

Ein neuer Straftatbestand

„Wettbewerbverfälschung im Sport“?

(Rechtsanwalt Prof. Dr. Volkmar Mehle)

I.

Meine Position zu dem angesprochenen neuen Straftatbestand ist eindeutig: Ich bin ein entschiedener Gegner einer derartigen Strafnorm.

Die uns zugewiesene Zeit ist knapp bemessen. Mehr als ein erweitertes Statement wird nicht möglich sein.

II.

Die Schaffung eines neuen Straftatbestandes, überhaupt die Existenz eines Straftatbestandes setzt voraus, dass das zu inkriminierende Verhalten *strafwürdig* und *strafbedürftig* ist.

Nun hat zwar das Bundesverfassungsgericht das Institut einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ mit Verfassungsrang ausgekleidet (wobei der Begründungsansatz aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, durchaus zweifelhaft und in seinen Auswirkungen auch gefährlich ist) und es hat

dem Gesetzgeber bei der Frage, welche Form der sozialen Kontrolle bei bestehendem Interventionsrecht angemessen ist, eine umfängliche Gestaltungskompetenz eingeräumt. Voraussetzung hierfür ist aber zunächst die Feststellung, ob überhaupt eine Interventionspflicht oder zumindest ein Interventionsrecht des Gesetzgebers besteht.

Aus der Schutzfunktion der Grundrechte kann sich eine derartige Pflicht ergeben, bestimmte Verhaltensweisen zu verbieten. Diese Schutzpflicht wird zum einen aus der objektivrechtlichen Funktion

- BVerfGE 88, 203, 251 -,

zum anderen aber auch aus der Abwehrfunktion der Grundrechte hergeleitet. Zu klären ist die Pflicht des Staates, gegen Übergriffe von Privaten in grundrechtliche Schutzbereiche anderer Private durch staatliche Eingriffe aktiv zu werden. Zweifelhaft und auch noch nicht im Ansatz geklärt ist die Frage, welche Konsequenzen aus diesem Prinzip zu ziehen sind.

Einigkeit besteht lediglich dahin, dass der Gesetzgeber nicht von Verfassung wegen verpflichtet ist, jede Belästigung unter Strafe zu stellen. Ferner bleibt offen, ob er erst auf den Eintritt des Schadens mit Mitteln des Strafrechts reagiert, oder schon

jede denkbare Möglichkeit eines derartigen Schadenseintritts im Rahmen abstrakter Gefährungsdelikte sozusagen „im Vorfeld“ pönalisiert. Stets muss ein konkretes Opfergrundrecht betroffen sein.

Erst wenn eine derartige *Schutzpflicht* zu bejahen ist, stellt sich die davon unabhängige weitere Frage, auf welche Weise der Gesetzgeber diese erfüllt. Ich erinnere in diesem Zusammenhang an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch. Auch hier hat das Gericht zumindest teilweise dem Gesetzgeber die Entscheidungskompetenz überlassen, in welchem Umfang er die Abtreibungen unter Strafe stellen und in welchem Maße er zu Gunsten von Beratung und sozialrechtlichen Maßnahmen auf Strafe verzichten will.

Die folgenden verfassungsrechtlichen Grundsätze, die sich teilweise überschneiden, sind in jedem Fall zu beachten:

Zunächst ist das *Übermaßverbot* betroffen. Aus den Grundrechten ergeben sich in diesem Zusammenhang Grenzen für eine Kriminalisierung von Verhalten. Ein Zuviel an staatlichem Schutz ist durchaus geeignet, die Grundrechte des Opfers in ihrer Abwehrfunktion unzulässig einzuschränken. In diesem Zusammenhang ist letztlich der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts das *Willkürverbot*, das aus Art. 3

Abs. 1 GG hergeleitet wird. Einzuräumen ist, dass eine derartige Vergrößerung des Prüfungsmaßstabs und der mit ihr verbundene weite Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers dazu führt, dass das Strafrecht in zunehmendem Maße instrumentalisiert wird. Was ursprünglich *opinio communis* war, nämlich die Aufgabe des Strafens als „*ultima ratio*“ – also eindeutige *Subsidiarität* des Strafrechts -, scheint heute in großer Gefahr – unter dem Aspekt des „*Übermaßverbots*“ – insoweit auch toleriert vom Bundesverfassungsgericht. Strafrecht ist – dies ist mit großem Bedauern festzustellen – schon lange nicht mehr beschränkt auf Rechtsgüterschutz. Es erfüllt zunehmend den fragwürdigen Zweck einer Förderung der allgemeinen Wohlfahrt.

Anders ist es schon beim *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Bezieht sich das *Übermaßverbot* auf die Grundrechte des Opfers, berührt dieser Grundsatz *Grundrechte des Täters*. Verbietet der Gesetzgeber Verhaltensweisen und stellt strafbewehrte Gebote auf, so ist allemal das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, eingeschränkt. Je nach Ausgestaltung der Strafnorm sind auch weitere Grundrechte betroffen (etwa die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie – Art. 5, 9, 12, 14). Auch hier gewährt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen gewissen Spielraum eigenverantwortlicher Bewertung, der aber erheblich

geringer ist als bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das *Übermaßverbot*

- BVerfGE 80, 182, 185 f.; BVerfGE 90, 145, 173 -.

Letztlich berührt die konkrete Ausgestaltung eines neuen Straftatbestandes nicht selten das *Bestimmtheitsgebot*, Art. 103 Abs. 2 GG. Das *Bestimmtheitsgebot* als Ausfluss des Satzes „*nullum crimen sine lege*“ soll letztlich den Bürger vor *willkürlicher Bestrafung* schützen. Hier korrigierend eingreifen zu müssen, war mehrfach Aufgabe unserer Verfassungsrichter

- vgl. etwa BVerfGE 78, 374 ff. -.

Aber auch hier ist nicht zu verkennen, dass – gegen lebhafte Kritik aus dem Schrifttum – das Bundesverfassungsgericht immer stärker dazu neigt, „an sich“ unbestimmte Tatbestände hinzunehmen, wenn sie durch eine gleich bleibende Anwendung in der Rechtsprechung *bestimmt* geworden sind (vgl. etwa die Grenze der „absoluten Fahruntüchtigkeit“, sowie die „geringe“ und „nicht geringe Menge“ i. S. des Betäubungsmittelstrafrechts)

- BVerfGE 28, 175; 73, 206, 243 -.

III.

Beachtet man die genannten verfassungsrechtlichen Einschränkungen, die bei der Schaffung eines neuen Straftatbestands „Wettbewerbverfälschung im Sport“ zu berücksichtigen sind, so ergibt sich daraus zunächst die Notwendigkeit einer *Bestandsaufnahme* derjenigen Strafvorschriften, die schon nach der „*lex lata*“ die unzulässige Einnahme von Dopingmitteln mit Strafe bedrohen. Dies kann - im Rahmen eines erweiterten Statements – nur ein kursorischer Überblick sein:

1. **Körperverletzungsdelikte, §§ 223, 224, 229 StGB**

Tatbestandlich erfüllt jede Verabreichung von Dopingmitteln durch Ärzte oder Trainer die Norm der (strafbaren) Körperverletzung, § 223 StGB, weil sie eine negative Substanzverletzung im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit darstellt. Die *eigenständige* Einnahme derartiger Mittel durch den Sportler selbst ist tatbestandslos, weil dadurch keine *andere* Person betroffen ist.

Erfolgt die Verabreichung von Dopingmitteln heimlich oder unter Druck, so sind auch die weiteren Voraussetzungen

für eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung erfüllt. Handeln die Betroffenen im *Einvernehmen* mit einem vollverantwortlichen Sportler, so ist dieses Verhalten grundsätzlich rechtmäßig. Eine derartige rechtfertigende Einwilligung setzt die volle Kenntnis über die Tragweite, also über die gesundheitlichen Risiken einer Dopingeinnahme bei dem Betroffenen voraus. Erfolgt hier keine umfassende Aufklärung, ist die Einwilligung unwirksam.

Nun regelt § 228 StGB, dass eine derartige, grundsätzlich wirksame Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung dann nicht aufhebt, wenn die Tat gleichwohl gegen die *guten Sitten* verstößt. Wie bei einem derartigen *unbestimmten Rechtsbegriff* nicht anders zu erwarten, gehen die hierzu vertretenen Auffassungen weit auseinander. Zutreffend ist wohl die Ansicht, dass eine Sittenwidrigkeit der Tat – trotz der Einwilligung – nur dann anzunehmen ist, wenn eine solche Auffassung *allgemeine Meinung* ist. Diese Auffassung kann sich dabei auf eine sehr frühe Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1953 stützen. In dieser zur Strafbarkeit der „Bestimmungsmensur mit Schlägern“ ergangenen Entscheidung heißt es:

„Als Verstoß gegen die guten Sitten kann deshalb in diesem strafrechtlichen Sinne nur das angesehen werden, was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos strafwürdiges Unrecht ist.“

- = BGHSt 4, 24, 32 -.

Diese Voraussetzungen treffen für die Bewertung der Einnahme von Dopingmitteln erkennbar nicht zu.

2. Betrug, § 263 StGB

Schon nach geltendem Recht macht sich der *bezahlte* Sportler wegen Betruges strafbar, wenn er entgegen seiner ausdrücklichen (oder zumindest stillschweigenden, konkludenten) Erklärung, den Verzicht auf verbotene Dopingmittel einzuhalten, nach Einnahme dieser Mittel an den Start geht.

Bei dem das Antrittsgeld oder die Gewinnprämie Zahlende (Veranstalter oder Sponsor) entsteht auf Grund der unrichtigen Erklärung ein Irrtum. Dieser führt zu einer Vermögensverfügung, die in der Auszahlung des Geldes besteht. Fraglich ist allerdings, ob dem Leistenden

dadurch ein *Vermögensschaden* entsteht. Mit der Lehre von der „Zweckverfehlung“ bejaht die herrschende Meinung einen derartigen Vermögensnachteil. Zweck der Leistung ist es, einen dopingfreien Sportler zu fördern und/oder auszuzeichnen. Dieser Zweck wird bei der Einnahme von Doping verfehlt. Schließlich handelt der gedopte Sportler auch in Kenntnis dieser Zweckverfehlung und in der Absicht, den regelwidrigen (und somit rechtswidrigen) Vermögensvorteil zu erlangen. Damit sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des Betrugstatbestandes erfüllt.

Der an der Schaffung des Dopingmittels beteiligte Dritte - Trainer oder eine andere Person -, der von der unrichtigen Zusicherung des Sportlers, keine verbotenen Dopingmittel einzunehmen, weiß, ist zumindest Gehilfe eines solchen Betrugers, § 27 StGB. Veranlasst er den Sportler zur Einnahme des Mittels, ist er sogar Anstifter, § 26 StGB, und wird gleich dem Täter bestraft.

3. Weitere Straftatbestände

Schließlich stehen auch der Vertrieb und die Verbreitung verbotener Dopingmittel unter Strafe.

IV.

Es kann nach meiner Meinung keinem begründeten Zweifel unterliegen, dass unter Beachtung der vorstehend aufgestellten verfassungsrechtlichen Grenzen, die einem Strafen gezogen sind, das *geltende Strafrecht* hinreichenden und vertretbaren Schutz gegen die verbotene Einnahme von Dopingmitteln bietet.

Frau Professorin Dr. Bannenberg – und ihr folgend auch einige Gesetzgebungsvorschläge – plädiert für die Einführung eines neuen Straftatbestandes „*Wettbewerbsverfälschungen im Sport*“

- *Das neue „Anti-Doping-Gesetz“ hilft im Sport nicht,*
SpuRt 2007, 155 -.

Dieser Tatbestand soll – systemgerecht – bei der Norm des § 298 StGB (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen) als § 298 a „Wettbewerbsverfälschungen im Sport“ angesiedelt werden. Der von ihr vorgeschlagene neue Straftatbestand lautet:

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen, auf den Ablauf eines sportlichen

Wettbewerbs durch den Einsatz verbotener Mittel zur Leistungssteigerung, mit wissentlich falschen Entscheidungen oder ähnlichen unbefugten Manipulationen einwirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bestraft.“

Andere Vorschläge gehen dahin, einen inhaltlich ähnlichen neuen Straftatbestand unter der Bezeichnung „*Sport-Betrug*“ einzuführen.

Der Gesetzgebungsvorschlag von Frau Professorin Dr. Bannenberg enthält seinem Wortlaut nach *keine* Beschränkung auf den bezahlten Sport. Eine solche Einschränkung ergibt sich weder aus der Formulierung „*Ablauf eines sportlichen Wettbewerbs*“ noch aus der angesprochenen „*Vorteilsabsicht*“. Der Begriff des „*sportlichen Wettbewerbs*“ erfasst seinem Sinngehalt nach ohne Weiteres auch einen solchen sportlichen Wettbewerb, bei dem ein geldwerter Vorteil für den Teilnehmer nicht angeboten wird. Das subjektive Merkmal der „*Vorteilsabsicht*“ bezieht sich seinem Sinngehalt nach eindeutig auf den *sportlichen* Vorteil, nicht aber auf einen *Vermögensvorteil*.

Damit stellt die hier allein interessierende Tatbestandsalternative „*durch den Einsatz verbotener Mittel zur Leistungssteigerung*“ lediglich insoweit eine

Strafbarkeitserweiterung dar, als sie sich auch auf den *nicht bezahlten* Sportler bezieht. Wer als *bezahlter* Sportler am Wettbewerb teilnimmt und sich verbotener Dopingmethoden bedient, erfüllt schon nach geltendem Recht den Straftatbestand des Betruges; gleiches gilt für die Teilnahme eines Dritten (vgl. oben).

Als in Betracht kommendes zu schützendes Rechtsgut wäre von diesem neuen Tatbestand allenfalls die „*Chancengleichheit im Sport*“ erfasst.

Ein solches Rechtsgut gibt es nicht.

Rössner

- „Doping aus kriminologischer Sicht – Brauchen wir ein Anti-Dopinggesetz?“

hat dies in der gebotenen Kürze und Klarheit überzeugend begründet. Die Chancengleichheit im Sport sei zwar für den Teilbereich Sport ein fundamentales Gut, das die Funktion des Sportbetriebs gewährleiste. Betroffen sei aber dabei vor allem die soziale Funktionseinheit des Sports und nicht die der Gesellschaft und ihrer Individuen als Ganzes. Damit sei die Chancengleichheit im Sport ein hohes *sportliches Gut*, nicht aber ein *staatliches Rechtsgut*. Auch *Rössner* stellt diesem

Fazit die Bedenken und Einschränkungen voran, die der Vortragende an den Anfang seines Statements gesetzt hat. In einem Rechtsstaat sind dem Strafrecht Grenzen gesetzt. Das Strafrecht ist kein „Allzweckmittel“, sondern unterliegt strengen Voraussetzungen. Dazu gehört die Begrenzung auf den Schutz elementarer und allgemeiner *Rechtsgüter* (wie etwa körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Eigentum, Persönlichkeitsrechte und überragende Gemeinschaftswerte für das friedliche Zusammenleben). Hierzu gehört die Chancengleichheit im Sport sicherlich nicht. Auch ist eine *Sozialschädlichkeit* der Auswirkungen eines verbotenen Dopings als grundlegende Voraussetzung für dessen *Strafwürdigkeit* nicht erkennbar. Letztlich verneint auch *Rössner* im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip, dem das Strafrecht unterliegt, das erforderliche Strafbedürfnis. Denn das Strafrecht ist offenkundig nicht das einzige Mittel, das den Missstand wirksam bekämpfen kann.

Die Einführung eines neuen § 298 a StGB „Wettbewerbsverfälschungen im Sport“ verbietet sich aber noch aus einer anderen Überlegung:

Ein solcher neuer Straftatbestand wäre in keiner Hinsicht vergleichbar mit dem bereits existierenden Straftatbestand des § 298 StGB, der wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen pönalisiert. Ratio dieser Vorschrift ist die

Vermeidung einer Sog- und Spiralwirkung mit der Folge breiter finanzieller Einbußen beim Endverbraucher. Hier wird die marktwirtschaftliche Gesellschaftsordnung verletzt, die auf dem Gedanken der Freiheit der Marktkonkurrenz beruht

- vgl. Leipziger Kommentar/Tiedemann, StGB, 11. Auflage, § 298 Rn. 9 -.

Einen solchen Schutzzweck würde ein neuer § 298 a StGB gerade *nicht* verfolgen. Dem „Endverbraucher“ – der Zuschauer – aber auch schon dem *Sponsor* oder *Mitveranstalter* drohen keine „finanzielle Einbußen“. Im Übrigen ist der dopende *bezahlte* Sportler bereits nach geltendem Recht wegen Betruges strafbar. Ihn zusätzlich über einen neuen § 298 a StGB zu erfassen, macht wenig, eigentlich überhaupt keinen Sinn. Mit Spannung wäre darüber hinaus zu erwarten, wie die Konkurrenzprobleme zwischen beiden Tatbeständen gelöst werden sollen.

Soweit der unbezahlte „Freizeitsportler“ betroffen ist, würde die in Aussicht genommene Strafnorm zudem ganze Bevölkerungskreise kriminalisieren, ein wenig wünschenswertes, wenn nicht gar erschreckendes Ergebnis.

Wie wäre wohl in prozessualer Hinsicht der Anfangsverdacht zu definieren, der zu Zwangsmaßnahmen legitimiert, etwa zur

Durchsuchung von Wohnungen, § 102 StPO, oder aber – hier besonders einschlägig – zur körperlichen Untersuchung des Beschuldigten im Wege der Blutentnahme, die dann auch gegen dessen Willen zwangsweise durchgeführt werden könnte?

Eine strafbewehrte Verbotsnorm ohne hinreichende Überwachung ihrer Einhaltung ist nach allgemeiner Meinung verfassungswidrig. Also müssten in Zukunft die Spieler auch etwa der 4. Fussball-Kreisklasse und der Betriebssportvereine mit unangekündigten Kontrollen rechnen. Wenn sich nun ein Sportler weigert, auf Kommando zu pinkeln, begründet das den strafprozessualen Anfangsverdacht, mit den Konsequenzen von Zwangsmitteln?

Die Vorstellung heuschreckenartig ausschwärmender Kontrolleure – röhrenbewaffnet – verlangt zurzeit einiges an Phantasie. Mit Einführung des neuen Straftatbestandes würde sie alltägliche Realität.

Und: Wer trägt die immensen Kosten für wirksame, flächendeckende Kontrollmechanismen, die Millionen (sonst) unbescholtener Bürger zu potentiellen Kriminellen degradiert?

Vogel

- Vortrag auf der NStZ-Jahrestagung 2007 -

hat es auf den Punkt gebracht: Ein derartiger neuer Straftatbestand – sei es im Gewande eines „Sportbetrugs“ oder einer „Wettbewerbsverfälschung im Sport“ – wäre im Ergebnis nichts anderes als ein *allgemeines Unredlichkeitsdelikt*, eine Rückkehr zum „*falsum*“ des gemeinen Rechts. Rechtsgut wäre die „Lauterkeit des sportlichen Wettbewerbs“ oder die „Chancengleichheit im Sport.“ Ein solcher Schutz allein „sportlicher Werte“ hätte mit einem klassisch-liberalen Strafrecht, dessen wir uns *noch* berühren, nichts mehr gemein.

* * * * *