

recht

4/22

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

40. Jahrgang

Inhalt

- 171 *Lea Bachmann*
Dopingkontrollen und nemo tenetur se ipsum accusare
- 188 *Aline Kratz-Ulmer*
Foundation Governance
- 193 *Phil Baumann*
Regelungsinstrumente für bezahlbare Mietwohnungen
- 207 *Dominik Balmer*
Transmission d'office et décision d'irrecevabilité
-

Im Fokus

- 213 *Diego Stoll*
Sind die Tage des nahehelichen Unterhalts gezählt?



Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2022

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 261.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 190.–

Ausland: Europa CHF 271.–
Welt CHF 287.–

Onlineabo: CHF 216.–

Einzelheft: CHF 68.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 82,

mediavermarktung@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2022

Gesamtherstellung: Stämpfli Kommunikation, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht,
Privatrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,
Wirtschafts- und Europarecht,
Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Zürich

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsrecht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht,
Universität Basel

Lea Bachmann

Dopingkontrollen und nemo tenetur se ipsum accusare

Strafprozessuale Probleme bei der Verfolgung von Dopingdelinquenten im Profisport

Verbietet das Selbstbelastungsprivileg, dass positive Dopingproben in einem Strafverfahren gegen einen mutmasslich dopenden Athleten verwertet werden können? Diese bisher in der Schweiz noch nicht diskutierte Frage steht im Mittelpunkt des folgenden Beitrags. Zwar gibt es bereits zahlreiche Überlegungen zu der materiell-rechtlichen Strafbarkeit von Dopingsündern. Jedoch scheint sich bisher noch niemand mit dem schwelenden Konflikt hinsichtlich des Strafprozessrechts beschäftigt zu haben: nemo tenetur se ipsum accusare, niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Doping und Dopingbekämpfung
 1. Doping
 2. Dopingbekämpfung
- III. Materiell-rechtliche Strafbarkeit von Doping
 1. Sonderbestimmungen für dopende Athleten?
 2. Doping als Betrug i. S. v. Art. 146 StGB
- IV. Prozessrechtliche Herausforderungen
 1. Dopingkontrollsystem
 2. Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren
 3. Vereinbarkeit des Dopingkontrollsystems mit dem Nemo-tenetur-Prinzip?
- V. Fazit
- VI. Ausblick

I. Einleitung

«Doping. Das ist wohl das schlimmste Wort im Sport. Es steht für Betrug (...).»¹

Im Juli 2021 erschüttern gleich zwei Doping-skandale die Schweizer Leichtathletikwelt: Sowohl Hürdenläufer Kariem Hussein als auch Sprinter Alex Wilson wurden positiv auf verbotene Substanzen getestet. Hussein hat seinen Fehler sogleich zugegeben und eine neunmonatige Sperre akzeptiert. Wilson wurde nach einem langen Verfahren zu einer Sperre von vier Jahren verurteilt; das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.² Ein weiterer Dopingskandal, dieses Mal auf der Weltbühne der Leichtathletik, folgte: Sprinterin Blessing Okagbare (NGA) qualifizierte sich am 30. Juli 2021 an den olympi-

schen Spielen in Tokyo für das 100 m Halbfinale. Beim Halbfinale am Tag darauf stand sie jedoch nicht am Start – sie wurde aufgrund eines positiven Dopingtests vom 19. Juli 2021 vorläufig suspendiert. Dabei hat sie selbst schon schmerzhaft Erfahrungen mit dopenden Konkurrentinnen gemacht, als sie an den olympischen Spielen in Peking 2008 Dritte wurde, später aber die Silbermedaille zugesprochen erhielt, weil die eigentliche Zweite des Dopings überführt wurde.³

Athletinnen wissen über Doping und dessen Konsequenzen Bescheid. Jedes Jahr organisieren nationale und internationale Verbände wie etwa der Schweizer Leichtathletikverband swiss athletics oder der europäische Leichtathletikverband European Athletics (teils obligatorische⁴) Schulungsprogramme, die über die Verwerflichkeit, die Gefahren und (disziplinarrechtlichen) Folgen von Doping aufklären.⁵ Die Botschaft ist jeweils klar: Doping ist Betrug. Und Betrug wird bestraft. Aber handelt es sich dabei auch um einen strafrechtlich relevanten Betrug? Und wenn ja, kann dieser strafrechtlich relevante Betrug auch strafrechtlich verfolgt werden? Denn im Bereich des bezahlten Profisports⁶ verstösst Doping nicht nur in grösster

³ Positiver Dopingtest – Nigerianerin Okagbare vor 100-Meter-Halbfinale gesperrt, Der Spiegel vom 31. 7. 2021, <<https://www.spiegel.de/sport/olympia/olympia-2021-positiver-dopingtest-blessing-okagbare-vor-100-meter-halbfinale-gesperrt-a-9665b0fb-d050-4b85-9cdc-1787a3d9985e>> (6. 1. 2022).

⁴ Etwa «Clean Winner» und «I Run Clean» sind obligatorisch zu absolvierende E-Learning Programme für alle Athletinnen, die an Meisterschaften des Europäischen Leichtathletikverbandes teilnehmen wollen <<https://www.swiss-athletics.ch/de/athleten/anti-doping/>> (6. 1. 2022).

⁵ Siehe das «I Run Clean»-Programm des europäischen Leichtathletikverbandes: <<https://www.irunclean.org/Home/Cultures>> (6. 1. 2022).

⁶ Der Beitrag beschränkt sich auf strafprozessuale Probleme bei der Verfolgung von Dopingsündern im Profisport. Unter dem Begriff «Profisport» ist der bezahlte – professionelle oder halbprofessionelle – Sport zu verstehen, i. e. Athleten, die für ihre sportliche Leistung in irgendeiner Art Geld erhalten – sei es von einem Sportverein, von Sponsoren, über die Teilnahme an Wettkämpfen (Startgeld und Siegesprämien) etc. Es besteht folglich nicht nur ein sportliches Konkurrenzverhältnis, sondern die Athleten stehen auch im wirtschaftlichen Wettbewerb (vgl. *Trunz, M.*, Ein globaler

Lea Bachmann, MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Juristische Fakultät der Universität Basel.

Ich danke Prof. Dr. Sabine Gless und MLaw Iris Weidmann ganz herzlich für die kritische Lektüre des vorliegenden Beitrags und ihre vielen sehr wertvollen Anregungen. Mein Dank gilt zudem Prof. Dr. Christopher Geth für die Betreuung der diesem Beitrag zugrunde liegenden Seminararbeit.

¹ Geisser, R., Doping mit Sugus für Wanderer: Kariem Hussein für neun Monate gesperrt, NZZ vom 24. 7. 2021, 15.

² Geisser, R., Es war Doping, NZZ vom 29. 6. 2022, 15.

Weise gegen das Sportethos, sondern hat auch wirtschaftliche Folgen – etwa für betrogene Veranstalter und Sponsoren.

Um oben genannte Fragen zu beantworten, werden zunächst die wichtigsten Begriffe und Grundlagen (II.), dann die materiell-rechtliche Strafbarkeit des Dopings erläutert (III.). An die Kernfrage, ob gedopte Athleten im bezahlten Profisport den Betrugstatbestand gemäss Art. 146 StGB erfüllen (III. 2.), knüpfen die strafprozessualen Fragen an: Steht etwa das Nemo-tenetur-Prinzip einer Strafverfolgung im Weg? Denn bei Dopingkontrollen herrscht eine Mitwirkungspflicht, die durch entsprechende Sanktionierung im Doping-Statut abgesichert wird.⁷ Fraglich ist deshalb, ob Dopingproben mit Blick auf diese sanktionierten Mitwirkungspflichten überhaupt als Beweise in einschlägigen Strafverfahren verwertet werden dürfen (IV.).

II. Doping und Dopingbekämpfung

Zwar kann sich wohl jeder etwas unter dem Begriff Doping und der Dopingbekämpfung vorstellen. Für die Zwecke dieser Ausführungen ist aber wichtig, von der gleichen Begriffsbestimmung auszugehen und das System der Dopingbekämpfung zu verstehen. Deshalb werden im Folgenden die wichtigsten Begriffe definiert sowie die Struktur der privatrechtlichen Dopingbekämpfung in den Grundzügen erläutert.

1. Doping

Die Etymologie des Begriffes «Doping» ist nach wie vor nicht vollständig geklärt.⁸ Ebenso war lange unklar, wie der Begriff zu definieren ist, was die (internationale) Dopingbekämpfung erschwerte.⁹ Für eine Harmonisierung des Dopingbegriffs sorgte schliesslich der World Anti-Doping Code (WADC) der World Anti-Doping Agency (WADA) im Jahr 2004.¹⁰ Er definiert Doping generalklauselartig als

Lösungsansatz zur Bekämpfung der Spiel- und Wettspielmanipulation im Sport, Zürich 2016, 249 f.). Eine allfällige Problematik im (unbezahlten) Amateur- und Breitensport ist nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

⁷ Art. 10.3.1 i. V. m. Art. 2.3 Doping-Statut (<https://www.sportintegrity.ch/sites/default/files/doping-statut_2021_de.pdf> [6. 1. 2022]); ausführlich hierzu IV. 1.

⁸ Zu den beiden Theorien siehe *Natsch, M.*, Dopingbekämpfung und Unschuldsvermutung. Die Rechtsprechung der Disziplinarkammer für Dopingfälle von Swiss Olympic unter besonderer Berücksichtigung der Unschuldsvermutung, Bern 2009, Fn. 138.

⁹ Siehe für eine Übersicht zu den diversen Definitionen *Natsch* (Fn. 8), 40 f.

¹⁰ Art. 1 WADC (<https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf> [6. 1. 2022]); *Contat L. et al.*, Erfolgreiche Dopingbekämpfung mittels Sportförderungsgesetz? – Versuch einer Bilanz nach acht Jahren, CaS 2016, 160 f.

sämtliche Verstösse gegen Antidopingbestimmungen.¹¹ Diese Definition wurde in Umsetzung des World Anti-Doping Codes von Swiss Olympic wörtlich in das Doping-Statut übernommen.¹² Aufgrund der sehr weit gefassten Definition fallen auch Verstösse gegen spezifische Verhaltensregeln wie etwa eine Verweigerung einer Dopingkontrolle¹³ oder ein Meldepflichtverstoss¹⁴ der Athleten unter den Tatbestand des Dopings.

Eine andere Definition enthält das Sportförderungsgesetz in Art. 19 Abs. 1. Es definiert Doping als Missbrauch von Mitteln und Methoden zur Steigerung der körperlichen Leistungsfähigkeit. Diese Definition ist im Vergleich zur oben genannten Definition des Doping-Statuts bzw. des World Anti-Doping Codes enger, zumal sie nur die unerlaubte Leistungssteigerung erfasst, nicht aber andere Verstösse gegen das Doping-Statut wie etwa Meldepflichtverstösse. Im Rahmen dieses Beitrags interessiert nur die allfällige Strafbarkeit der unerlaubten Leistungssteigerung bzw. deren Verfolgbarkeit, weshalb die generalklauselartige Definition des World Anti-Doping Codes bzw. des Doping-Statuts zu weit ist und jene SpoFöG passender. Folglich ist im Kontext dieser Ausführungen unter dem Begriff Doping lediglich das Selbstdoping der Athleten zu verstehen, i. e. das Einsetzen von verbotenen Methoden sowie die Einnahme bzw. das Vorhandensein einer verbotenen Substanz im Körper, um die sportliche Leistungsfähigkeit zu steigern.¹⁵

2. Dopingbekämpfung

Viele Dopingmittel und -methoden können schwere gesundheitliche Schäden nach sich ziehen,¹⁶ weshalb die Dopingbekämpfung zum einen dem Gesundheitsschutz der Athleten dient.¹⁷ Zum anderen soll der Kampf gegen Doping für Fairness und Chancengleichheit der Teilnehmenden an sportlichen Wettkämpfen sorgen. Chancengleichheit besteht nur, wenn nicht gedopt wird, i. e. niemand die eigene Leistungsfähigkeit und somit seine Gewinnchancen durch Einsatz verbotener Methoden

¹¹ Art. 1 WADC.

¹² Art. 1 Doping-Statut.

¹³ Art. 1 i. V. m. Art. 2.3 Doping-Statut.

¹⁴ Art. 1 i. V. m. Art. 2.4 Doping-Statut.

¹⁵ Vgl. *Bernasconi, M.*, Sport- und Wettbetrug: Athleten als Betrüger – oder als Opfer, in: Ackermann/Hilf (Hrsg.), Alles Betrug? – Betrug, Betrüger und Betrogene in der Strafrechtspraxis, 7. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2014, 120.

¹⁶ Für einen Überblick zu Nebenwirkungen von verbotenen Substanzen und Methoden siehe <<https://www.sportintegrity.ch/anti-doping/praevention/ausbildung/mobile-lesson>> (6. 1. 2022).

¹⁷ *Kleiner, J./Bernasconi, M.*, Betrügerische Machenschaften rund um Sportveranstaltungen: Eine Kurze Einführung, Anwaltsrevue 2013, 336.

und/oder Einnahme verbotener Substanzen steigert.¹⁸ Daher wird Doping sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene durch diverse Organisationen, wie etwa die Stiftung Swiss Sport Integrity oder die World Anti-Doping Agency, bekämpft. Die rechtlichen Grundlagen der Dopingbekämpfung finden sich auf der Ebene des Völkerrechts, des öffentlichen Rechts, des staatlich gesetzten Privatrechts und des autonom verabschiedeten Privatrechts.¹⁹

Hinzuweisen ist zunächst auf den wohl wichtigsten Akteur in der internationalen Dopingbekämpfung: die World Anti-Doping Agency. Es handelt sich dabei um eine unabhängige²⁰ Stiftung mit Sitz in Lausanne, die 1999 vom Internationalen Olympischen Komitee gegründet wurde. Um ihr statutarisches Ziel – die internationale Bekämpfung von Doping – zu erreichen, hat die World Anti-Doping Agency im Rahmen ihres World Anti-Doping Programms (WADP) mit dem World Anti-Doping Code, acht sogenannte Internationalen Standards, und diversen Modellregeln und Richtlinien ein internationales Regelwerk für den Kampf gegen Doping geschaffen.²¹ Diese Instrumente dienen in erster Linie der Harmonisierung der Dopingbekämpfung²² und sind grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar.²³ Es handelt sich dabei um Richtlinien, zu deren geeigneter Umsetzung sich die Signatäre vertraglich verpflichtet haben.²⁴

In der Schweiz wird aus Art. 68 Abs. 1 BV zur Sportförderung eine Aufgabe des Staates zum Schutz der Bevölkerung gegen die negativen Aspekte des Sports gelesen; dazu gehört auch der Kampf gegen Doping.²⁵ Diesem Verfassungsauftrag ist der Gesetzgeber mit Art. 18–25 SpoFÖG

nachgekommen.²⁶ Der World Anti-Doping Code wird in der Schweiz durch das Doping-Statut von Swiss Olympic, dem Dachverband des Schweizer Sports bzw. dem Nationalen Olympischen Komitee der Schweiz,²⁷ umgesetzt.²⁸ Für die Dopingbekämpfung verantwortlich ist die Stiftung Swiss Sport Integrity, welcher der Bund sämtliche Aufgaben nicht-hoheitlicher Natur im Bereich der Dopingbekämpfung – darunter die Durchführung von Dopingkontrollen – übertragen hat.²⁹ Das Doping-Statut ist für alle Sportverbände, die sich Swiss Olympic angeschlossen haben, verbindlich. Das gilt auch für all ihre Mitgliedsverbände, Vereine und Clubs sowie für Athleten und Betreuungspersonen, die in Art. 5.2.1 und Art. 5.2.2 des Doping-Statuts genannt werden.³⁰ Sämtliche dem Doping-Statut unterstellten Athletinnen können zu jeder Zeit und an jedem Ort von Swiss Sport Integrity oder einer anderen Anti-Doping-Organisation, die zur Durchführung von Dopingkontrollen bei diesen Athletinnen befugt ist, zur Dopingkontrolle aufgefordert werden.³¹

Auf bundesrechtlicher Ebene ist ferner auf Art. 21 Abs. 1 SpoFÖG hinzuweisen, wonach alle, die an Sportwettkämpfen³² teilnehmen – unabhängig davon, ob die betreffenden Athleten dem Doping-Statut unterstellt sind – in einem bestimmten Zeitfenster Dopingkontrollen durch die zuständigen Organe unterzogen werden können.³³ Die ratio legis dieser Bestimmung umschreibt die Botschaft damit, dass die Durchführung einer Dopingkontrolle die Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB verletze und widerrechtlich sei, wenn sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch ein Gesetz gerechtfertigt ist. Da eine solche Einwilligung freiwillig erfolgen müsse und in Bezug auf die Freiwilligkeit bei der Unterwerfung unter das Doping-Statut Zweifel bestünden, zumal Athleten oftmals keine andere Wahl hätten, als sich dem Statut zu unterwerfen, würden mit dieser Bestimmung Zweifel ausgeräumt, indem damit die Durchführung von Kontrollen ohne Einwilligung des betroffenen Athleten gesetzlich

¹⁸ Kleiner/Bernasconi (Fn. 17), 336; Zen-Ruffinen, P., in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 68 N 8; siehe auch <<https://www.sportintegrity.ch/anti-doping/praevention/weshalb-anti-doping>> (6. 1. 2022).

¹⁹ Steiner, M., Doping – privatrechtliche Erfassung und Sanktionierung in der Schweiz, in: Kleiner/Baddeley/Arter (Hrsg.), Sportrecht, Bd. I, Bern 2018, 400. Ausführlich zum Zusammenspiel zwischen öffentlichem Recht, staatlich gesetztem und autonom verabschiedetem Privatrecht sowie sich daraus ergebenden Problemen Steiner, M., La soumission des athlètes aux sanctions sportives: étude d’une problématique négligée par le monde juridique-sportif, Lausanne 2010, 30 ff.

²⁰ Zur Kritik siehe etwa The Economist, Doping in sport – A cloud of Suspicion, 17. 7. 2021, 15.

²¹ <<https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/world-anti-doping-code>> (6. 1. 2022). Ausführlich zum WADP Contat et al. (Fn. 10), 161 f.; zur Rechtsnatur des WADC siehe Teitler, M., Rechtsnatur und Anwendung des WADA-Code, CaS 2007, 395 ff.

²² <<https://www.wada-ama.org/en/what-we-do>> (6. 1. 2022).

²³ Contat et al. (Fn. 10), 161; Steiner (Fn. 19), 397 ff.; vgl. aber Teitler (Fn. 21), 406 ff.

²⁴ Steiner (Fn. 19), 173; zum sogenannten Anerkennungsvertrag zwischen der WADA und den Signatären Hessert, B., Rechtsnatur und Wirkung der Anerkennung des Welt Anti-Doping Codes, CaS 2021, 59 ff.; zur Liste der Signatäre siehe <<https://www.wada-ama.org/en/code-signatories>> (6. 1. 2022).

²⁵ Contat et al. (Fn. 10), 162 f.; Zen-Ruffinen (Fn. 18), Art. 68 N 7.

²⁶ Contat, L./Steiner, M., Erfolgreiche Dopingbekämpfung mittels Sportförderungsgesetz? – Versuch einer Bilanz nach acht Jahren, CaS 2020, 360.

²⁷ <<https://www.swissolympic.ch/>> (6. 1. 2022).

²⁸ Vgl. die Präambel zum Doping-Statut.

²⁹ Art. 19 Abs. 2 SpoFÖG und Art. 73 SpoFÖV; <https://www.baspo.admin.ch/de/aktuell/themen-dossiers-dopingbekaempfung.html#_bersicht> (6. 1. 2022). Bis zum 31. 12. 2021 operierte die Stiftung unter dem Namen Antidoping Schweiz.

³⁰ Siehe den Titel «Geltungsbereich» im Doping-Statut sowie Art. 5.2 Doping-Statut; zur rechtlichen Qualifizierung der Unterstellung der Athleten unter das Doping-Statut siehe Steiner (Fn. 19), 397 ff.

³¹ Art. 5.2 Doping-Statut.

³² Vgl. Art. 75 Abs. 2 SpoFÖV.

³³ Art. 75 Abs. 1 SpoFÖV.

legitimiert wird.³⁴ Viele Fragen zur Bedeutung von Art. 21 Abs. 1 SpoFöG – etwa im Verhältnis zu den Regelungen im Doping-Statut – scheinen jedoch noch ungeklärt.³⁵ Jedenfalls stellt Art. 21 Abs. 1 SpoFöG sicher, dass bei sämtlichen Teilnehmern von an in der Schweiz veranstalteten sportlichen Wettkämpfen, unabhängig davon, ob sie dem Doping-Statut unterstellt sind – bspw. die Bodybuildingszene untersteht nicht dem Doping-Statut – Dopingkontrollen durchgeführt werden können.³⁶

III. Materiell-rechtliche Strafbarkeit von Doping

Vor der Auseinandersetzung mit allfälligen prozessrechtlichen Hürden bei der strafrechtlichen Verfolgung von dopenden professionellen Athleten ist zunächst darzulegen, dass Doping im Profisport materiell-rechtlich grundsätzlich eine strafbare Handlung darstellen kann. Zunächst ist im Folgenden ein Überblick über spezialgesetzliche Bestimmungen für dopende Athletinnen zu geben, bevor der Frage nachgegangen wird, ob Doping im Profisport den Tatbestand des Betruges nach Art. 146 StGB erfüllen kann.³⁷

1. Sonderbestimmungen für dopende Athleten?

Das SpoFöG und die dazugehörige Verordnung (SpoFöV) stellen Herstellung, Erwerb, Einfuhr, Ausfuhr, Durchfuhr, Vermittlung, Vertrieb, Verschreibung, Inverkehrbringen, Abgabe oder Besitz von Mitteln zu Dopingzwecken sowie die Anwendung von verbotenen Methoden an Dritten unter Strafe.³⁸ Erfolgen Herstellung, Erwerb, Einfuhr, Ausfuhr, Durchfuhr oder Besitz ausschliesslich zum Zweck des eigenen Konsums, so bleibt die Täterin nach Massgabe des SpoFöG straflos.³⁹

Anders als etwa in Deutschland⁴⁰ besteht in der Schweiz für Doping keine eigenständige Strafnorm für Athletinnen.⁴¹ Es gab zwar immer wieder Be-

strebungen, das Selbstdoping der Athleten unter Strafe zu stellen, jedoch ohne Erfolg. So wurde etwa eine Motion im Jahr 2004 zur Schaffung eines speziellen Tatbestandes, der Doping von Sportlern ausdrücklich erfasst, vom Ständerat angenommen, vom Nationalrat hingegen abgelehnt.⁴²

Die Botschaft zum SpoFöG argumentiert, dass dopende Sportlerinnen weiterhin durch die Sportverbände sanktioniert werden sollen, da Verbandssanktionen wirksamer seien als Sanktionen staatlicher Behörden. Denn staatliche Sanktionen müssten in das staatliche Sanktionssystem eingebettet werden, weshalb erstmalige Doping-sünder nur mit einer bedingten Geldstrafe oder Busse sanktioniert werden könnten.⁴³ Dass verbandsrechtliche Sanktionen wohl wirksamer sind, weil sie strenger angesetzt werden können, bestätigt ein Blick in das Doping-Statut, das bei Vorhandensein verbotener Substanzen im Körper eines Athleten eine Sperre von bis zu vier Jahren als Sanktion vorsieht.⁴⁴ Weiter führt die Botschaft aus, dass Verbandssanktionen gegenüber staatlichen Strafen rascher ausgesprochen und umgesetzt werden könnten.⁴⁵ In einem Gutachten, das *Balmelli/Heller* im Jahr 2012 für das Bundesamt für Sport (BASPO) angefertigt haben, sprechen diese sich für die Überführung des Tatbestandes von Art. 22 SpoFöG in das StGB und für dessen Ergänzung mit der Strafbarkeit der dopenden Athletinnen selbst aus.⁴⁶ Jedoch folgten soweit ersichtlich bisher keine dahingehenden gesetzgeberischen Schritte. Folglich besteht in der Schweiz *de lege lata* kein Spezialtatbestand für dopende Athletinnen.

Dopende Profisportler gefährden jedoch nicht nur ihre eigene Gesundheit und verletzen in grösster Weise die Integrität des Sports, sondern sie können strafrechtlich geschützte vermögensrechtliche Interessen Dritter verletzen, etwa wenn sie für sportliche Leistungen, die sie unter dem Einfluss verbotener Substanzen oder Methoden erbringen, Gelder annehmen, worauf sie aufgrund des Verstosses gegen das Doping-Statut keinen Anspruch hätten. Mangels eines Spezialtatbestandes gilt das Kernstrafrecht. Konkret ist zu prüfen, ob dopende professionelle Athletinnen den Tatbestand des Betruges nach Art. 146 StGB erfüllen können.

³⁴ BBI 2009 8189 (8239 f.); siehe auch *Vouilloz, F.*, Le nouveau droit pénal suisse du dopage, ZWR 2013, 339; *Zen-Ruffinen* (Fn. 25), Art. 68 N 8.

³⁵ *Contat/Steiner* (Fn. 26), 361.

³⁶ *Contat et al.* (Fn. 10), 166.

³⁷ Auf eine allfällige Strafbarkeit der Athleten nach dem BetrG oder HMG wird nicht eingegangen. Siehe hierzu etwa *Contat et al.* (Fn. 10), 169; *Flachsmann, S./Isenring, B.*, Sanktion von Doping im Strafrecht, CaS 2004, 233 f.

³⁸ Art. 22 Abs. 1–3 SpoFöG; Art. 74 SpoFöV.

³⁹ Art. 22 Abs. 4 SpoFöG.

⁴⁰ Siehe § 4 Abs. 1 Ziff. 4 i. V. m. § 3 Abs. 1 sowie § 4 Abs. 1 Ziff. 5 i. V. m. § 3 Abs. 2 Anti-Doping-Gesetz; *Heger, M.*, Die Strafbarkeit von Doping nach dem Anti-Doping-Gesetz (ADG), medstra 2017, 212 ff.; *Putzke, H.*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Hrsg.), Anti-Doping-Gesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2017, § 4 N 15 ff.

⁴¹ BBI 2009 8189 (8240 f.).

⁴² Motion Büttiker, Dopingmissbrauch bestrafen, 04.3485, AB 2004 772 ff.

⁴³ BBI 2009 8189 (8221).

⁴⁴ Art. 10.2 i. V. m. Art. 2.1 und Art. 2.2 Doping-Statut.

⁴⁵ BBI 2009 8189 (8221).

⁴⁶ Gutachten *Balmelli, M./Heller, D.*, Gutachten vom 5. 12. 2012 in Sachen Bundesamt für Sport (BASPO) betreffend Sportbetrug und Good Governance, N 19 und 136; zu Gedanken *de lege ferenda* siehe auch *Jörger, W.*, Die Strafbarkeit von Doping nach schweizerischem Recht: Postulate de lege ferenda, Jusletter 20.2.2006, N 37 ff.

2. Doping als Betrug i. S. v. Art. 146 StGB

«Durch die Anwendung von verbotenen Substanzen und Methoden gefährden oder schädigen die dopenden Sportlerinnen und Sportler nicht nur ihre Gesundheit, sie verschaffen sich vor allem auch unzulässige Wettbewerbsvorteile. *Kurz: Sie betrügen.*», so die Stiftung Swiss Sport Integrity auf ihrer Website.⁴⁷ Doch diese Alltagseinschätzung lässt sich nicht eins zu eins in das Strafrecht übertragen. Vielmehr ist in der Schweizer Lehre umstritten, ob sich Doping im bezahlten Wettkampfsport unter den Tatbestand des Betrugs subsumieren lässt.⁴⁸ Die Praxis hat sich bislang kaum mit der Materie beschäftigt. Bisher bejahte lediglich das Bundesstrafgericht die Strafbarkeit des Selbstdopings als Betrug im Rahmen eines rechtshilferechtlichen Entscheids.⁴⁹ Dieser Entscheid wurde an das Bundesgericht weitergezogen, das die Frage in seinem Entscheid zwar ansprach, sie mangels Entscheiderheblichkeit aber offen liess.⁵⁰ Nebst dem erwähnten Fall musste sich das Bundesgericht bisher nicht zur Frage äussern, ob es sich bei Doping im Profisport um Betrug i. S. v. Art. 146 StGB handelt.⁵¹

In Betracht käme aber theoretisch eine mögliche Betrugsstrafbarkeit von Doping zulasten von Veranstaltern, Sponsoren und allenfalls auch weiteren Geschädigten, wenn eine Athletin Gelder annimmt, auf die sie aufgrund von Doping keinen Anspruch hat.

a) Betrug zulasten der Veranstalter

Stellen wir uns vor, die Veranstalterin eines sportlichen Wettkampfes, etwa eines Diamond League Meetings in der Leichtathletik, bezahlt dem renommierten Athleten A ein Startgeld sowie – je nach Platzierung – ein Preisgeld. Das Startgeld wird A unabhängig von seiner sportlichen Leistung ausbezahlt, während sich das Preisgeld nach dem erreichten Rang richtet. Begeht A dadurch, dass er gedopt an dem Wettkampf teilnimmt, das Startgeld und allenfalls ein Preisgeld entgegennimmt, einen Betrug zulasten der Veranstalterin?

Einen Betrug begeht nach Art. 146 Abs. 1 StGB, «wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arg-

listig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt». Die erforderliche Täuschungshandlung liegt im Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen, wobei Tatsachen nur objektiv feststehende Geschehnisse oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart sein können.⁵² Falsche Tatsachenbehauptungen können sowohl explizit als auch implizit abgegeben werden, also auch durch konkludentes Verhalten im Sinne des «Vorspiegelns».⁵³ Dadurch, dass sich ein Athlet zu einem sportlichen Wettkampf anmeldet, erklärt er entweder ausdrücklich im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung oder zumindest konkludent – schliesslich hat er sich mit dem Kauf einer Lizenz, die zur Anmeldung und Teilnahme am Wettkampf berechtigt, dem Doping-Statut unterworfen –, dass er sich dem Wettkampfglement unterwirft bzw. sich an das Dopingverbot hält. Ferner bringt er durch seine Teilnahme konkludent zum Ausdruck, nicht gedopt zu sein.⁵⁴ Hat er tatsächlich aber verbotene Substanzen eingenommen, spiegelt er falsche Tatsachen vor, womit eine Täuschung i. S. d. Art. 146 Abs. 1 StGB vorliegt. Diese Täuschung muss sodann arglistig sein. Arglist ist namentlich dann zu bejahen, wenn die Täuschung sich nicht oder nur mit besonderer Mühe überprüfen lässt.⁵⁵ Selbst wenn eine Veranstalterin Zweifel an der Sauberkeit eines Sportlers hätte, kann dessen regelkonforme Teilnahme nur mit aufwendigen und in die Persönlichkeitsrechte des Athleten eingreifenden⁵⁶ Dopingkontrollen nachgewiesen werden.⁵⁷ Die arglistige Täuschung des Athleten bewirkt sodann einen Irrtum bei der Veranstalterin über die regelkonforme Teilnahme des in Wirklichkeit gedopten Athleten. Basierend auf diesem Irrtum nimmt die Veranstalterin zwei Vermögensverfügungen vor, indem sie dem gedop-

⁵² BGE 135 IV 67, E. 5.1; 143 IV 302, E. 1.2; kritisch *Maeder, S./Niggli, M.A.*, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch II, Art. 111–332 StGB, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 146 N 41; *Schlegel, S.*, in: Wohlers/Godenzi/Schlegel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 146 N 4.

⁵³ BGE 127 IV 163, E. 2; BGer vom 21.7.2009, 6B_316/2009, E. 2.4; *Trechsel, S./Cramer, D.*, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 146 N 2.

⁵⁴ TPF 2007 45, E. 5.2.1; *Schmidt, J.*, Zur Strafbarkeit von Doping im Sport – Perspektiven für einen Anti-Doping Tatbestand, in: Eckner/Kempin (Hrsg.), Recht des Stärkeren – Recht des Schwächeren, Zürich/Basel/Genf 2005, 15; *Schubarth, M.*, Dopingbetrug, recht 2006, 224.

⁵⁵ BGE 142 IV 153, E. 2.2.2; vgl. auch BGE 135 IV 76, E. 5.2; ausführlich zur Arglist BSK StGB-*Maeder/Niggli* (Fn. 52), Art. 146 N 61 ff.; *Donatsch, A.*, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich 2018, 230 ff.; *Stratenwerth, G./Jenny, G./Bommer, F.*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 15 N 18 ff.

⁵⁶ Vgl. BBl 2009 8189 (8239 f.).

⁵⁷ Ausführlich hierzu TPF 2007 45, E. 5.2.2; siehe auch *Schubarth* (Fn. 54), Fn. 26.

⁴⁷ <<https://www.sportintegrity.ch/anti-doping/praevention/weshalb-anti-doping>> (1.6.2022).

⁴⁸ Im unbezahlten Sport lässt sich mangels Vermögensschaden keine Strafbarkeit begründen – hierfür bräuchte es einen neuen Tatbestand *de lege ferenda*, würde man ein solches Verhalten für strafwürdig einstufen.

⁴⁹ TPF 2007 45, E. 5.

⁵⁰ BGer vom 17.7.2007, 1C_138/2007, E. 2.3.

⁵¹ *Garbarski/Borsodi*, in: Macaluso et al. (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Basel 2017, Art. 146 N 80.

ten Athleten das vereinbarte Start- und je nach Platzierung zudem ein Preisgeld ausbezahlt.⁵⁸

In Bezug auf den Motivationszusammenhang zwischen der Täuschung, dem Irrtum und der Vermögensverfügung erscheint zweifelhaft, ob die Täuschung und der dadurch hervorgerufene Irrtum auch kausal für die Vermögensverfügungen sind. Hier wird teilweise geltend gemacht, dass das Preisgeld dem Teilnehmer ausbezahlt wird, weil er gesiegt habe. Sein Sieg beruhe zwar auf der unrechtmässigen Leistungssteigerung, nicht aber direkt auf der Täuschung darüber, dass er ungedopt teilgenommen hat. Entsprechend wäre die Täuschung und der dadurch hervorgerufene Irrtum nicht kausal für die Vermögensverfügung.⁵⁹ Diese Auffassung greift jedoch dann zu kurz, wenn man davon ausgeht, dass die dem Sieg zugrunde liegende unrechtmässige Leistungssteigerung mit der Täuschungshandlung untrennbar zusammenhängt. Denn klammert man die unrechtmässige Leistungssteigerung aus, würde auch keine Täuschung vorliegen. Folglich ist die Kausalität für den durch die Täuschung hervorgerufenen Irrtum für die Vermögensverfügungen zu bejahen. Würde man der oben erwähnten Auffassung dennoch folgen, wäre der Motivationszusammenhang immerhin in Bezug auf das Startgeld zu bejahen. Denn dieses wird dem Athleten alleine aufgrund der Täuschung darüber, «sauber» zu sein, ausbezahlt.⁶⁰

Umstritten ist insbesondere das Vorliegen eines Vermögensschadens in Bezug auf das ausbezahlte Preisgeld. Ein Vermögensschaden besteht bekanntlich entweder in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder einem entgangenen Gewinn und liegt nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung vor, wenn der wirtschaftliche Wert des Gesamtvermögens des Geschädigten nach der irrumsbedingten Vermögensdisposition geringer ist als vorher.⁶¹ In der Lehre wird teilweise vorgebracht, dass bei Siegesprämien kein Vermögensschaden gegeben sei. Schliesslich hätte die Veranstalterin die Prämie zwar an einen anderen Athleten, letztlich aber so oder so ausbezahlt.⁶² Dem wird entgegengehalten, dass die Veranstalterin das Risiko einer Doppelzahlung eingeht, zumal sie dem Zweitplatzierten aufgrund der Disqua-

lififikation des Erstplatzierten wegen Dopings ein höheres Preisgeld schuldet, als diesem zunächst ausbezahlt wurde. Dieses Risiko stellt einen Vermögensschaden dar, unabhängig davon, wie gross die Chancen sind, das ausbezahlte Geld vom gedopten Athleten zurückzuerlangen.⁶³ Auch wird in der Lehre teilweise vertreten, dass der Vermögensschaden bereits durch den blossen Umstand, dass die Veranstalterin ohne die Täuschung die Zahlung an den Sportler nicht erbracht hätte, eingetreten sei, und es nicht darauf ankomme, ob der Betrag an andere Teilnehmer zu bezahlen wäre. Schliesslich würde dies nichts daran ändern, dass die Vermögensminderung bereits durch die Zahlung an den gedopten Athleten eingetreten sei.⁶⁴

Einfacher zu bejahen ist das Vorliegen eines Vermögensschadens beim ausbezahlten Startgeld, da dieses meist individuell ausgehandelt wird und von der Veranstalterin entsprechend nicht an einen anderen Sportler ausbezahlt würde. Bezahlt die Veranstalterin dem vermeintlich ungedopten Sportler ein Startgeld, so entsteht ihr ein Vermögensschaden im Sinne der Gesamtsaldierung.⁶⁵

Der subjektive Tatbestand, der neben Vorsatz auch Bereicherungsabsicht erfordert, ist ebenfalls erfüllt.⁶⁶ Denn ein Athlet, der mit dem Sport seinen Lebensunterhalt verdient und gedopt an einem Wettkampf teilnimmt, tut dies in der Regel nicht nur, um seinen Ehrgeiz zu befriedigen – wobei fraglich ist, ob von sportlichem Ehrgeiz überhaupt noch gesprochen werden kann, wenn sich jemand mit der Einnahme leistungssteigernder Substanzen einen Vorteil gegenüber der Konkurrenz verschafft –, sondern um sich das Preisgeld und damit verbundene Sponsoringleistungen zu sichern, sich also zu bereichern. Auch beim Grundsatz der Stoffgleichheit, i. e. dem inneren Zusammenhang zwischen Schaden und Bereicherung, wonach der Vermögensschaden des Geschädigten Spiegelbild der Bereicherung des Täters oder eines Dritten sein muss,⁶⁷ ergeben sich keine spezifischen Probleme, zumal der Vermögensschaden der Veranstalterin durch Bezahlen des Start- und evtl. Preisgelds der Bereicherung des gedopten Athleten entspricht.

b) *Betrug zulasten der Sponsoren*

Ferner ist ein Betrug zulasten der Sponsoren denkbar: Bei Sponsoringverträgen werden das Einhal-

⁵⁸ Mit ausführlicher Begründung TPF 2007 45, E. 5.2.2 f.; vgl. auch Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, ZJS 2008, 249.

⁵⁹ Pieth, M., Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016, 109 m. w. N.

⁶⁰ Vgl. zum deutschen Recht Kargl, W., Begründungsprobleme des Dopingstrafrechts, NSTZ 2007, 492.

⁶¹ BGER vom 12. 2. 2012, 6B_663/2011, E. 2.3.4; ausführlich zum Vermögensschaden Maeder, S., Gefährdung – Schaden – Vermögen, Zum sogenannten Schaden durch Vermögensgefährdung im Strafrecht, Basel 2017, N 110 ff.; zum Vermögensbegriff siehe Hurtado Pozo, J., Droit pénal, Partie spéciale, Zürich 2009, N 738 ff.

⁶² Eicker, «Sportbetrug» und Präventionsstrafrecht, in: Juchli/Würmli/Haunreiter (Hrsg.), Sport zwischen Recht, Wirtschaftlichkeit und Kultur, Bern 2007, 70; Schmidt (Fn. 54), 16.

⁶³ TPF 2007 45, E. 5.2.3; Schubarth (Fn. 54), 226.

⁶⁴ Siehe Schubarth (Fn. 54), 226 mit illustrativem Beispiel in Fn. 39.

⁶⁵ Schmidt (Fn. 54), 17; vgl. zum deutschen Recht Grotz (Fn. 58), 249.

⁶⁶ Schubarth (Fn. 54), 226; kritisch BSK StGB-Maeder/Niggli (Fn. 52), Art. 146 N 272.

⁶⁷ BGE 134 IV 210, E. 5.3; BSK StGB-Maeder/Niggli (Fn. 52), Art. 146 N 252.

ten der Anti-Doping Bestimmungen sowie ein regelkonformes Verhalten regelmässig zum Vertragsinhalt gemacht. Eine solche Klausel im Sponsoringvertrag ist für Sponsoren insbesondere auch aus Reputationsgründen wichtig – schliesslich repräsentieren Athleten die Unternehmen nach aussen. Ein medienwirksamer Dopingskandal eines unterstützten Athleten kann daher auch ein schlechtes Licht auf die Sponsorin werfen, die mit ihrer Marke nicht mit einem betrügerischen Athleten in Verbindung gebracht werden will. Freilich sind Sponsoringverträge sehr unterschiedlich ausgestaltet. Meist werden ein bestimmter Basisbetrag – eine Art Lohn – sowie zusätzliche Leistungsprämien bei im Vertrag definierten ausserordentlichen Leistungen vereinbart. Dopt ein Athlet – vor oder nach Vertragsschluss⁶⁸ – und verschweigt er dies einer Sponsorin, woraufhin diese die vertraglich vereinbarte Leistung erbringt, handelt es sich dabei um eine vermögensschädigende Vermögensverfügung. Diese erfolgt täuschungs- und irrtumsbedingt, weil die Sponsorin aufgrund der arglistigen Täuschung des Sportlers darüber, nicht gedopt zu sein, einem Irrtum unterliegt.⁶⁹ Der Athlet müsste die Sponsorin über das Doping aufklären, da er sich aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen ihnen in einer Garantenstellung befindet.⁷⁰ Leistungen, die von einer Sponsorin an einen gedopten Athleten erbracht werden, erfüllen folglich ebenfalls den objektiven Tatbestand des Betruges nach Art. 146 StGB.⁷¹ Allerdings dürfte die Bezifferung des konkreten Vermögensschadens Probleme bereiten.⁷²

Wiederum ergeben sich weder im subjektiven Tatbestand, wo Vorsatz und Bereicherungsabsicht vorausgesetzt sind, noch bei der Stoffgleichheit spezifische Probleme.

c) Weitere mögliche Geschädigte

Denkbar ist ferner ein Betrug zulasten des nationalen Sportverbandes. Denn dieser schüttet Prämien an Athletinnen aus, wenn sie bspw. einen Weltrekord aufstellen oder Medaillen an internationalen Grossanlässen gewinnen.⁷³ Diskutiert wird

in der Lehre auch ein Betrug zulasten der nicht gedopten Konkurrenten, die gegen den gedopten Athleten verlieren. Dabei ist u. a. insbesondere die Stoffgleichheit fraglich.⁷⁴ Auch die Frage, ob ein Betrug zulasten der Zuschauer gegeben sein könnte, wird bisweilen angesprochen. Mit Blick auf den fehlenden Kausalzusammenhang zwischen dem täuschungsbedingten Irrtum und der Vermögensverfügung sowie mangels Vermögensschaden wird er richtigerweise aber verneint.⁷⁵

IV. Prozessrechtliche Herausforderungen

Nachdem dargelegt wurde, dass Doping materiell-rechtlich durchaus einen Betrug des Athleten darstellen kann, gilt es nun, die daraus resultierenden prozessualen Hürden im Strafverfahren genauer zu betrachten. Im Gegensatz zur materiell-rechtlichen Frage des Selbstdopings als Betrug finden sich zu den prozessualen Problemen soweit ersichtlich keine Äusserungen in der Schweizer Literatur – auch nicht im Zusammenhang mit den erwähnten Überlegungen, einen neuen Straftatbestand für Selbstdoping einzuführen.⁷⁶ Wie ist Athleten in Strafverfahren die Einnahme verbotener Substanzen oder die Anwendung verbotener Methoden nachzuweisen? Die Antwort darauf erscheint auf den ersten Blick sehr einfach: durch eine positive Dopingprobe. Wirft man aber – mit den strafprozessualen Prinzipien, insbesondere dem Selbstbelastungsprivileg, vor Augen – einen Blick auf das Dopingkontrollsystem, stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Umständen auf diese Weise erhobene positive Dopingproben in einem Strafverfahren überhaupt verwertet werden dürfen.

1. Dopingkontrollsystem

Wie eingangs erwähnt, leitet die Literatur aus dem Sportförderungsartikel der Bundesverfassung (Art. 68 BV) eine Aufgabe des Staates zum Schutz der Bevölkerung gegen die negativen Aspekte des

⁶⁸ Zwischen der Konstellation vor und nach Vertragsschluss unterscheidend *Schmidt* (Fn. 54), 18 f.

⁶⁹ *Eicker* (Fn. 62), 71; ausführlich *Cherkeh, R./Momsen, C.*, Doping als Wettbewerbsverzerrung? Möglichkeiten der strafrechtlichen Erfassung des Dopings unter besonderer Berücksichtigung der Schädigung von Mitbewerbern, NJW 2001, 1748; *Grotz* (Fn. 58), 250 f.; *Schmidt* (Fn. 54), 18 f.; vgl. OLG Stuttgart, Beck RS 2011, 27427 ff., Beschluss vom 29. 9. 2011 – 2 Ws 33/11 sowie NJW-Spezial 2012, 90.

⁷⁰ Ausführlicher zum besonderen Vertrauensverhältnis *Cherkeh/Momsen* (Fn. 69), 1748; *Schmidt* (Fn. 54), 18 f.

⁷¹ TPF 2007 45, E. 5.2.3.

⁷² Siehe hierzu *Mottl*, CaS 2010, 160.

⁷³ <<https://www.bazonline.ch/laenderuebersicht-so-viel-kassieren-die-olympiasieger-169230284131>> (6. 1. 2022).

⁷⁴ Bejahend *Schubarth* (Fn. 54), 226 f.; *ders.*, Bundesstrafgericht, II. Beschwerdekammer, Urteil vom 16. 5. 2007 (RR 2007.16), in Sachen A. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau, AJP 2007, 1596; verneinend *Cherkeh*, Doping im Sport, Handlungsbedarf für den Strafgesetzgeber in der Schweiz?, Jusletter 6. 9. 2004, N 13; *Cherkeh/Momsen* (Fn. 69), 1749; *Eicker* (Fn. 62), 71; *Flachsmann/Isenring* (Fn. 37), 232; *Schmidt* (Fn. 54), 17 f.

⁷⁵ *Cherkeh/Momsen* (Fn. 69), 1748; *Eicker* (Fn. 62), 71; *Schmidt* (Fn. 54), 18; vgl. auch *Grotz* (Fn. 58), 250, der bereits die Täuschung verneint.

⁷⁶ Zur Diskussion in Deutschland aufgrund der Einführung eines Straftatbestandes für Selbstdoping mit dem Anti-Doping-Gesetz im Jahr 2015 vgl. etwa *Erkens, H.*, Selbstbezeichnung des gedopten Athleten?, § 3 AntiDopG, der nemo-tenetur-Grundsatz und die Athletenvereinbarung, SpuRt 23 (2016), 245 ff.

Sports ab. Dazu gehört auch der Kampf gegen das Doping.⁷⁷ Verantwortlich für die Dopingbekämpfung in der Schweiz und damit u. a. auch für die Durchführung von Dopingkontrollen ist, wie bereits dargelegt, die Stiftung Swiss Sport Integrity, welcher der Bund sämtliche Aufgaben nicht hoheitlicher Natur im Bereich der Dopingbekämpfung übertragen hat.⁷⁸ Gemäss einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich dabei nicht um eine eigentliche Bundesaufgabe.⁷⁹

Für eine effiziente Dopingbekämpfung ist wichtig, dass Kontrollen in Form von Urin- oder Blutproben jederzeit und für die Athleten unvorhersehbar durchgeführt werden können.⁸⁰ Während nach Art. 21 Abs. 1 SpoföG jeder, der an sportlichen Wettkämpfen teilnimmt, in einem bestimmten Zeitfenster zur Dopingkontrolle aufgefordert werden kann,⁸¹ geht das Doping-Statut von Swiss Olympic noch einen Schritt weiter. Es sieht in Art. 5.2 vor, dass dem Statut unterstellte Athletinnen zu jeder Zeit und an jedem Ort, i. e. auch ausserhalb des Wettkampfes, von Swiss Sport Integrity oder einer anderen Anti-Doping-Organisation, die zur Durchführung von Dopingkontrollen bei diesen Athletinnen befugt ist, zu einer Dopingkontrolle aufgefordert werden können – unabhängig von sportlichem Leistungsniveau, Alter und Nationalität.⁸² Dem Statut unterstellt sind alle Athletinnen mit einer Lizenz oder einer Mitgliedschaft bei einem Verein oder einem Verband, der Swiss Olympic angeschlossen ist. Das gilt ferner auch für alle Teilnehmer an sportlichen Wettkämpfen, die von Swiss Olympic angeschlossenen Vereinen oder Verbänden durchgeführt werden,⁸³ sowie für die in Art. 5.2.2 Doping-Statut genannten Athleten. Während der Geltungsbereich des SpoföG auf sportliche Wettkämpfe in der Schweiz beschränkt ist, kann Swiss Sport Integrity dem Doping-Statut unterstellte Athletinnen auch im Ausland kontrollieren bzw. kontrollieren lassen.⁸⁴

Die Ausführungsbestimmungen zu Dopingkontrollen und Ermittlungen (ABDE)⁸⁵ von Swiss Sport Integrity regeln sowohl den Ablauf einer Dopingkontrolle als auch die Rechte und Pflichten der Ath-

leten.⁸⁶ Sie setzen den International Standard for Testing and Investigations (ISTI) der World Anti-Doping Agency um.⁸⁷ Gemäss Art. 4.8.10.1 ABDE ist ein Athlet verpflichtet, sich «zu jeder Zeit und überall von einer Anti-Doping-Organisation mit Kontrollbefugnis über ihn einer Dopingkontrolle unterziehen zu lassen». Das zuständige Kontrollpersonal muss die Athletin im Falle einer Aufforderung zur Dopingkontrolle über deren Rechte und Kooperationspflichten informieren.⁸⁸ Dazu gehört u. a. die Pflicht, sich der Probenahme zu unterziehen,⁸⁹ die Pflicht, das Aufbieten zur Kontrolle mittels Unterschrift auf einem bestimmten Formular zu bestätigen,⁹⁰ die Pflicht, von Kontaktaufnahme bis zum Abschluss der Probenahme unter der ununterbrochenen Beaufsichtigung des Kontrollpersonals zu verbleiben, die Pflicht, sich auszuweisen,⁹¹ und die Pflicht, nach Abschluss der Probenahme das Dopingkontrollformular zu unterschreiben und zu bestätigen, dass dieses den Ablauf der Probenahme korrekt wiedergibt.⁹² Während die Weigerung der Mitwirkung von Athleten, die nicht dem Doping-Statut unterstehen, keine Konsequenzen nach sich zieht, wird sie bei dem Doping-Statut unterstellten Athletinnen sanktioniert. Art. 2.3 Doping-Statut bezeichnet diesbezüglich die «Vereitelung der Probenahme oder Weigerung oder Unterlassen eines Athleten ohne zwingenden Grund, sich nach erfolgtem Aufgebot durch eine autorisierte Person einer Probenahme zu unterziehen», als Verstoss gegen die Anti-Doping-Bestimmungen. Ein solcher Verstoss wird mit bis zu vier Jahren, bei nicht vorsätzlichem Verhalten mit bis zu zwei Jahren Sperre sanktioniert.⁹³ Wollen Athletinnen nicht automatisch für zwei oder vier Jahre gesperrt werden, sind sie folglich faktisch dazu gezwungen, bei der Probenahme mitzuwirken.

Für Athletinnen in sogenannten Kontrollpools, in die dem Doping-Statut unterstellte Athleten je nach Sportart und sportlichem Niveau eingeteilt werden,⁹⁴ bestehen darüber hinaus weitergehende Meldepflichten, deren Verletzung ebenfalls sanktioniert wird.⁹⁵ Bspw. im höchsten Kontrollpool, dem Nationalen Registrierten Kontrollpool (NRTP),

⁷⁷ *Contat et al.* (Fn. 10), 162 f.; *Zen-Ruffinen* (Fn. 25), Art. 68 N 7; vgl. Kap. II. 2.

⁷⁸ Art. 19 Abs. 2 SpoföG und Art. 73 SpoföV; BBI 2009 8189 (8266); *Contat et al.* (Fn. 10), 164; siehe Kap. II. 2.

⁷⁹ BVGer vom 5. 8. 2016, A-6381/2015, E. 4.2.3 ff. insbesondere E 4.2.4; a. A. *Zen-Ruffinen* (Fn. 25), Art. 68 N 8.

⁸⁰ Vgl. Art. 76 Abs. 3 und 4 SpoföV; Art. 5.2 Doping-Statut; Art. 4.6 ABDE.

⁸¹ Siehe Art. 75 SpoföV; vgl. Kap. II. 2.

⁸² <<https://www.sportintegrity.ch/anti-doping/kontrollen/kontrollsystem>> (6. 1. 2022).

⁸³ Art. 5.2.1 Doping-Statut; vgl. auch die Definition eines Athleten im Anhang zum Doping-Statut.

⁸⁴ *Contat et al.* (Fn. 10), 166.

⁸⁵ <https://www.sportintegrity.ch/sites/default/files/abde_2021_de.pdf> (6. 1. 2022).

⁸⁶ Art. 5.4.2 Doping-Statut.

⁸⁷ Vgl. die Präambel der ABDE.

⁸⁸ Art. 5.4.1 ABDE.

⁸⁹ Art. 5.4.1 lit. a) ABDE.

⁹⁰ Art. 5.4.3 ABDE.

⁹¹ Art. 5.4.1 lit. e) Ziff. i und Ziff. ii i. V. m. Art. 5.3.4 ABDE.

⁹² Art. 7.4.6 ABDE; zu einer Übersicht über die Pflichten siehe <<https://www.sportintegrity.ch/anti-doping/kontrollen/kontrolllauf>> (6. 1. 2022).

⁹³ Art. 10.3.1 i. V. m. Art. 2.3 Doping-Statut.

⁹⁴ Vgl. Art. 4.2–4.7 ABDE.

⁹⁵ Art. 5.5 Doping-Statut i. V. m. Art. 4.8.6 ABDE; <<https://www.sportintegrity.ch/anti-doping/kontrollen/kontrollpools>> (6. 1. 2022); zum Sanktionsmass bei Meldepflichtverstössen siehe 10.3.2 i. V. m. Art. 2.4 Doping-Statut.

sind Athletinnen verpflichtet, detaillierte Angaben zu ihrem Aufenthaltsort (sogenannt Whereabouts⁹⁶) sowie ein tägliches einstündiges Zeitfenster anzugeben, in dem sie am angegebenen Aufenthaltsort für die Dopingkontrollbehörden bedingungslos verfügbar sind, sodass diese unangekündigt Dopingkontrollen durchführen können.⁹⁷

Gemäss Art. 77 Abs. 3 lit. b SpoföV hat die zuständige Dopingkontrollstelle ein positives Dopingresultat nicht nur der Disziplinarinstanz des zuständigen Verbandes, sondern auch den zuständigen Strafverfolgungsbehörden umgehend zu melden und ihnen zudem sämtliche Unterlagen zukommen zu lassen.

2. Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren

Während Dopingkontrollen, wie soeben dargelegt, mit weitgehenden Mitwirkungspflichten seitens der Athleten einhergehen, gilt im Strafverfahren seit jeher das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit. Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* ist heute in Art. 113 Abs. 1 StPO statuiert: «Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Sie muss sich aber den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen.» Was das jedoch im Einzelnen bedeutet, ist umstritten.⁹⁸ Wird das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit etwa verletzt, wenn eine Athletin bei einer Dopingkontrolle eine Blut- oder Urinprobe abgeben muss und diese dann in einem anschliessenden Strafverfahren als Beweis verwendet wird?

Diese Frage gilt es sorgfältig abzuklären, denn der Freiheit vor Zwang zur Selbstbelastung kommt Verfassungsrang zu, was einerseits aus Art. 31 Abs. 2 BV und andererseits aus der Unschuldsvermutung in Art. 32 Abs. 1 BV abgeleitet wird.⁹⁹ Der Grundsatz ist ferner in Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR

auch völkerrechtlich verankert.¹⁰⁰ In der EMRK ist die Selbstbelastungsfreiheit hingegen nicht explizit geregelt, wurde aber vom EGMR aus dem Recht auf ein faires Verfahren i. S. v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitet und steht in engem Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung in Art. 6 Ziff. 2 EMRK.¹⁰¹ Gemäss dem EGMR handelt es sich dabei um einen international anerkannten Standard, der das Herzstück eines fairen Verfahrens darstellt.¹⁰²

Um zu beurteilen, ob die Verwendung von Dopingproben als Beweise in einem Strafverfahren mit dem Nemo-tenetur-Prinzip in Konflikt steht, ist ein Blick auf dessen zentralen Inhalte und die ratio legis zu werfen: Die ratio legis des Nemo-tenetur-Prinzips wird in Lehre und Rechtsprechung vielschichtig begründet und ist umstritten.¹⁰³ Mit Blick auf die historische Entwicklung wird es teilweise als Mittel zum Zweck der Absicherung des Folterverbots und zum Schutz der beschuldigten Person vor anderen unmenschlichen Zwangsmitteln gesehen.¹⁰⁴ Auch sei das Nemo-tenetur-Prinzip der Wahrheitsfindung im Prozess förderlich, verhindere Fehlerurteile und diene der Herstellung einer Waffengleichheit zwischen der beschuldigten Person und dem Staat bzw. der Verwirklichung der Zielsetzung von Art. 6 EMRK, also einem fairen Verfahren.¹⁰⁵ Weiter wahrt es die Willensfreiheit der beschuldigten Person, i. e. die beschuldigte Person soll selbst über das Ausmass ihrer Mitwirkung entscheiden können.¹⁰⁶ Damit verbunden wird der Zweck des Selbstbelastungsprivilegs auch in der Vermeidung einer unzumutbaren Konfliktsituation für die beschuldigte Person gesehen, also einer Situation, in der die beschuldigte Person zwischen Selbstbeziehung und der Anwendung von Zwangsmitteln bei Aussageverweigerung wählen muss.¹⁰⁷

⁹⁶ Siehe hierzu <<https://www.sportintegrity.ch/anti-doping-kontrollen/whereabouts>> (6. 1. 2022).

⁹⁷ Art. 4.8.6.1–4.8.6.4, 4.8.7 und 4.8.10 ABDE.

⁹⁸ Vgl. dazu etwa: BGE 109 Ia 166, E. 2b; Engler, M., in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 113 N 1 f.; Macaluso, A., in: Jeanneret/Kuhn/Perrier/Depeursinge (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 113 N 1; Lieber, V., Kommentierung des Art. 113 StPO, in: Donatsch et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 113 N 1 f.; Piquerez, G./Macaluso, A., Procédure pénale suisse, Manuel, 3. Aufl., Zürich 2011, N 791; Schmid, N./Jositsch, D., Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, Art. 113 N 1.

⁹⁹ BGE 130 I 126, E. 2; Vest, H., in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 31 N 22 und Art. 32 N 6; Jeanneret, Y./Kuhn, A., Précis de procédure pénale, 2. Aufl., Bern 2018, N 4064.

¹⁰⁰ Eser, in: Becker et al. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Grosskommentar, Bd. XI, EMRK/IPBPR, 26. Aufl., Berlin 2012, Art. 6 N 879.

¹⁰¹ EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Ur. v. 17. 12. 1996, no. 19187/91, § 68; *Gäfgen v. Germany*, Ur. v. 1. 6. 2010, no. 22978/05, § 168; Eser (Fn. 100), Art. 6 N 880; *Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford/New York 2005, 340 ff.

¹⁰² EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Ur. v. 17. 12. 1996, no. 19187/91, § 68; *Gless*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2021, N 92.

¹⁰³ Ausführlich zu Begründung und Ratio des Nemo-tenetur-Prinzips siehe *Ott, D.*, Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, Zürich 2012, 67 ff.

¹⁰⁴ EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Ur. v. 17. 12. 1996, no. 19187/91, § 68; vgl. BGE 131 IV 36, E. 3.1; 147 I 57, E. 5.1; *Schlauri*, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung, Zürich/Basel/Genf 2003 98; kritisch *Ott* (Fn. 103), 75 m. w. H.; ausführlich zur historischen Entwicklung *Ott* (Fn. 103), 7 ff.

¹⁰⁵ EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Ur. v. 17. 12. 1996, no. 19187/91, § 68; vgl. BGE 131 IV 36, E. 3.1.

¹⁰⁶ EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Ur. v. 17. 12. 1996, no. 19187/91, § 69; *Allan v. The United Kingdom*, Ur. v. 5. 11. 2002, no. 48539/99, § 5; *Ott* (Fn. 103), 63 und 81 ff. m. w. H.

¹⁰⁷ *Lieber* (Fn. 98), Art. 113 N 12; *Macula, L.*, Erzwungene Selbstbelastung oder freiwillige Auskunft? Zur Verwertbarkeit von Unternehmenndossiers zuzuhanden der FINMA, ZStrR 136 (2018), 31; *Ott* (Fn. 103), 75 ff.

Zentrale Inhalte des Nemo-tenetur-Prinzips sind einerseits die Freiheit der beschuldigten Person zur Mitwirkung im Strafverfahren und andererseits das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung.¹⁰⁸ Sie darf also nicht dazu gezwungen werden, an der Beweisbeschaffung aktiv mitzuwirken und dadurch zur eigenen Verurteilung beizutragen.¹⁰⁹ Zwar trifft die beschuldigte Person in einem Strafverfahren keine Mitwirkungspflicht, sie hat jedoch nach Art. 113 Abs. 1 Satz 3 gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen zu erdulden.¹¹⁰ Das Nemo-tenetur-Prinzip erstreckt sich zeitlich über die gesamte Dauer des Verfahrens.¹¹¹ Darüber hinaus gilt das Selbstbelastungsprivileg aber auch schon im Vorfeld eines Verfahrens, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein Strafverfahren zu erwarten ist.¹¹²

Würde die Verwendung positiver Dopingproben im Strafverfahren das Selbstbelastungsprivileg verletzen, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dies für den betroffenen Athleten und das Verfahren mit sich bringen würde. Beim Selbstbelastungsprivileg in Art. 113 StPO handelt es sich um eine Gültigkeitsvorschrift.¹¹³ Daher sind Beweise, die unter Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes – etwa durch Beeinträchtigung der Willensfreiheit der beschuldigten Person – erhoben wurden, nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertbar.¹¹⁴ Die Verwertung des fraglichen Beweises wäre dann aber zulässig, sofern sie zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich wäre. Da es sich bei der Selbstbelastungsfreiheit aber um ein Recht handelt, das die Verfahrensstellung des Beschuldigten zentral schützt, wird in der Lehre unter Berufung auf die Kohärenz des Beweisrechts postuliert, dass bei einer Verletzung des Nemo-tenetur-Prinzips ein absolutes Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 StPO greifen sollte.¹¹⁵

¹⁰⁸ BGE 131 IV 36, E. 3.1; BSK StPO-Engler (Fn. 98), Art. 113 N 2 f.; Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 37; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020, N 397; Pieth, M., Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016, 56 f.

¹⁰⁹ Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 19; zur Geschichte des Geständniszwanges in der Schweiz siehe Ott (Fn. 103), 43 ff.; Piquerez/Macaluso (Fn. 98), N 791.

¹¹⁰ Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 42.

¹¹¹ BSK StPO-Engler (Fn. 98), Art. 113 N 4; Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 14.

¹¹² Geth, C., Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, in: Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, 151; Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 14a; Wohlers, W./Godenzi, G., Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?, AJP 2005, 1056.

¹¹³ Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 54c.

¹¹⁴ BSK StPO-Gless (Fn. 98), Art. 141 N 66 f.; Ott (Fn. 103), 197 f.

¹¹⁵ BSK StPO-Gless (Fn. 98), Art. 141 N 79; Donatsch, A./Smokvina, J., Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Weber et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 868; Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 54c.

Diese Auffassung wird auch durch die Rechtsprechung des EGMR gestützt.¹¹⁶

3. Vereinbarkeit des Dopingkontrollsystems mit dem Nemo-tenetur-Prinzip

Das Dopingkontrollsystem basiert, wie dargelegt, auf jederzeitigen, unvorhersehbaren, verdachtsunabhängigen und zufälligen oder gezielten Dopingkontrollen. Die Athletinnen treffen dabei weitgehende Mitwirkungspflichten sowie teilweise gar Meldepflichten. Während die Weigerung der Mitwirkung von Athleten, die nicht dem Doping-Statut unterstehen, keine Konsequenzen nach sich zieht, wird die Verletzung sowohl der Meldepflichten als auch die Weigerung der Abgabe einer Dopingprobe vom Doping-Statut sanktioniert. Dadurch sind die dem Statut unterstellten Athletinnen faktisch gezwungen zu kooperieren. Ein solch rigides Kontrollsystem ist für eine effektive Dopingbekämpfung unabdingbar und im privatrechtlichen Disziplinarverfahren grundsätzlich auch unproblematisch.¹¹⁷ In einem staatlichen Strafverfahren aber steht der beschuldigten Person aufgrund des Nemo-tenetur-Prinzips das Recht zu, sich nicht selber belasten und somit nicht aktiv zu ihrer eigenen Verurteilung beitragen zu müssen. Diese Freiwilligkeit der Mitwirkung steht Athletinnen im Rahmen des Dopingkontrollsystems, wie dargelegt, faktisch nicht zu.¹¹⁸ Das Problem wird dadurch akzentuiert, dass die Dopingkontrollstelle die Strafverfolgungsbehörden im Falle einer positiven Dopingprobe umgehend zu informieren sowie ihnen sämtliche Unterlagen zuzustellen hat.¹¹⁹

Es stellen sich deshalb folgende Fragen: Verträgt sich das Dopingkontrollsystem mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz im Strafverfahren? Dürfen die durch Swiss Sport Integrity oder einer anderen zuständigen Kontrollbehörde unter Mitwirkungspflichten der Athleten erhobenen positiven Dopingproben in einem staatlichen Strafverfahren als Beweis gegen einen wegen Betruges beschuldigten Athleten verwertet werden? Und falls ja, müssten Athleten gestützt auf das Selbstbelastungsprivileg eine Dopingkontrolle verweigern kön-

¹¹⁶ Donatsch/Smokvina (Fn. 115), 868; Gaede, K., Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen, JR 2009, 496; Ott (Fn. 103), 158 ff. mit Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR.

¹¹⁷ Siehe aber Diener, S./Muresan, R., Ein «Recht auf Schweigen» auch in Verbands-Sanktionsverfahren?, CaS 2018, 360 ff. zur Diskussion, ob das Nemo-tenetur-Prinzip angesichts der einschneidenden Sanktionen für Athleten auch in Disziplinarverfahren Anwendung finden sollte.

¹¹⁸ Zur Freiwilligkeit aus deutscher Sicht Orth, J. F., in: Cherkeh/Momsen/Orth (Hrsg.), Handbuch Sportstrafrecht, München 2021, Kap. 5 N 20 ff. m. w. H.

¹¹⁹ Art. 77 Abs. 3 lit. b SpoföV.

nen, ohne aufgrund der Weigerung automatisch gesperrt zu werden.¹²⁰

Bevor eine Antwort auf diese Fragen zu finden ist, ist zunächst ein kurzer Blick auf ähnliche Konstellationen zu werfen, die allenfalls hilfreich für die Entwicklung von Lösungsansätzen sein könnten.

a) Kohärenz gemessen an anderen Verfahren

Zu ähnlichen Problemen kommt es bei sogenannten Parallelverfahren, i. e. wenn ein Sachverhalt zu mehreren gleichzeitig oder nacheinander laufenden Verfahren führt. Dabei kommt es zum Konflikt zwischen den in Verwaltungsverfahren geltenden Auskunftspflicht- und Mitwirkungspflichten einerseits und dem Selbstbelastungsprivileg im Strafverfahren andererseits.¹²¹ Auch hier stellt sich die Frage, ob im Verwaltungsverfahren unter Mitwirkungspflicht erhobene Beweise im nachfolgenden Strafverfahren verwertet werden dürfen. Zu solchen Situationen kommt es namentlich im Rahmen des Strassenverkehrsrechts, des Steuer(straf)rechts oder auch des Finanzmarktrechts. Mögliche Lösungsansätze werden in der Lehre kontrovers diskutiert.¹²² Sowohl das BGer¹²³ als auch der EGMR¹²⁴ haben sich schon mehrfach mit diesem Problem befasst. Je nach Rechtsgebiet kommen Lehre und Rechtsprechung zu unterschiedlichen Lösungen:

Im Strassenverkehrsrecht statuiert das SVG strafbewehrte Mitwirkungspflichten von an Unfällen beteiligten Personen.¹²⁵ In Bezug auf die Melde- und Mitwirkungspflichten nach Art. 92 Abs. 1 i. V. m. Art. 51 SVG wird in der Lehre teilweise eine Verletzung des Nemo-tenetur-Prinzips angenommen und für ein Beweisverwertungsverbot plä-

diert.¹²⁶ Bei Blutproben im Rahmen von Art. 91a SVG sehen h. L. und das BGer keine Verletzung des Selbstbelastungsprivilegs, zumal der Betroffene lediglich zu Passivität verpflichtet ist;¹²⁷ bei Atemalkoholproben ist die Zulässigkeit umstritten.¹²⁸ Die Rechtsprechung des EGMR stützt die Zulässigkeit von strafbewehrten Blut- und Atemalkoholproben mit der Begründung, dass Beweismittel, die durch Zwangsmittel erlangt werden können und unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren, nicht in den Bereich des Selbstbelastungsprivilegs fallen.¹²⁹ Man mag versucht sein, hier eine Parallele zu den Urin- und Blutkontrollen des Dopingkontrollsystems zu ziehen und deren Verwertung im Strafverfahren daher als rechtlich zulässig anzusehen. Der Vergleich hinkt jedoch aufgrund des entscheidenden Unterschieds, dass Swiss Sport Integrity, anders als die Polizei, über keine Kompetenzen zum Einsatz von Zwangsmassnahmen verfügt.¹³⁰

In seinem Entscheid *J. B. c. Suisse* verurteilte der EGMR die Schweiz wegen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten im Nachsteuerverfahren, die mit dem Selbstbelastungsprivileg in einem darauffolgenden Steuerstrafverfahren kollidierten.¹³¹ Im Anschluss an diese Verurteilung hat der Schweizer Gesetzgeber mit einer Gesetzesrevision reagiert und statuiert, dass Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren für ein nachfolgendes Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Dieses Beweisverwertungsverbot greift aber nur, wenn der betroffene Steuerpflichtige direktem oder indirektem Zwang unterworfen und er im Nachsteuerverfahren über seine Rechte im darauffolgenden Strafverfahren nicht belehrt worden ist.¹³² Das BGer hat seine Rechtsprechung entsprechend angepasst

¹²⁰ Art. 2.3 i. V. m. Art. 10.3.1 Doping-Statut; hierzu Kap. IV. 1; vgl. auch Stellungnahme NADA, Referentenentwurf für ein Gesetz zur Bekämpfung von Doping in Sport, Bonn 17.2.2015, 5.

¹²¹ Lieber (Fn. 98), Art. 113 N 56.

¹²² Zum Strassenverkehrsrecht: Ott, D., Die Tragweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare im Strassenverkehrsrecht, in: Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016, Bern 2016, 229 ff.; dies. (Fn. 103), 311 ff.; Wohlers/Gothenz (Fn. 112), 1045 ff.; zum Finanzmarktrecht: Geth (Fn. 112), 141 ff.; Gless, S., Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten, in: Fahle et al. (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, 723 ff.; Macula, L., Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG – zulässige Grenze strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit?, recht 2016, 30 ff.; dies. (Fn. 107), 30 ff.; zum Steuer(straf)recht: Donatsch, A., Im Labyrinth des Steuerstrafrechts, recht 2019, 121 ff.; Keller, H./Suter, D., Ne bis in idem und nemo tenetur im Steuerstrafrecht – 2. Teil, StR 74 (2019), 4 ff.; Müller, P., Aspekte des Verhältnisses von Steuerverfahren und Strafverfahren der Steuerverwaltung, in: Marantelli/Opel (Hrsg.), Aktuelle Fragen des schweizerischen Steuerrechts, Festgabe für Prof. em. Dr. Urs R. Behnisch, Bern 2020, 163 ff.

¹²³ Vgl. etwa BGE 121 II 273, E. 3; 138 IV 47, E. 2.6; 142 IV 207.

¹²⁴ EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Urte. v. 17.12.1996, no. 19187/91, § 69; *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, Urte. v. 29.6.2007, nos. 15809/02 and 25624/02, § 53 ff.; *J. B. c. Suisse*, no. 31827/96, Urte. v. 3.5.2001, § 64 ff.; *Jalloh v. Germany*, Urte. v. 11.7.2006, no. 54810/00, § 110 ff.

¹²⁵ Siehe etwa Art. 91a und 92 Abs. 1 i. V. m. Art. 51 SVG; ausführlich hierzu Ott (Fn. 103), 311 ff.

¹²⁶ *Unselde, L.*, in: Niggli/Probst/Waldmann (Hrsg.), Basler Kommentar, Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014 Art. 92 N 125 ff.; *Jeanneret*, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR), Commentaire, Bern 2007, Art. 92 N 3; Ott (Fn. 122), 260 f. und 274 ff.

¹²⁷ BGE 131 IV 36, E. 3; Ott (Fn. 122), 266; Vest (Fn. 99), Art. 31 N 26.

¹²⁸ BGer vom 7.12.2015, 6B_384/2015; *Oberholzer, N.*, Die anlassfreie Atemalkoholkontrolle: strafprozessuale Fragen, AJP 1993, 812; Vest (Fn. 99), Art. 31 N 26; kritisch zur Frage der Passivität bei Atemalkoholtest und für deren Unzulässigkeit BSK SVG-*Riedo* (Fn. 126), Art. 91a N 56; Ott (Fn. 122), 267.

¹²⁹ EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Urte. v. 17.12.1996, no. 19187/91, § 69; *J. B. c. Suisse*, Urte. v. 3.5.2001, no. 31827/96, § 68.

¹³⁰ Vgl. die Ausführungen in Kap. IV.3.bb).

¹³¹ EGMR, *J. B. c. Suisse*, Urte. v. 3.5.2001, no. 31827/96, § 64 ff.; Müller (Fn. 122), 157 f.

¹³² Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG; Art. 57a Abs. 2 StHG; *Donatsch, A./Arnold, I.*, Einflüsse von EMRK und Verfassungsrecht auf das schweizerische Steuerstrafrecht – Teil 2, StR 67 (2012), 90; kritisch *Cadosch, R.*, DBG Kommentar, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 2008, Art. 183 N 1; *Keller/Suter* (Fn. 122), 16; bereits vor dem EGMR-Entscheid *J. B. c. Suisse* für ein Beweisverwertungsverbot *Auer, C.*, Das Verhältnis zwischen Nachsteuerverfahren und Steuerstrafverfahren, insbesondere das Problem des Beweisverwertungsverbots, ASA 66 (1997), 12 ff.

und den Anwendungsbereich des Beweisverwertungsverbots auch auf Verfahren wegen Steuerbetrugs ausgedehnt.¹³³ Der Fall *Chambaz c. Suisse* zeigt jedoch, dass im Steuer(straf)recht mit Blick auf das Selbstbelastungsprivileg weiterhin Regelungsbedarf besteht.¹³⁴

Im Finanzmarktrecht spricht sich die Lehre für ein Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren für unter verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten erstellten Dokumenten aus.¹³⁵ In einem finanzmarktrechtlichen Grundsatzentscheid hielt das BGer fest, dass der Verwertung von im Verwaltungsverfahren pflichtgemäss erstellten und allenfalls belastenden Unterlagen nichts entgegenstehe, solange deren Erstellung nicht unter konkreter Strafandrohung erfolgt sei, was in der Lehre kritisiert wird.¹³⁶ Ungeachtet der an diesem Entscheid zu Recht angeführten Kritik lassen sich daraus keine Parallelen zur Frage der Verwertbarkeit der Dopingproben gewinnen, zumal die Weigerung eines Athleten, sich einer Dopingkontrolle zu unterziehen, sogleich eine Sanktion in Form einer Sperre nach sich zieht.¹³⁷ *De lege ferenda* wird aufgrund der gewichtigen öffentlichen Interessen teilweise entweder ein gesetzlich «notwendiger Verzicht» im FINMAG, der den Verzicht der Finanzmarktakteure auf die Selbstbelastungsfreiheit ausdrücklich statuiert,¹³⁸ oder aber eine klare Regelung, die einen Informationstransfer vom aufsichtsrechtlichen Verfahren in das Strafverfahren verbietet, gefordert.¹³⁹

b) Lösungsansätze Dopingkontrollsystem und Selbstbelastungsfreiheit

Mit den vorangegangenen Überlegungen zu Parallelverfahren im Hinterkopf sind im Folgenden Lösungsansätze für den Konflikt zwischen den Mitwirkungspflichten im Dopingkontrollsystem und dem Selbstbelastungsprivileg im Strafverfahren zu diskutieren.

aa) Legitime «Selbstbelastungsfreiheit» infolge Verzicht?

Einer Verwertung der durch Mitwirkungspflichten erlangten Dopingproben in einem Strafverfahren

stünde allenfalls dann nichts entgegen, wenn die Athleten rechtsgültig auf das Selbstbelastungsprivileg verzichten würden. Daher stellt sich zunächst die Frage, ob Athleten durch Unterwerfung unter das Doping-Statut wirksam auf das Selbstbelastungsprivileg verzichten: Die ständige Praxis des EGMR sieht einen Verzicht auf Verfahrensrechte grundsätzlich als zulässig an, wobei sich die Frage der Zulässigkeit primär am infrage stehenden Verfahrensrecht orientiert.¹⁴⁰ Die EGMR-Praxis setzt für einen wirksamen und zulässigen Verzicht die unmissverständliche Erklärung und die Freiwilligkeit des Verzichts sowie das Nichtvorhandensein von öffentlichen Interessen, die gegen einen Verzicht sprechen, voraus.¹⁴¹ Das BGer hat sich der Rechtsprechung des EGMR grundsätzlich angeschlossen.¹⁴² Es ist jedoch strenger als der EGMR, indem es gewissen Verfahrensrechten – wie etwa den Protokollierungsvorschriften nach Art. 78 StPO – zwingende Natur zuspricht, weshalb sie unverzichtbar sind.¹⁴³

Das Selbstbelastungsprivileg besitzt keine zwingende Natur und ist damit kein unverzichtbares Verfahrensrecht, weshalb ein Verzicht grundsätzlich möglich ist. Voraussetzung für die Gültigkeit des Verzichts auf das Selbstbelastungsprivileg ist, dass dieser freiwillig erfolgt und keine Willensmängel vorliegen.¹⁴⁴ Die Zulässigkeit des Verzichts¹⁴⁵ kann am Beispiel belastender Aussagen der beschuldigten Person illustriert werden: Sie *must* zwar keine belastenden Aussagen gegen sich selbst machen, sie *kann* sich aber durch eine Aussage selbst belasten. Belastet sie sich ohne äusseren Zwang und im Bewusstsein der Selbstbelastungsfreiheit bspw. im Rahmen einer Einvernahme, so kann und wird ihre Aussage als Beweismittel gegen sie verwendet – sie verzichtet durch die belastende Aussage mit anderen Worten auf ihr Selbstbelastungsprivileg.¹⁴⁶

Fraglich ist aber, ob ein rechtsgültiger Verzicht auf das Selbstbelastungsprivileg schon – quasi vorab¹⁴⁷ – in der Unterwerfung der Athleten unter das Doping-Statut gesehen werden kann. Dabei

¹³³ BGE 138 IV 47, E. 2.6.2; BGer vom 21. 6. 2010, 2C_632/2009, E. 2.5.

¹³⁴ EGMR, *Chambaz c. Suisse*, no. 11663/04, Urt. v. 5. 4. 2012, § 50 ff.; *Keller/Suter* (Fn. 122), 16 m. w. H.; *Müller* (Fn. 122), 163 ff.; ausführlich *Bodmer, D.*, «Nemo tenetur se ipsum accusare» im Steuerrecht, Zürich 2021, 227 ff.

¹³⁵ *Geth* (Fn. 112), 159 f.; *Gless* (Fn. 122), 733 f.; *Macula* (Fn. 122), 30 ff.; *Meier, I.*, Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren, Zürich 2017, 295 ff.

¹³⁶ BGE 142 IV 207, E. 8.18; kritisch *Macula* (Fn. 107), 30 ff.

¹³⁷ Vgl. Art. 2.3 i. V. m. Art. 10.3.1 Doping-Statut; Kap. IV. 1.

¹³⁸ Ausführlich *Macula* (Fn. 122), 45 f.; *dies.* (Fn. 107), 52 ff.

¹³⁹ *Gless* (Fn. 122), 734 mit Verweis auf Art. 362 Abs. 4 StPO.

¹⁴⁰ EGMR, *Håkansson and Sturesson v. Sweden*, Urt. v. 21. 2. 1990, no. 11855/85, § 66 f.; *Young v. United Kingdom*, Urt. v. 16. 1. 2007, no. 60682/00, § 40; *Idalov v. Russia*, Urt. v. 22. 5. 2012, no. 5826/03, § 172.

¹⁴¹ *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Berlin 2007, 742.

¹⁴² BGE 127 I 213, E. 3a.

¹⁴³ BGer 6B_492/2012 vom 22. 2. 2013, E. 1.4.

¹⁴⁴ *Zimmerlin, S.*, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürich 2008, N 330 ff. und 642.

¹⁴⁵ *Zimmerlin* (Fn. 144), N 641.

¹⁴⁶ BSK StPO-*Ruckstuhl* (Fn. 98), Art. 157 N 1; vgl. auch *Bachmann, L.*, Prozedurale Entlastung von Herstellern «smarter» Produkte im Strafrecht?, ZStrR 140 (2022), 108 f.

¹⁴⁷ Vgl. zum Finanzmarktrecht *Macula* (Fn. 122), 45 f.; *dies.* (Fn. 107), 52 ff.

ist zunächst die Freiwilligkeit eines solchen allfälligen vorhergehenden Verzichts fraglich. Die Unterwerfung unter das Doping-Statut müsste nämlich freiwillig erfolgen. Diese Unterwerfung steht auf privatrechtlicher (vertraglicher oder vereinsrechtlicher) Basis und erfolgt wie dargelegt über die Mitgliedschaft in einem Swiss Olympic angeschlossenen Sportverein bzw. über den Erwerb einer Lizenz, die zur Teilnahme an sportlichen Wettkämpfen berechtigt.¹⁴⁸ Ohne Mitgliedschaft in einem dem nationalen Verband angeschlossenen Verein bzw. ohne Lizenz des jeweiligen Verbandes ist eine Teilnahme an offiziellen sportlichen Wettkämpfen ausgeschlossen. Folglich besteht die Wahl der Athleten tatsächlich lediglich darin, sich entweder dem Doping-Statut zu unterwerfen oder keine offiziellen Wettkämpfe zu bestreiten. Daher kann nicht von einer freiwilligen Unterwerfung unter das Doping-Statut gesprochen werden. Diese Schlussfolgerung bekräftigt auch ein Blick in die Botschaft zum SpoFöG, die Zweifel an der Freiwilligkeit der Unterwerfung unter das Doping Statut als Begründung für Art. 21 Abs. 1 SpoFöG anführt.¹⁴⁹

Auch wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, dass die Unterwerfung unter das Statut freiwillig und damit auch die unter Sanktionsandrohung erfolgende Abgabe der Dopingproben freiwillig erfolgt – etwa weil jede Person grundsätzlich frei in der Entscheidung ist, nicht am Profisport teilzunehmen, wenn sie sich dem Doping-Statut nicht unterwerfen will –, kann daraus nicht geschlossen werden, dass die Athletin auch der Verwertung der Dopingproben als Beweismittel in einem Strafverfahren zustimmt.¹⁵⁰ Denn für einen gültigen Verzicht auf das Selbstbelastungsprivileg ist ferner vorausgesetzt, dass die Verzichtende sich über die Tragweite des Verzichts im Einzelnen bewusst ist. Das bedeutet, dass sie ihre Rechte kennen, i. e. in Abwesenheit von Willensmängeln ihren Verzichtswillen bilden können muss.¹⁵¹ Da die Athletin aber nicht über die volle Tragweite des Verzichts auf das Selbstbelastungsprivileg in einem Strafverfahren aufgeklärt wird, könnte höchstens ein konkludenter Verzicht vorliegen. Ob ein konkludenter Verzicht möglich ist, ist zweifelhaft. Zwar haben sowohl das BGer als auch der EGMR in ihrer Praxis eine Beschränkung der Selbstbelas-

tungsfreiheit auf der Basis eines konkludenten Verzichts auf das Selbstbelastungsprivileg entwickelt.¹⁵² Namentlich im Bereich des Strassenverkehrs hat der EGMR Auskunftspflichten eines Fahrzeughalters unter Strafandrohung als zulässig eingestuft. Der EGMR nimmt an, dass sich der Fahrzeughalter aufgrund der besonderen Gefährlichkeit des Strassenverkehrs dadurch, dass er am Strassenverkehr teilnimmt, in ein besonderes Rechtsverhältnis begibt, das besondere Pflichten nach sich zieht – der Fahrzeughalter also durch seine Teilnahme am Verkehr teilweise konkludent auf sein Selbstbelastungsprivileg verzichtet.¹⁵³ Diese Rechtsprechung wurde von der Lehre sehr kritisch aufgefasst, und es wird zu Recht gefordert, sie nicht auf weitere Rechtsbereiche zu übertragen.¹⁵⁴ Daher wird an dieser Stelle darauf verzichtet, weitere Überlegungen zu einem generellen konkludenten Verzicht der Athleten auf das Selbstbelastungsprivileg durch die Unterwerfung unter das Doping-Statut bzw. ihre Teilnahme am Profisport anzustellen – obwohl Doping etwa mit Blick auf die gesundheitlichen Folgen freilich auch eine gewisse Gefährlichkeit in sich trägt.

Zu überlegen wäre allenfalls, ob *de lege ferenda* die Möglichkeit einer vorab erklärten «Verzichtserklärung» bei Abgabe einer Dopingprobe gesetzlich – und damit demokratisch legitimiert – im SpoFöG statuiert werden könnte.¹⁵⁵ Dabei würde es sich um eine freiwillige schriftliche Erklärung handeln, in der eine Athletin bei Probenahme ausdrücklich erklärt, im Falle eines positiven Testresultats auf ihr Selbstbelastungsprivileg in einem allfälligen Strafverfahren zu verzichten. Dadurch dürfte die abgegebene Probe im Strafverfahren gegen die Athletin verwertet werden. Wichtig wäre jedenfalls, die Freiwilligkeit des Unterschreibens der Verzichtserklärung – sowohl theoretisch als auch praktisch – zu gewährleisten. Athleten müssten zunächst vom Kontrollpersonal auf die Freiwilligkeit der Erklärung hingewiesen werden, nämlich, dass sie nicht unterzeichnen müssen, falls die

¹⁴⁸ Ausführlich hierzu *Baddeley, M.*, Unterwerfungserklärungen von Athleten – ein Anwendungsfall allgemeiner Geschäftsbedingungen, ZBJV 144 (2008), 357 ff.; *Steiner* (Fn. 19), 424 ff.; vgl. Art. 5.2 Doping-Statut; Kap. II. 1 und IV. 1.

¹⁴⁹ BBl 2009 8189 (8239 f.); aus privatrechtlicher Sicht vgl. *Baddeley, M.*, Athletenrechte und Doping aus der Sicht des schweizerischen Rechts, in: Vieweg (Hrsg.), Doping, Realität und Recht, Berlin 1998, 318 f.

¹⁵⁰ *Orth* (Fn. 118), Kap. 5 N 23; *Putzke* (Fn. 40), § 4 N 130.

¹⁵¹ Ausführlich zur Bildung des Verzichtswillens und der Wahrung der Willensfreiheit *Zimmerlin* (Fn. 145), N 328 ff.; vgl. auch *Ott* (Fn. 103), 63; Kap. IV. 2.

¹⁵² Siehe BGer vom 28. 12. 2009, 6B_571/2009, E. 3.2; BGer vom 29. 6. 2010, 6B_439/2010, E. 5.3 ff.; EGMR, *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, Urte. v. 29. 6. 2007, nos. 15809/02 and 25624/02, § 53 ff.; *Lieber* (Fn. 98), Art. 113 N 59.

¹⁵³ BGE 140 II 384, E. 3.3; BGer vom 29. 6. 2010, 6B_439/2010, E. 5.3 ff.; EGMR, *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, Urte. v. 29. 6. 2007, nos. 15809/02 and 25624/02, kritisch Dissenting Opinion Myjer; vgl. auch *Wohlens, W.*, Nr. 1 EGMR, Grand Chamber, Case of *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* vom 29. 6. 2007 – Application nos. 15809/02 and 25624/02, fp 2008, 2 ff.

¹⁵⁴ *Benedick, G.*, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, 178; *Roth, S.*, Zum Zweiten: Die Geltung von *nemo tenetur* im Verwaltungsverfahren, Jusletter 24. 11. 2014, N 30 f.; *Summers, S.*, Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, Verkehrsdelikte und der Fall *O'Halloran and Francis* gegen Vereinigtes Königreich, in: Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2009, St. Gallen 2009, 658.

¹⁵⁵ Vgl. *Orth* (Fn. 118), Kap. 5 N 24; *Putzke* (Fn. 40), § 4 N 133.

Gefahr besteht, dass die Dopingprobe sie der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen könnte. Ferner wäre wichtig, sicherzustellen, dass Athleten vor der Probenahme über die Tragweite der Verzichtserklärung – bspw. durch das Kontrollpersonal – aufgeklärt werden, i. e. dass damit auf grundlegende Verfahrensrechte verzichtet wird, die in einem allfälligen Strafverfahren schützen könnten.¹⁵⁶

Zwar wäre die Einführung einer solchen Verzichtserklärung theoretisch möglich, jedoch käme es zu Problemen bei der Gewährleistung der Freiwilligkeit in der Praxis: So dürfte etwa die Öffentlichkeit ein Interesse daran haben, zu erfahren, ob Athletinnen bei der Dopingkontrolle eine solche Erklärung unterzeichnet haben. Dadurch stehen die Athletinnen faktisch unter Druck, die Verzichtserklärung zu unterschreiben, selbst wenn sie nicht auf ihr Selbstbelastungsprivileg verzichten wollen. Um die Willensfreiheit der Athleten zu wahren und zu verhindern, dass sie unter Druck durch die Öffentlichkeit geraten, müssten die Kontrollbehörden zu Stillschweigen über die Abgabe bzw. Nichtabgabe der Verzichtserklärung verpflichtet werden. Ferner wären die Athleten über die Vertraulichkeit der Verzichtserklärung zu informieren.

Dieser Ansatz ist jedoch zahnlos, zumal für Athleten keinerlei Anreiz bestünde, eine solche Erklärung zu unterschreiben, da das Nichtunterschreiben schliesslich auch nicht gewertet werden darf.¹⁵⁷

bb) Berücksichtigung des Selbstbelastungsprivilegs im Dopingkontrollsystem?

Dem Selbstbelastungsprivileg könnte stattdessen im Dopingkontrollverfahren Rechnung getragen werden. Dazu müsste das Dopingkontrollsystem so angepasst werden, dass bei Dopingkontrollen das Selbstbelastungsprivileg gewahrt wird. Würde das Selbstbelastungsprivileg bei der Entnahme von Dopingproben beachtet, könnten sie auch in einem Strafverfahren gegen den Athleten als Beweise verwertet werden.

Umsetzen liesse sich dies, indem auf die Sanktionierung der Mitwirkungsverweigerung im Doping-Statut verzichtet würde. Bestünde keine Sanktionsandrohung, würde die Abgabe einer Dopingprobe freiwillig. Bei entsprechender Aufklärung durch die Dopingkontrollbehörden im Hinblick auf die Verwertung der Proben in einem allfälligen Strafverfahren gegen die Athletin wäre ein ausdrücklicher Verzicht auf das Selbstbelastungsprivileg durch die Athletin möglich. Jedoch bestünde bei diesem Lösungsansatz keinerlei Anreiz für die Athleten, sich einer Dopingkontrolle zu unterziehen. Da Dopingkontrollbehörden nicht über Zwangsbefugnisse verfügen, sind sie bei der Dopingbekämpfung aber auf die Mitwirkung der Athleten angewiesen:¹⁵⁸ Ohne die Mitwirkung der Athleten können die Kontrollbehörden nicht auf Körpersubstanzen zugreifen, die Aufschluss über ein allfälliges Doping geben. Im Ergebnis würde das Streichen der Sanktionen für die Verweigerung der Dopingkontrolle die Dopingbekämpfung empfindlich schwächen.¹⁵⁹

Verhindern könnte man diese Konsequenz, indem man die Dopingkontrollbehörden mit Zwangsbefugnissen zur Durchführung von Blut- und Urinproben ausstattet. Dadurch könnten sie im Falle einer Weigerung Dopingkontrollen im Rahmen ihrer Zwangsbefugnisse durchführen oder diese von der Polizei durchführen lassen. Dazu bedürfte es der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage.¹⁶⁰ Dies dürfte sich aber, wie sogleich als Gedankenexperiment zu skizzieren ist, als äusserst problematisch präsentieren. Denn für die Durchführung von Zwangsmassnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden wie die Durchführung von Urin- oder Blutkontrollen ist grundsätzlich ein hinreichender Tatverdacht vorausgesetzt.¹⁶¹ Dopingkontrollen werden aber in der Regel verdachtsunabhängig durchgeführt, weshalb ein hinreichender Tatverdacht regelmässig nicht vorliegt. Auf einen solchen etwa alleine aufgrund ausserordentlicher Leistungen eines Profisportlers an einem sportlichen Wettkampf zu schliessen, ist m. E. nicht denkbar – das Erbringen ausserordentlicher Leistungen gehört schliesslich zum Jobprofil. Auch dürfen Strafverfolgungsbehörden gemäss Art. 251 Abs. 4 StPO gegen den Willen einer nicht beschuldigten Person keine Untersuchungen und Eingriffe in die körperliche Integrität zur Aufklärung eines Betruges nach Art. 146 StGB anordnen.¹⁶² Sowohl in Bezug auf den Tatverdacht als auch bezüglich des Anwendungsbereichs der Massnahmen bei nicht beschuldigten Personen müsste folglich eine weitgehende Ausnahme geschaffen werden. Orientieren könnte sich der Gesetzgeber allenfalls an Art. 55 SVG, der die Zulässigkeit von verdachtsunabhängigen Atemalkoholproben in Bezug auf die Feststellung der Fahrunfähigkeit bei Fahrzeugführern und an Unfäl-

leg durch die Athletin möglich. Jedoch bestünde bei diesem Lösungsansatz keinerlei Anreiz für die Athleten, sich einer Dopingkontrolle zu unterziehen. Da Dopingkontrollbehörden nicht über Zwangsbefugnisse verfügen, sind sie bei der Dopingbekämpfung aber auf die Mitwirkung der Athleten angewiesen:¹⁵⁸ Ohne die Mitwirkung der Athleten können die Kontrollbehörden nicht auf Körpersubstanzen zugreifen, die Aufschluss über ein allfälliges Doping geben. Im Ergebnis würde das Streichen der Sanktionen für die Verweigerung der Dopingkontrolle die Dopingbekämpfung empfindlich schwächen.¹⁵⁹

Verhindern könnte man diese Konsequenz, indem man die Dopingkontrollbehörden mit Zwangsbefugnissen zur Durchführung von Blut- und Urinproben ausstattet. Dadurch könnten sie im Falle einer Weigerung Dopingkontrollen im Rahmen ihrer Zwangsbefugnisse durchführen oder diese von der Polizei durchführen lassen. Dazu bedürfte es der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage.¹⁶⁰

Dies dürfte sich aber, wie sogleich als Gedankenexperiment zu skizzieren ist, als äusserst problematisch präsentieren. Denn für die Durchführung von Zwangsmassnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden wie die Durchführung von Urin- oder Blutkontrollen ist grundsätzlich ein hinreichender Tatverdacht vorausgesetzt.¹⁶¹

Dopingkontrollen werden aber in der Regel verdachtsunabhängig durchgeführt, weshalb ein hinreichender Tatverdacht regelmässig nicht vorliegt. Auf einen solchen etwa alleine aufgrund ausserordentlicher Leistungen eines Profisportlers an einem sportlichen Wettkampf zu schliessen, ist m. E. nicht denkbar – das Erbringen ausserordentlicher Leistungen gehört schliesslich zum Jobprofil. Auch dürfen Strafverfolgungsbehörden gemäss Art. 251 Abs. 4 StPO gegen den Willen einer nicht beschuldigten Person keine Untersuchungen und Eingriffe in die körperliche Integrität zur Aufklärung eines Betruges nach Art. 146 StGB anordnen.¹⁶²

Sowohl in Bezug auf den Tatverdacht als auch bezüglich des Anwendungsbereichs der Massnahmen bei nicht beschuldigten Personen müsste folglich eine weitgehende Ausnahme geschaffen werden. Orientieren könnte sich der Gesetzgeber allenfalls an Art. 55 SVG, der die Zulässigkeit von verdachtsunabhängigen Atemalkoholproben in Bezug auf die Feststellung der Fahrunfähigkeit bei Fahrzeugführern und an Unfäl-

¹⁵⁶ Zur Wichtigkeit einer solchen Aufklärung vgl. *Ott* (Fn. 103), 63 ff.

¹⁵⁷ Vgl. *Putzke* (Fn. 40), § 4 N 133.

¹⁵⁸ *Orth* (Fn. 118), Kap. 2 N 77; vgl. BGE 121 II 273, E. 3.c)bb), wonach Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen das Korrelat zur Beweislast der Steuerbehörde sind.

¹⁵⁹ Vgl. *Erkens* (Fn. 76), 249.

¹⁶⁰ Art. 197 Abs. 1 lit. a; BSK StPO-*Weber* (Fn. 98), Art. 197 N 4 f.

¹⁶¹ Art. 197 Abs. 1 lit. b; BSK StPO-*Weber* (Fn. 98), Art. 197 N 6 ff.; vgl. auch *Meier* (Fn. 135), 293 ff.

¹⁶² Art. 251 Abs. 4 i. V. m. Art. 252 StPO.

len beteiligten Strassenbenützern vorsieht.¹⁶³ Geschaffen werden müsste also eine *lex specialis*, die den Dopingkontrollbehörden gestattet, verdachtsunabhängig Blut- und Urinproben durchzuführen. Dopingkontrollbehörden das Durchführen von Urin- und Blutkontrollen auch verdachtsunabhängig zu gestatten, wäre – von der Problematik bezüglich der Unschuldsvermutung einmal abgesehen – zudem stossend, weil dann der Dopingkontrollbehörde im Vergleich zu den Strafverfolgungsbehörden weitergehende Befugnisse zustünden.¹⁶⁴ Auch liesse sich ein derart schwerer Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Athleten *prima facie* wohl nicht rechtfertigen.¹⁶⁵ Die Kontrollbehörden mit Zwangsbefugnissen auszustatten, dürfte, mit Blick auf das eben Ausgeführte, gesetzgeberisch nicht umsetzbar sein und soll daher an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

Würde man das Nemo-tenetur-Prinzip bereits im Kontrollverfahren beachten wollen, müsste man folglich eine Streichung der Sanktionierung, der Weigerung eine Dopingprobe abzugeben, in Betracht ziehen. Dies ginge aber wie dargelegt zulasten eines effizienten Kontrollsystems, was nicht unterstützt werden kann und folglich kein gangbarer Weg ist.

cc) Beweisverwertungsverbot für Dopingproben

Der Konflikt zwischen den weitreichenden Mitwirkungspflichten im Dopingkontrollverfahren und dem Selbstbelastungsprivileg könnte zugunsten eines Beweisverwertungsverbots für Dopingproben im Strafverfahren gegen den Athleten gelöst werden. Diese Lösung bietet sich an, da die vorher dargelegten Lösungsansätze den Konflikt nicht zu lösen vermögen. Denn wie dargelegt kann in der Unterwerfung der Athleten unter das Doping-Statut kein Verzicht auf das Selbstbelastungsprivileg in einem Strafverfahren gesehen werden, und die Berücksichtigung des Selbstbelastungsprivilegs im Kontrollverfahren würde auf Kosten einer effizienten Dopingbekämpfung gehen, was nicht unterstützt werden kann. Wie oben bereits ausgeführt, greift bei Beweisen, die unter Verletzung des Nemo-tenetur-Prinzips erhoben werden, ein absolutes Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 StPO.¹⁶⁶ Das würde bedeuten, dass positive Dopingproben einer Athletin in einem Straf-

verfahren nicht gegen sie verwertet werden dürfen.¹⁶⁷

Gemäss Art. 77 Abs. 3 lit. a SpoFöV hat die Dopingkontrollstelle die zuständige Strafverfolgungsbehörde im Falle einer positiven Dopingprobe umgehend zu informieren und ihr sämtliche Unterlagen zukommen zu lassen. Würde ein Beweisverwertungsverbot greifen, stellt sich die Frage, ob die Meldung einer positiven Dopingprobe überhaupt an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden dürfte, wenn sie in einem Strafverfahren gegen einen beschuldigten Athleten nicht verwendet werden darf.¹⁶⁸ Dabei ist zu bedenken, dass im Zusammenhang mit der Einnahme verbotener Substanzen einer Athletin im Profisport sich nicht nur die Athletin, sondern insbesondere auch ihr Umfeld strafbar machen kann.¹⁶⁹ In einem Verfahren gegen das Umfeld der Athletin, etwa weil ein Trainer Mittel zu Dopingzwecken an seine Athletin abgegeben hat, stünde der Verwertung der positiven Dopingprobe der Athletin nichts entgegen. Ganz abgesehen davon obliegt es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Sachrichter, über die Verwertbarkeit von Beweisen zu entscheiden.¹⁷⁰

Diese Lösung erscheint insgesamt vorzugswürdig, auch wenn sich hier ebenfalls Anschlussfragen stellen: So müsste weiter geklärt werden, ob eine positive Dopingprobe, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegt, einen Anfangsverdacht für weitere Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden gegen den Athleten begründen kann, wenn positive Resultate eines Dopingtests an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden.¹⁷¹ Das ist zum einen deshalb zu verneinen, weil nicht verwertbare Beweise nach Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Verfahrensakten zu entfernen sind.¹⁷² Zum anderen ergibt sich dies aus dem Fernwirkungsverbot nach Art. 141 Abs. 4 StPO,¹⁷³ das nach h. L. auch für die absoluten Beweisverwertungsverbote

¹⁶⁷ Zur Diskussion in Deutschland anlässlich des Anti-Doping-Gesetzes vgl. *Jahn, M.*, Wir haben alles. Ausser Strafverfahren. Erste Praxiserfahrungen mit der Rundumstrafbarkeit nach dem Anti-Doping-Gesetz in Deutschland, in: Hoven/Kubicel (Hrsg.), *Korruption im Sport*, Baden-Baden 2018, 122; *Erkens* (Fn. 76), 249; *Orth* (Fn. 118), Kap. 5 N 27; *Putzke* (Fn. 40), § 4 N 126 ff.; gegen ein Beweisverwertungsverbot BT-Drs. 18/4898, 19 f.; *Hauptmann, M./Rübenstahl, M.*, Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda – insbesondere gemessen am «Cannabis-Urteil» des BVerfG, HRRS 8 (2007), 149 f.

¹⁶⁸ Zur ähnlichen Fragestellung im Finanzmarktrecht *Geth* (Fn. 112), 159 f.

¹⁶⁹ Art. 22 Abs. 1 SpoFöV.

¹⁷⁰ BGE 143 IV 457, E. 2.7; BGer vom, E. 2.3.1; BGer vom 13. 4. 2012, 1B_179/2012, E. 2.4; *Geth* (Fn. 112), 159 f.; *Wohlens, W.*, in: Donatsch et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 141 N 48.

¹⁷¹ Zum Anfangsverdacht siehe *Wohlens, W.*, Das an einen tatbezogenen Anfangsverdacht gekoppelte Strafverfahren, Ein Konzept von gestern?, AJP 2020, 1311 ff.

¹⁷² BSK StPO-Gless (Fn. 98), Art. 141 N 39; *Wohlens* (Fn. 169), Art. 141 N 41.

¹⁷³ BSK StPO-Gless (Fn. 98), Art. 141 N 39.

¹⁶³ BSK SVG-*Fahmi/Heimgartner* (Fn. 126), Art. 55 N 1 ff.

¹⁶⁴ Vgl. zum Gedankenexperiment im Finanzmarktrecht *Geth* (Fn. 112), 158.

¹⁶⁵ Ausführlich zu den Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs *Rhinow, R./Schefer, M./Uebersax, P.*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 1182 ff.

¹⁶⁶ BSK StPO-Gless (Fn. 98), Art. 141 N 79; *Ott* (Fn. 103), 198 f.; siehe Kap. IV.2.

gilt.¹⁷⁴ Bei absoluten Beweisverwertungsverböten soll gemäss der wohl h. L. die Ausnahmeregelung in Art. 141 Abs. 4 StPO, wonach bei relativen Beweisverwertungsverböten nach Art. 141 Abs. 2 StPO der Folgebeweis verwertet werden darf, wenn dieser ohne den Erstbeweis hätte erhoben werden können, nicht zur Anwendung gelangen. Stattdessen ist eine strikte Fernwirkung anzunehmen.¹⁷⁵ Bei strikter Fernwirkung sind auch Folgebeweise nie verwertbar.¹⁷⁶ Kann ohne die positive Dopingprobe kein dringender Tatverdacht begründet werden, liegen also keine weiteren Verdachtsmomente vor, dürfen folglich auch keine Ermittlungen gegen den positiv getesteten Athleten aufgenommen werden.¹⁷⁷

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine positive Dopingprobe in einem Strafverfahren gegen eine mutmasslich gedopte Athletin einem Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 StPO unterliegt. Aufgrund des strikten Fernwirkungsverbots darf die positive Dopingprobe auch keinen Anfangsverdacht für weitere Ermittlungen begründen. Sofern neben der positiven Dopingprobe keine weiteren Verdachtsmomente vorliegen, ist ein Strafverfahren gegen die Athletin wegen Betrugs folglich nicht möglich.

V. Fazit

Doping wird von der Öffentlichkeit als Betrug empfunden. Wie dargelegt, kann Selbstdoping auch strafrechtlich einen Betrug zulasten der Veranstalter oder der Sponsoren darstellen. Mit Blick auf das Ziel eines «sauberen Sports» müssen Dopingkontrollen jedoch jederzeit, verdachtsunabhängig, unvorhersehbar und quasi-zwingend unter Mitwirkung der Athleten durchgeführt werden können, um eine funktionierende und effiziente Dopingbekämpfung gewährleisten zu können. Diese sank-

tionierte Mitwirkungspflicht kollidiert aber mit dem Selbstbelastungsprivileg im Strafverfahren. Daher unterliegen die im Rahmen des Dopingkontrollsystems erhobenen positiven Dopingproben in einem nachgelagerten Strafverfahren gegen die (mutmasslich) fehlbare Athletin einem Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 StPO. Aufgrund der Fernwirkung und weil nicht verwertbare Beweise aus den Verfahrensakten zu entfernen sind, darf eine positive Dopingprobe auch nicht Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden gegen den betroffenen Athleten sein. Einen anderen Schluss lässt die Rechtslage *de lege lata* nicht zu. Positive Dopingproben einem nachgelagerten Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren zu unterstellen, erscheint als einzige Lösung sinnvoll, da sie einer effektiven Dopingbekämpfung nicht im Wege steht und gleichzeitig die Rechte der beschuldigten Athleten wahrt.

Gerade im Strafverfahren, das bei einer Verurteilung empfindliche Einschränkungen der Grundrechte für die beschuldigte Person mit sich bringen kann, ist das Beachten der Rechte der Beschuldigten – wie etwa das Selbstbelastungsprivileg – besonders zu gewichten.¹⁷⁸ Es handelt sich dabei um übergeordnete Interessen, welche die Grundlage eines liberalen Rechtsstaates bilden.¹⁷⁹ Zwar wird dadurch der Wahrheitsfindung durch die Strafverfolgungsbehörden Grenzen gesetzt. Das ist aber notwendig, um ein faires Verfahren zu gewährleisten. Denn für ein faires Verfahren bedarf es eines Ausgleichs zwischen dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung und dem Interesse der von der Strafverfolgung betroffenen Person.¹⁸⁰ So geht auch aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass die Effizienz und Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts eine Verletzung des Nemo-tenetur-Prinzips nicht zu rechtfertigen vermögen.¹⁸¹ Für ein justizförmiges Verfahren ist notwendigerweise vorausgesetzt, dass nur Beweise, die unter Beachtung der «schützenden Formen»¹⁸² des Strafverfahrens erhoben werden, auch Ein-

¹⁷⁴ BSK StPO-*Gless* (Fn. 98), Art. 141 N 90; *Ott* (Fn. 103), 201 f.; *Pieth* (Fn. 108), 199; *Wohlens* (Fn. 172), Art. 141 N 44; a.A. *Jeaneret/Kuhn* (Fn. 99), N 9009.

¹⁷⁵ Für eine strikte Fernwirkung BSK StPO-*Gless* (Fn. 98), Art. 141 N 90; *Jeaneret/Kuhn* (Fn. 99), N 9009; *Pieth* (Fn. 108), 199; *Schmid/Jositsch* (Fn. 98), Art. 141 N 12; *Wohlens, W./Bläsi, L.*, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, 166 f.; für die analoge Anwendung von Art. 141 Abs. 4 StPO *Vetterli, L.*, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverböten, Überlegungen zu BGE 137 I 218 und gleichzeitig Denkanstösse zur Auslegung von Art. 141 StPO, ZStrR 130 (2012), 466.

¹⁷⁶ *Jeaneret/Kuhn* (Fn. 99), N 9009; *Schmid/Jositsch* (Fn. 98), Art. 141 N 12; *Wohlens* (Fn. 172), Art. 141 N 44; *Wohlens/Bläsi* (Fn. 175), 166 f.

¹⁷⁷ In Deutschland wird eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten abgelehnt, vgl. *Pieth* (Fn. 108), 198; bezüglich positiver Dopingproben siehe *Putzke* (Fn. 40), § 4 N 117; *Rössner, D.*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Hrsg.), Anti-Doping-Gesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2017, Vor §§ 1 ff. N 41.

¹⁷⁸ *Hassemer, W.*, Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit. Eine Skizze, in: *Pieth/Seelmann* (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Recht, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss, Basel 2006, 10 f.

¹⁷⁹ *Gless, S.*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2006, 98 f.; *Vest, H.*, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, Bern/Frankfurt am Main/New York 1985, 1.

¹⁸⁰ *Gless* (Fn. 179), 104 ff. und 195 ff.

¹⁸¹ Vgl. etwa EGMR, *Saunders v. United Kingdom*, Urte. v. 17.12.1996, no. 19187/91, § 74; *J.B. c. Suisse*, Urte. v. 3.5.2001, no. 31827/96, § 70; *Martinen v. Finland*, Urte. v. 21.4.2009, no. 19235/03, § 74 f.

¹⁸² *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846, 93.

gang in ein Strafverfahren finden.¹⁸³ Wenn also das Strafprozessrecht die Durchsetzung des materiellen Rechts hindert, ist mit Blick auf die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens der Geltung des Strafprozessrechts Vorrang zu gewähren – «das materielle Strafrecht hat dem Prozessrecht zu weichen».¹⁸⁴ Nur so kann die Wahrung der Grundrechte einer beschuldigten Person gewährleistet werden.

Freilich sind andere Lösungsansätze denkbar: Man könnte den Nemo-tenetur-Grundsatz auch im Kontrollverfahren beachten, indem man eine Weigerung der Probenahme nicht mehr sanktioniert. Alternative Lösungsansätze bringen aber viele Folgeprobleme: Will man die Dopingkontrollen mit Zwangsbefugnissen ausstatten? Oder Athleten bei der Kontrolle eine Verzichtserklärung unterschreiben lassen (wobei fraglich ist, worin der Sinn einer solchen Verzichtserklärung liegen würde, da für die Athletinnen keine Notwendigkeit bestünde, eine solche zu unterzeichnen)? Bei diesen Überlegungen besteht jedoch jeweils die Gefahr, dass diese auf Kosten eines effizienten und unkomplizierten Dopingkontrollsystems gehen. Eine solche Schwächung der Dopingbekämpfung gilt es aber auf jeden Fall zu verhindern. Es ist absolut zentral, dass Dopingkontrollen jederzeit, verdachtsunabhängig, unvorhersehbar und quasi-zwingend unter Mitwirkungspflicht der Athleten durchgeführt werden können. Denn das langfristige Ziel eines «sauberen Sports» kann mit einem ineffizienten Kontrollsystem unmöglich erreicht werden, was die strafrechtliche Nichtverfolgbarkeit des Betrugs an Veranstaltern, Sponsoren und weiteren potenziell Geschädigten als die weniger bittere Pille erscheinen lässt. Schliesslich ist zu bedenken, dass eine Sperre für einen Profisportler eine möglicherweise weitaus empfindlichere Strafe darstellt als das Bezahlen einer Busse oder allenfalls einer bedingten Geldstrafe.¹⁸⁵ Einem effektiven Kontrollsystem, das ermöglicht, dopende Athleten zu erkennen und zu sperren, ist folglich Vorrang vor der strafrechtlichen Verfolgung einzuräumen – insbesondere, solange beides nebeneinander nicht möglich ist. Denn freilich auch keine Lösung aus rechtlicher

Sicht ist es, die rechtsstaatlichen Bedenken zur Verwertung von Dopingproben im Strafverfahren einfach zu ignorieren.

Es mag für manche einen fahlen Beigeschmack haben, dass Dopingproben in einem nachgelagerten Strafverfahren gegen einen fehlbaren Athleten nicht als Beweise verwendet werden dürfen, dass ein Betrug zulasten des Sponsors oder des Veranstalters – es sei denn, es existieren bereits vor der positiven Dopingprobe genügend Anhaltspunkte für eine Ermittlung rechtfertigenden Tatverdacht – nicht strafrechtlich verfolgt und geahndet werden kann, weil dann wegen rechtsstaatlichen Prinzipien eine Verfolgung von Dopingsündern im Profisport nicht möglich ist. Aber im Strafverfahren gilt keine Pflicht zur Wahrheitsermittlung um jeden Preis; übergeordnete Interessen können und müssen im liberalen Rechtsstaat gewahrt werden.¹⁸⁶ Etwas Trost dürfte man ausserdem in der Tatsache finden, dass Dopingsünder auch nicht komplett ungestraft bleiben, zumal sie im Verbandssanktionsverfahren mit einer empfindlichen Sperre belegt werden können.

VI. Ausblick

Sollte der Gesetzgeber sich zukünftig entscheiden, *de lege ferenda* einen eigenen Straftatbestand für Selbstdoping – wie etwa in Deutschland – in bspw. das Schweizer Strafgesetzbuch aufzunehmen, würde dies eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz erfordern. Es müsste sowohl die einschlägige Rechtsprechung des BGer als auch des EGMR beigezogen werden, um eine sinnvolle und rechtsstaatlich vertretbare Lösung für die Verwertbarkeit positiver Dopingproben im Strafverfahren zu finden. Ansonsten dürfte ein solcher Tatbestand wohl kaum je zum Einsatz kommen, weil für unter Mitwirkungspflichten erhobene Dopingproben ein Beweisverwertungsverbot greift und der Athlet entsprechend nicht strafrechtlich verfolgt werden könnte, wenn neben der positiven Dopingprobe keine weiteren Verdachtsmomente vorliegen. Ebenfalls wäre sicherzustellen, dass durch die Schaffung eines solchen Tatbestandes die Effizienz der privatrechtlichen Dopingbekämpfung nicht geschmälert würde. Denn wie die in der Einleitung erwähnten Dopingfälle deutlich illustrieren, muss das Dopingbekämpfungssystem schnell und schlagkräftig gegen Dopingdelinquenten vorgehen können.

¹⁸³ Gless (Fn. 122), 733 f.; dies. (Fn. 179), 101; Vest (Fn. 179), 2; zur wahrheitsverbürgenden und freiheitsverbürgenden Funktion der schützenden Förmlichkeit des Verfahrens sowie deren heute teilweise verbreiteten Geringschätzung siehe Wohlers, W., Die schützende Förmlichkeit des Strafprozessrechts, in: Goeckenjan/Puschke/Singelstein (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive, 593 ff.

¹⁸⁴ Hamm, R., Wie muss das Strafrecht beschaffen sein, damit wir uns wieder ein Legalitätsprinzip leisten können?, in: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Recht, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss, Basel 2006, 2.

¹⁸⁵ BBl 2009 8189 (8221).

¹⁸⁶ Gless (Fn. 122), 734; Pieth (Fn. 108), 43.