

Dopingbetrug und Rechtshilfe

von

Prof. Dr. Martin Schubarth, Ancien président du Tribunal fédéral, Avocat-conseil, Lausanne/Basel

Bundesstrafgericht, II. Beschwerdekammer, 16. 5. 2007, A. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau.¹

Zusammenfassung des Sachverhaltes:

Die Staatsanwaltschaft Bonn führt ein Ermittlungsverfahren gegen den Profiradrennfahrer A und seinen persönlichen Betreuer B. wegen Betruges und wegen Verletzung des Arzneimittelgesetzes. Sie ersuchte die Schweiz um Rechtshilfe, insbesondere um die Übersendung von Kontounterlagen als Beweismittel dafür, dass Überweisungen an einen spanischen Arzt als Gegenleistung für die Verabreichung verbotener Dopingmittel vorgenommen wurden. Die Staatsanwaltschaft entsprach diesem Gesuch. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesstrafgericht ab. (Das Bundesgericht ist auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten).

Zusammenfassung der Erwägungen:

Die Schweiz nimmt rechthilfewise prozessuale Zwangsmassnahmen nur vor, wenn aus der Darstellung des Rechtshilfegesuches hervorgeht, dass die im Ausland verfolgte Handlung die objektiven Merkmale eines nach schweizerischem Recht strafbaren Tatbestandes aufweist.

Für den Missbrauch von Doping durch den Sportler besteht in der Schweiz keine explizite Strafnorm. Der dopende Sportler macht sich nicht strafbar nach Art. 11 f Sportförderungsgesetz (SFG, SR 415.0). Zu prüfen ist, ob das Verhalten des A den Tatbestand des Betruges (StGB 146) erfüllen kann.

Die Möglichkeit eines durch Täuschung erregten Irrtums wird bejaht. Denn A hat sich beim Abschluss von Rennfahrerverträgen und eines Marketingvertrages gegenüber seinen Vertragspartnern verpflichtet, während der Laufzeit der Verträge jede Art von Doping zu unterlassen. Trotzdem soll er in der Folge in gedoptem Zustand an Wettkämpfen teilgenommen und auf diese Weise Veranstalter, Mitkonkurrenten, Arbeitgeber und Sponsoren über die Redlichkeit seines Verhaltens getäuscht haben. Ihm wird vorgeworfen, auf diese Weise die unwahre Tatsache

¹ RR 2007.16.

vorgespiegelt zu haben, er respektiere die Dopingregeln, und damit bei den Genannten die Fehlvorstellung hervorgerufen zu haben, bei ihm handle es sich um einen fairen und möglicherweise ungedopten Wettkampfteilnehmer.

Auch die Möglichkeit der Arglist wird bejaht. Die möglicherweise falschen Angaben von A betreffend seinen möglichen Dopingmissbrauch waren für seine Vertragspartner nicht einfach selber zu überprüfen. Sponsoren und Arbeitgeber dürfen sich auf die von Sportverbänden und Wettkampfveranstaltern durchgeführten Kontrollen verlassen und müssen nicht selbst systematisch Kontrollen durchführen. „Denn selbst wenn sie an der Sauberkeit des Sportlers zweifeln, lassen sich diese Zweifel in der Regel nur mit aufwändigen, in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen eingreifende Verfahren ausräumen. Zudem hängt das Resultat von Dopingkontrollen immer von der ungewissen Frage ab, ob neue Analysemethoden angewendet werden und ob der Sportler resp. seine Giftmischer in weiser Voraussicht die gerade noch nicht entdeckbare Dosis appliziert haben (vgl. Martin Schubarth, Dopingbetrug, recht 2006, 222 ff., 225 FN 26). Bei solchen raffinierten Methoden des Dopings werden daher Veranstalter wie auch Sponsoren und weitere Vertragsparteien *arglistig* getäuscht.“

Die Vermögensverfügung liegt in der Auszahlung eines Preisgeldes oder von Sponsorengeldern oder von vertraglich vereinbarten Lohngeldern an den nicht berechtigten gedopten Sportler. „Der Vermögensschaden liegt beim Wettkampfveranstalter in der Gefahr, den Preis doppelt bezahlen zu müssen, nämlich auch an den nicht gedopten Konkurrenten; überdies wohl auch darin, dass der Veranstalter sein Vermögen nur durch Preiszahlung an Teilnehmer vermindern will, die die Wettkampfbedingungen, insbesondere das Dopingverbot beachten, was entsprechend auch für Sponsoren und andere Vertragspartner zutrifft (vgl. Martin Schubarth, a. a. O., 223 und 225 f.).“

Bemerkungen:

1. Das Urteil des Bundesstrafgerichtes verdient volle Zustimmung. Denn, wie andernorts ausführlich dargelegt^{2 3}, ist von folgendem auszugehen: Der Sportler, der in einem Wettkampf mit geldwerten Preisen unerlaubte Mittel einsetzt, insbesondere sich dopt, und gestützt darauf ein Preisgeld kassiert, begeht in der Regel einen Betrug sowohl gegenüber dem Veranstalter wie auch gegenüber den Mitkonkurrenten. Er spiegelt die unwahre Tatsache vor, er halte sich an die Teilnahmebedingungen, insbesondere an die Dopingbestimmungen und ruft damit beim Getäuschten eine entsprechende

² Martin Schubarth, Dopingbetrug, recht 2006, 222 ff.

³ Zur Rechtslage in Deutschland Schubarth a. a. O. 224 N 12; neuerdings Walter Kargl, Begründungsprobleme des Dopingstrafrechts, NSTz 2007, 489 ff.

Fehlvorstellung hervor. Wer bei einem Wettbewerb mit geldwerten Preisen Fairness-relevante Teilnahmebedingungen verletzt und unter Verheimlichung dieser Verletzung seinen Preis kassiert, begeht einen Betrug (StGB 146). Das ist auf einen kurzen Nenner gebracht die Message von BGE 126 IV 165 betreffend Betrug bei einem Fernsehquiz.⁴ Mutatis mutandis kommt auch ein Betrug zum Nachteil des Arbeitgebers oder des Sponsors in Betracht. Das Verhalten ist in der Regel arglistig, wie das Bundesstrafgericht zutreffend darlegt. Die „guten alten Zeiten“, in denen zu Beginn der Zielgeraden in aller Öffentlichkeit ein Schnaps hinter die Binde geschüttet wurde, sind eben vorbei. Stattdessen wird mit immer sophistischeren, nicht leicht zu entdeckenden Methoden Dopingbetrug betrieben. Dass durch das in Frage stehende Verhalten auch die übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale des Betrages erfüllt sein können, wird vom Bundesstrafgericht zutreffend bejaht.

2. Die Bedeutung dieses rechtskräftigen Urteils für die schweizerische Praxis liegt auf der Hand: Hier wird - vermutlich erstmals⁵ - von einem schweizerischen Gericht bestätigt, was wir im Grunde alle schon lange wussten, nämlich dass sich der gedopte Sportler im bezahlten Sport des Betrages schuldig machen kann oder kurz: dass Dopingbetrug grundsätzlich den Tatbestand des Betrages erfüllen kann. Im konkreten Fall hatte dies zur Folge, dass in der Schweiz prozessuale Zwangsmassnahmen angewendet wurden für ein in Deutschland durchgeführtes Verfahren wegen Betrages, begangen durch Doping.

3. Müsste diese Urteil nicht weitergehende Konsequenzen für die schweizerische Strafverfolgungspraxis haben? In der Realität wird heute in der Schweiz Dopingbetrug (noch?) nicht als Betrug verfolgt, auch dann nicht, wenn gravierende Verdachtsmomente vorliegen.⁶ Diese Diskrepanz zwischen der mit dem hier besprochenen Urteil des Bundesstrafgerichtes eingeleiteten Rechtshilfepraxis (**Rechtshilfe in Form von strafprozessualen Zwangsmassnahmen gewährt, weil Dopingbetrug nach schweizerischem Recht grundsätzlich einen Betrug nach StGB 146 darstellen kann**), und der schweizerischen Strafverfolgungspraxis (**kein Ermittlungsverfahren wegen Betrages, auch nicht bei gravierendem Verdacht von Dopingbetrug**) ist rechtsstaatlich unerträglich. Sie verletzt die Rechtsgleichheit. Sie führt auch zur Frage, ob die Rechtsfigur der Begünstigung durch Unterlassen⁷ nur eine akademische Kunstfigur ist, die praktisch nicht umgesetzt wird, weil die gleiche Behörde, die die Augen vor dem Anfangsverdacht eines Dopingbetrages schliesst,

⁴ Schubarth 223.

⁵ Vgl. Schubarth passim.

⁶ Wenige Tage nach der Beendigung der Tour de Suisse 2006 wurde deren Sieger wegen Dopingverdachts nicht zur Tour de France zugelassen.

⁷ Dazu Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. A., Bern 2000, 333; Ursula Cassani, Commentaire du droit pénal suisse, partie spéciale, Berne 1996, Art. 305 N 18 ff.

naturgemäss auch keinen Anfangsverdacht für Begünstigung im Amt durch Nichteinleitung eines an sich gebotenen Strafverfahrens zu ersehen vermag.

4. Das Bundesgericht⁸ ist auf eine Beschwerde gegen das Urteil des Bundesstrafgerichtes nicht eingetreten, weil kein besonders bedeutender Fall i. S. v. BGG 84 vorliege. Zwar handle es sich um eine Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich i. S. v. BGG 84 I und gebe es bisher kein Präjudiz des Bundesgerichtes zur Frage der Strafbarkeit von Doping als Betrug nach StGB 146. Doch konnte diese Frage offengelassen werden auf Grund eines rechtstechnischen Kniffs, beruhend auf der Kombination einer tief sinnigen Besonderheit des Rechts der „kleinen Rechtshilfe“ und einer tatsächlichen Besonderheit des Falles, nämlich dass sich das deutsche Verfahren nicht nur gegen den Radprofi, sondern auch gegen seinen persönlichen Betreuer B richtet. Das dem B vorgeworfene Verhalten wird nämlich von SFG 11 f erfasst. Deshalb ist im Verfahren gegen B die rechtshilfweise vorgenommene Beschlagnahme von Bankunterlagen zulässig. Der ersuchende Staat darf über solche Unterlagen grundsätzlich umfassend verfügen, also offenbar auch gegenüber Dritten - hier dem Sportler selbst - , die sich für Eigendoping nicht nach SFG 11 f strafbar machen können; eine Schranke besteht nur für politische, militärische und fiskalische⁹ Delikte. Er darf die Unterlagen also auch in einem Verfahren wegen Betruges gebrauchen, sogar wenn das Verhalten in der Schweiz betrugsrechtlich nicht strafbar wäre. Er darf dies - und darin liegt die eigentliche rechtstechnische Pointe - auch im Verfahren gegen A tun, obwohl sich der Sportler wie gesagt auf Grund eines eher mystisch denn rational begründbaren Privilegs bei Selbstdoping nicht nach SFG 11 f strafbar machen kann.

Das bedeutet: Im Ergebnis können die in der Schweiz beschlagnahmten Bankunterlagen in Deutschland im Betrugsverfahren gegen A verwendet werden, obwohl bei A das für die Beschlagnahme von Bankunterlagen an sich nötige Erfordernis der doppelten Strafbarkeit nicht nachgewiesen ist. Eigendoping ist nicht nach SFG strafbar und die Frage Doping = Betrug wird vom Bundesgericht anders als vom Bundesstrafgericht nicht beantwortet. Rechtstechnisch genügt es eben, dass, wenn vielleicht auch nur zufällig, der Verdacht der Strafbarkeit nach SFG 11 f bei einem beliebigen Dritten besteht, um die so erlangten Bankunterlagen auch als Beweismittel gegen den Sportler zu verwenden, und zwar auch für ein andersartiges Delikt wie Betrug, obwohl wegen der Straflosigkeit des Eigendopings gemäss SFG 11 f in einem Verfahren, das sich ausschliesslich gegen den Sportler richtet, diese Konstruktion nicht möglich wäre.

⁸ 1C.138/2007, leicht gekürzt wiedergegeben in *causa sport* 2007, 353 ff.

⁹ Für Abgabebetrug besteht wiederum eine Gegen Ausnahme: Zulässigkeit der Verwertung.

Der Sache nach ändert der Nichteintretens-Entscheid des Bundesgerichtes nichts daran, dass vorliegend die Schweiz für Dopingbetrug Rechtshilfe geleistet hat und zwar auch unter dem Gesichtspunkt des Betrugsverdachtes.

5. Das Urteil des Bundesstrafgerichtes ist überdies bedeutsam, weil es wiederum zutreffend dem angeblichen Gegensatz von sportlichem und wirtschaftlichem Wettbewerb eine klare Absage erteilt: „Wenn Sportler nicht nur aus sportlichen bzw. spielerischen Gründen Wettkämpfe bestreiten, sondern auch wirtschaftliche Interessen verfolgen, stehen sie miteinander in wirtschaftlichem Wettbewerb und unterliegen den Regeln über den unlauteren Wettbewerb.“ Es lässt dann, weil für die Rechtshilfe nicht entscheidend relevant, offen, ob auch die Strafbestimmungen des UWG erfüllt sein können.¹⁰

6. Worin liegt die eigentliche Bedeutung des Urteils des Bundesstrafgerichtes? Die Diskussion über Dopingbetrug war lange geprägt von zwei Tendenzen, um nicht zu sagen Ideologien: der angeblich allein selig machenden Autonomie des Sportes¹¹ und dem Bild des armen dopenden Sportlers, der primär nicht als Täter, sondern als Opfer anzusehen sei. Diese Ideologien, die im Widerspruch zu Grundprinzipien unseres Rechtsstaates stehen, erfahren durch das Urteil des Bundesstrafgerichtes eine gründliche Absage. Zugleich wird deutlich, dass nur in einem staatlichen Strafverfahren für die Aufklärung eines Dopingverdachts wichtige Beweismittel wie Bankunterlagen zwangsweise beschafft und gegebenenfalls rechtshilfeweise weitergegeben werden können. Und schliesslich wird die Bedeutung der staatlichen Strafhoheit für die Erfassung auch des kriminellen Umfelds von Sportlern deutlich. Soweit hier Lücken bestehen, insbesondere beim Nachweis von Doping ausserhalb eines Wettkampfes, ist die Schaffung eines Vorfeldtatbestandes zum Betrug zu prüfen, der das Zuführen verbotener Mittel als solches und gegebenenfalls andere Vorbereitungshandlungen zum Dopingbetrug unter Strafe stellt. Dann könnten auch zur Aufklärung eines entsprechenden Verdachts Zwangsmassnahmen angeordnet werden wie Hausdurchsuchung, Beschlagnahme von Dokumenten, Blutbeutel, PC und Handys, Telefon- und E-Mail-Überwachung, DNA-Analyse. Die Chance, das Umfeld von positiv getesteten Sportlern zu erfassen¹², würde damit erheblich erhöht.¹³

¹⁰ Die Frage wäre zu bejahen, vgl. Schubarth a. a. O. 227. Der Sportler, der seine schmutzige Leistung als sauber verkauft, macht sich nach UWG 3 i. V. m. 23 strafbar.

¹¹ Dazu eingehend Schubarth a. a. O. 228 ff.

¹² So das Petitum der Motion Guisan 07. 3416.

¹³ Was vom Bundesrat in seiner Antwort zur Motion Guisan verschwiegen wird.