftsperson angewiesen seien, ob insbesondere die Auskunft Teil eines durch eigenen Willensentschluss übernommenen Pflichtenkreises sei. In solchen Kollisionslagen hat das *Gericht* – u.a. auch bezogen auf disziplinarrechtliche Verfahren – die Lösung entsprechend §§ 136a Abs. 3 StPO, 393 Abs. 2 AO in einem Beweisverwertungsverbot für das Strafverfahren gesucht⁷¹.

⁶⁹ *BVerfGE* 56, 37, 50; *BGHSt* (GrS) 42, 139, 151 f., noch weiter sogar *BGHSt* 52, 11, 20 f. Tz. 30 m. zust. Bespr. *Verf.*, *JuS* 2007, 1146, 1148; zusf. zu dieser Entscheidung *Verf.*, *StraFo* 2011, 117, 119 f.

⁷⁰ *BVerfGE* 56, 37, 51 f., bestätigt u.a. durch *BVerfGE* 95, 220, 241 f., 120, 351, 370; 133, 168, 201. Siehe dazu bereits *Verf.*, *SpuRt* 2005, 141, 1465 und zusf. zum rechtlichen Kontext *Verf.*, Gutachten C zu 67. Deutschen Juristentag 2008, S. C 79 f.

⁷¹ Vgl. bereits *meine* Stellungnahme auf der 69. Sitzung des Sportausschusses des Deutschen Bundestages „Strategien und Instrumente in Dopingverfahren in den USA und Deutschland

Der Anwendung dieser Grundsätze auf die zwangsbewehrte Pflicht zur Abgabe von Blut und Urinproben, die zur Einleitung von Strafverfahren nach § 3 Abs. 1 AntiDopG-E führen, könnte man nur entgegenzuhalten versuchen⁷², dass es sich bei der Mitwirkungsverpflichtung des Athleten nicht um originär **staatlich erzwungene Aussagen** handele, sondern um solche, die aus einer vertraglichen Verpflichtung bzw. einer faktischen Drucksituation im Verhältnis zwischen zwei Privaten resultierten. Das würde der tatsächlichen Rechtsstellung des Sportlers gegenüber der NADA aber kaum gerecht werden. Insbesondere ist die **NADA** ungeachtet der formal privatrechtlichen Organisationsform als Stiftung eine **öffentliche Stelle** im Sinne verschiedener Rechtsvorschriften. § 8 AntiDopG-E setzt das jetzt (zu Recht) zwanglos voraus. Ansonsten wäre eine Datenübermittlung an die NADA von Seiten der Gerichte und Staatsanwaltschaften kaum denkbar⁷³.

Auch inhaltlich besteht eine kaum übersehbare Parallele zwischen dem Schuldner im Insolvenzverfahren und dem des „Selbstdopings“ beschuldigten Athleten, da die Auskunftsverpflichtungen jeweils den insoweit vorrangigen Interessen des Auskunftsberechtigten dienen⁷⁴. Dazu tritt der der **Monopolstellung der Sportverbände** inhärente **Zwang** für den leistungswilligen Athleten, sich diesem Regime unterwerfen zu müssen, um startberechtigt zu bleiben⁷⁵. Im Gegensatz dazu

(USADA und NADA)“ am 30. Januar 2013 (*Sportausschuss-Ds.* 17[5]176) = *SpuRt* 2013, 90, 92.

⁷² Vgl. *Hauptmann/Rübenstahl*, HRRS 2007, 143, 150; *P. König*, JA 2007, 573, 576 und *Kolbe*, Strafprozessuale Aspekte der strafrechtlichen Dopingverfolgung, 2012, S. 113 ff., freilich alle zur bisherigen Rechtslage, die das eigenverantwortliche Doping – anders als nunmehr mit § 3 AntiDopG-E beabsichtigt – nicht pönalisiert.

⁷³ Erfreulicherweise hat die Begründung zu § 8 AntiDopG-E (*BT-Ds.* 18/4898, S. 36) meine in *SpuRt* 2013, 90, 93 f. ausgeführte inhaltliche Argumentation bis in den Wortlaut hinein aufgegriffen.

⁷⁴ Siehe *Kudlich*, JA 20 07, 90, 95; *Verf./Kirsch*, in: Rotsch (Hrsg.), Handbuch Criminal Compliance, 2015, § 33 Rn. 93 m. zahlr. Nachw.

⁷⁵ Dies war – ohne dass ich *inhaltlich* zu der Rechtsfrage Stellung nehmen möchte – die zentrale Begründung des *LG München I* (SchiedsVZ 2014, 100, 105), um die Schiedsvereinbarungen zwischen *Claudia Pechstein* und den Eisschnelllaufverbänden für

hätten die Strafverfolgungsbehörden im Verfahren nach § 3 AntiDopG-E aber kein unbeschränktes Recht, die Blut- oder Urinprobe nach § 81a StPO zwangsweise zu erheben. Dies kann vielmehr im Einzelfall wegen des *nemo tenetur*-Grundsatzes die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme bedingen⁷⁶.

Zu diesen zentralen Fragen verhält sich die Begründung zu § 3 AntiDopG-E nicht einmal im Ansatz. Setzte man sich über die hier geltend gemachten grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 3 Abs. 1 AntiDopG-E hinweg, wäre nach dem redaktionellen Vorbild des unmittelbar auf den Gemeinschuldner-Beschluss zurückzuführenden § 97 Abs. 1 S. 3 InsO⁷⁷ zumindest folgende Regelung – zweckmäßigerweise als § 13 AntiDopG n.F. – zu erwägen:

„Eine Blut- oder Urinproben des Athleten, die er als Teilnehmer eines Wettbewerbs des organisierten Sports gemäß seiner Verpflichtung nach dem Nationalen Anti Doping Code [folgt Fundstelle] abzugeben hat, darf in einem Strafverfahren nach § 3 dieses Gesetzes nur mit Zustimmung des Athleten verwendet werden“.

Sollte sich der Gesetzgeber einer solchen Regelung verschließen, könnte es in der Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverböten liegen, dass die Strafgerichte in Verfahren, denen ein Verdacht nach § 3 AntiDopG-E zugrunde läge, das zentrale **Beweismittel** mit einem **Verwendungsverbot** – also einem weit reichenden Beweisverwertungsverbot⁷⁸ – zu belegen haben müssten. Dies wird im Beschluss der 2. Kammer des 2. Senats des BVerfG vom 6. November 2007⁷⁹ zur Frage der **disziplinarischen Ahndung** eines Untersuchungsgefangenen wegen der **Verweigerung der Mitwirkung an einer Urinkontrolle**

unwirksam erklären zu können, vgl. *Duvel/Rösch*, SchiedVZ 2016, 216, 222 mit Fn. 58.

⁷⁶ *Verf.*, SpuRt 2013, 90, 92; vgl. – je m.w.N. – zu den unklaren Grenzen BVerfGE 21, 211, 129; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 81a Rn. 1 a.E.

⁷⁷ *Verf.*, Gutachten C zu 67. Deutschen Juristentag 2008, S. C 80.

⁷⁸ Zu den umstrittenen Einzelheiten *Verf.*, Gutachten C zu 67. Deutschen Juristentag 2008, S. C 32 f., 96.

⁷⁹ BVerfGK 12, 378, 381 f. (*Hervorh. v. Verf.*).

zumindest nahe gelegt. Aus einem entsprechenden Selbstbeziehungszwang würde

„die **Unzulässigkeit der Verwertung der gewonnenen Probe** jedenfalls **in einem Strafverfahren** folgen; denn die Anordnung erfolgte hier nicht, um den Untersuchungsgefangenen einer Straftat zu überführen, sondern zur Abwehr von Gefahren für Dritte“.

Beim Fehlen anderer valider Beweismittel wäre – ungeachtet des Durchgreifens etwaiger sportrechtlicher Sanktionen nach dem NADC – ein **Freispruch** des Sportlers die von der Strafprozessordnung vorgezeichnete Folge⁸⁰.

Gegen diese Argumentation mag man zuletzt noch einzuwenden versuchen, dass die Abhängigkeit der Verwertbarkeit der Blut- oder Urinprobe von der **Zustimmung des Sportlers** die Strafverfolgung wegen eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 AntiDopG-E ins Mark treffen würde, weil die „Anwendung“ des Dopingmittels dann in vielen Fallkonstellationen kaum nachweisbar sein dürfte. Richtigerweise würde sich darin wohl allerdings nur das Vorrangverhältnis des Sanktionsinstrumentariums der Instanzen des Sports gegenüber dem staatlichen Recht reflektieren. Gerade sie können, sollen und müssen auf eigenverantwortliches Doping mit Beweislastumkehr, Schuldvermutung und dem Haftungsmaß der *strict liability* reagieren.

b) Erweiterung der TKÜ-anordnungsbegründenden Tathandlungen nach § 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO

Die paradoxe Logik der Erweiterung von gesetzlichen Eingriffsermächtigungen im *Fischerschen* Sinne⁸¹ zeigt sich zuletzt in der geplanten Erweiterung des Vortatenkatalogs des § 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO, der zukünftig bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für alle der in § 4 Abs. 4 Nr. 2 lit. b AntiDopG-E genannten Tathandlungen einschlägig sein soll. Die

⁸⁰ I.d.S. auch Stellungnahme des DOSB zum Referentenentwurf des AntiDopG v. 22. Januar 2015, S. 10.

⁸¹ Oben *Abschn.* III.1.a.bb.(B).

Rechtfertigung für diese laut den Entwurfsverfassern⁸²

„geringfügige Erweiterung der Möglichkeiten für eine Telekommunikationsüberwachung“

wird explizit⁸³ auch daraus bezogen, dass im Jahr 2013 in 153 Fällen TKÜ-Maßnahmen angeordnet wurden. Nach den mir vom Bundesamt für Justiz für das Jahr 2008 mitgeteilten amtlichen Zahlen waren es noch nur fünf Jahre vorher nur 15 Verfahren, in denen TKÜ-Maßnahmen mit AMG-Bezug⁸⁴ nach § 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO angeordnet waren⁸⁵. Das heißt, die **Verzehnfachung** der TKÜ-Anordnungen **innerhalb von fünf Jahren** wird zum Anlass genommen, die Anordnungsmöglichkeiten weiter **auszuweiten**. Dies geschieht, ohne rechtstatsächlich zu fragen, ob und ggf. was diese Anordnungen erbracht haben und in wievielen Fällen die Bezugsverfahren mit einer Einstellung oder einem Freispruch endeten. Das ist ersichtlich **nicht sachgerecht**. Der Gesetzgeber ist vielmehr gehalten, sich bei der Normierung potentieller Tathandlungen einer Anlasstat nach § 100a StPO die hohe Bedeutung des Telekommunikationsgrundrechts vor Augen zu führen⁸⁶.

⁸² *BT-Ds.* 18/4898, S. 42.

⁸³ *BT-Ds.* 18/4898, S. 42.

⁸⁴ Durch den mit Artikel 1 Nr. 7 i.d.F. des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 27. April 2007 eingefügten § 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO-E (vgl. Art. 1 Nr. 7 auf *BR-Ds.* 275/07, S. 94) rechtfertigen seither Straftaten nach § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG unter den in § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2b AMG genannten Voraussetzungen Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung, vgl. *Verf.*, in: Höfling/Horst (Hrsg.), *Doping – warum nicht?*, 2010, S. 69, 73 f.

⁸⁵ Bundesamt für Justiz, Referat III 3, 4104/1-B7 178/2009 v. 14. Juli 2009, S. 3. Davon betrafen allein 10 Anordnungen die bayerische Justiz. In 2011 wurden in insgesamt 61 Verfahren Maßnahmen der TKÜ durchgeführt (2010: 34 Verfahren, 2009: 60 Verfahren), vgl. den Bericht der Bundesregierung zur Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport (DBVG), Sp.-Ausschuss-Ds. 17(5)156 (Fn. 20), S. 33.

⁸⁶ Siehe *BVerfGE* 35, 185, 189 (zu § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO) sowie Stellungnahme des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (*BE: Weichert*) vom 28. Mai 2015, S. 9.

IV. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Es bestehen **schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken** gegen den vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Dopings im Sport (Anti-Doping-Gesetz – AntiDopG-E), weil

- **§ 1 i.V.m. § 4 AntiDopG-E** nicht den Anforderungen genügt, die von Verfassungs wegen an ein **Rechtsgut** als Grundlage jeder Strafnorm zu stellen sind; insbesondere sind »Fairness« und »Chancengleichheit« bei Sportwettbewerben keine durch den Staat mit den eingriffsinvasiven Mitteln des Strafrechts durchsetzbaren Güter,
- sich die Regelungen zudem in der derzeitigen Fassung des Regierungsentwurfs als **unverhältnismäßig** darstellen, da
 - § 1 AntiDopG-E zur Erhaltung der Integrität des Sports kaum **geeignet** sein dürfte; vielmehr dürfte er in der Praxis zu einer weitgehenden faktischen Umkehr der Beweislast im Strafverfahren gegen den dopingverdächtigen Sportler führen,
 - die **Erforderlichkeit** einer erneuten Verschärfung der strafrechtlichen Anti-Doping-Regelungen im AntiDopG-E gegenüber den erst 2012 vorgelegten Evaluierungsergebnissen zum DBVG rechtstatsächlich nicht dargetan ist,
 - die Bestrafung eigenverantwortlicher Selbstschädigung auf Grundlage des § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG-E nach deutschem Verfassungsrecht gegen das **Übermaßverbot** verstoßen dürfte,
- die Differenzierung in **§ 3 Abs. 2 AntiDopG-E** zwischen verschiedenen Arten von Sportwettbewerben **willkürlich** i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG sein dürfte, weil für sie schon am Beispiel der Unterscheidung zwischen Marathonveranstaltungen und großen Firmenläufen kein vernünftiger, sachlicher oder sonstwie einleuchtender

Grund ersichtlich ist,

- die objektive Strafbarkeitsbedingung in **§ 4 Abs. 6 Nr. 2 AntiDopG-E** mit dem **Bestimmtheitsgrundsatz** des Art. 103 Abs. 2 GG kaum vereinbar sein dürfte und zu einer **willkürlichen Überkriminalisierung** des Amateursports zu führen droht,
- entgegen der plausibel begründbaren inhaltlichen Reichweite der verfassungsrechtlich garantierten Freiheit des **Zwangs zur Selbstbeziehung** (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG) ein Verwendungsverbot für die mit Sanktionen nach Art. 10 NADC erlangbaren Blut- und Urinproben in Verfahren wegen eigenverantwortlichen Dopings nach **§ 3 Abs. 1 AntiDopG-E** nicht erwogen wird.