

Sperre mit Beigeschmack – Der CAS zum Doping-Fall Sinkewitz¹

Richter am Landgericht Dr. Jan F. Orth, LL. M. (University of Texas)*

Der CAS hat nach einigen Aufsehen erregenden Entscheidungen in wichtigen sportrechtlichen Fragen eine beträchtliche Wahrnehmung über die sportrechtlich interessierte Öffentlichkeit hinaus erreicht. Nicht aber erst nach der Entscheidung in Sachen Claudia Pechstein bläst ihm Gegenwind ins Gesicht. Nicht allen – zudem eher verbandsfreundlichen – Entscheidungen wohnt diejenige Überzeugungskraft inne, die man von bedeutungsschweren Verdikten erwartet; hier und da wurden auch handwerkliche Defizite deutlich. Zudem werden die strukturellen Mängel des Schiedsgerichts, welche die Zweifel an seiner tatsächlichen Unabhängigkeit weiter befeuern, zunehmend öffentlich diskutiert. Die hier zu besprechende Entscheidung überzeugt ebenfalls nicht in der Begründung und ist an einigen Stellen sogar deutlich kritikwürdig. Sie wird nach Auffassung des Verfassers ebenfalls nicht dazu führen, dass sich Sportler mit großer Freude freiwillig der exklusiven Zuständigkeit des CAS unterwerfen werden wollen.

I. Die Entscheidung und ihre Hintergründe

Patrik Sinkewitz steht in dem Verdacht, Doping mit rekombinanten Wachstumshormonen (rec hGH) betrieben zu haben. Rec hGH wird, anders als das körpereigene GH, synthetisch produziert und kann nur indirekt im Blut des Sportlers nachgewiesen werden. Dies geschieht wie folgt: Der Quotient bestehend aus der 22 Kilo-Dalton (kDa)-Form von hGH, die bei der Anwendung von rekombinanten hGH ausschließlich nachweisbar ist (rec), wird im Verhältnis zu den endogen von der Hypophyse abgesonderten Formen (pit), die aus verschiedenen Isoformen von 22kDa, 20kDa und anderen Isoformen bestehen, bestimmt.² Dieser Quotient ist die sog. Ratio. Zentrale Annahme des von der WADA zugelassenen Nachweisverfahrens ist es, dass diese Ratio trotz variabler hGH-Gesamtmenge konstant sein soll.³ Übersteigt die Ratio einen bestimm-

* Der Autor ist Richter am Landgericht in Köln, derzeit abgeordnet an das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf, und Lehrbeauftragter für Sportrecht an der Universität zu Köln.

¹ Zugleich Besprechung von CAS, Schiedsspruch vom 21. 2. 2014, Az. 2012/A/2857, SpuRt 2014, S. 162 (in diesem Heft – „Sinkewitz“). Der Volltext der Entscheidung steht in englischer Sprache zum Download zur Verfügung: [http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/7429/5048/0/Award20285720\(FINAL\).pdf](http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/7429/5048/0/Award20285720(FINAL).pdf) (abgerufen am 4. 6. 2014).

² Vgl. hierzu ausführlich und gut verständlich: DIS-Sportschiedsgericht, Schiedsspruch vom 19. 6. 2012, Patrik Sinkewitz / J. NADA (BDR), SpuRt 2013, 26 mit Anmerkung Engelbrecht (Volltext der Entscheidung auf www.dis-sportschiedsgericht.de abrufbar), Rdnr. 95-97.

³ Schon gegen die Richtigkeit u. a. dieser Annahme richtet sich ein Gutachten von Prof. Dr. Lorenz Hofbauer (vgl. Süddeutsche Zeitung, Nr. 47, vom 26. 2. 2014, „Ein Urteil und offene Fragen“, Sport, S. 25, nicht frei im Internet abrufbar). Offensichtlich ist dieses aber vom CAS mit Verfügung vom 19. 12. 2013 (Sinkewitz, Rdnr. 150) nicht zugelassen worden. Das Urteil enthält eine Begründung hierfür nicht.

ten Grenzwert (sog. „Decision Limits“ [DL]) meldet das Dopinglabor ein Adverse Analytical Finding („AAF“), also ein normabweichendes Analyseergebnis.

Das *DIS-Schiedsgericht* hat den Sportler mit Schiedsspruch vom 19. 06. 2012 vom Doping-Vorwurf freigesprochen.⁴ Hierbei hat es festgestellt, dass den Verband die Beweislast für eine exogene Zufuhr verbotener Wachstumshormone treffe, wenn diese auch körpereigen hergestellt werden können; die Entscheidungsgrenzwerte (DL) unterlägen der schiedsgerichtlichen Nachprüfung; diese konkreten Entscheidungsgrenzwerte (gemäß Nr. 6 der hGH-Guidelines der WADA)⁵ seien wissenschaftlich nicht verlässlich.⁶ Hiergegen hat die NADA Berufung zum CAS eingelegt. Während des laufenden Verfahrens vor dem *Sinkewitz*-Panel erging die Entscheidung des CAS in Sachen *Veerpalu*.⁷ Herr *Veerpalu* ist ein estnischer Skilangläufer, dem ebenfalls Doping mit rec hGH vorgeworfen wurde. Von diesem Vorwurf hat ihn der CAS freigesprochen. Dies hat der Schiedsgerichtshof – möglicherweise mit einer zu Gunsten der Verbände noch abgeschwächten Begründung⁸ – darauf gestützt, dass die Verbände den hinreichenden Beweis für die wissenschaftliche Verlässlichkeit der DL nicht erbracht haben.⁹ Also war zentrale Frage in dem Streit vor dem CAS in der Sache *Sinkewitz* – auch nach Ansicht des Panels – die Zuverlässigkeit der Entscheidungsgrenzwerte.¹⁰ Dieser Streit führt indes zu einer überraschenden und im Ergebnis wenig überzeugenden Neubewertung der DL durch das Panel (siehe unten unter IV.). Der – zwischenzeitlich rechtskräftigen¹¹ – Entscheidung des CAS mangelt es darüber hinaus aus den nachfolgend aufzuzeigenden Schwächen an Überzeugungskraft:

II. Die Beteiligung eines abgelehnten Schiedsrichters

An der Entscheidung hat ein nicht erfolgreich abgelehnter und möglicherweise nach den Rechtsregeln befangener Schiedsrichter mitgewirkt.¹² Ein Schiedsrichter, bei dem Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit bestehen, soll nicht nur nach der Vorstellung der deutschen ZPO (§ 1036 Abs. 2 ZPO), sondern auch nach den *Procedure Rules* des CAS (R33 und 34) nicht an den Verhandlungen teilnehmen. Solche Zweifel bestehen, nach dem deutschen Standard, etwa wenn eine wirtschaftliche Verbundenheit zu einer der Parteien na-

heliegt, also etwa wenn ein Schiedsrichter regelmäßig als Rechtsbeistand einer der Parteien außerhalb des Schiedsverfahrens tätig wird.¹³ Denkbar ist auch Voreingenommenheit bezüglich des Verfahrensgegenstandes, etwa wenn sich der Schiedsrichter seine Meinung bereits endgültig gebildet und dieses auch öffentlich kundgegeben hat und daher nicht mehr für die Argumente der Parteien zugänglich ist.¹⁴ Hier liegt es so, dass der abgelehnte Schiedsrichter sich zum hGH-Nachweisverfahren in der Öffentlichkeit jedenfalls unter dem Titel „Der Nachweis für das Wachstumshormon HGH muss vor dem Internationalen Sportsgerichtshof bestehen“ geäußert hat.¹⁵ Darüber, ob seine sich aus dem Beitrag ergebende – zweifellos positive – Ausgangshaltung zu „neuen Testverfahren“ sich schon zu einer endgültigen Meinung manifestiert hatte, mag sich jeder ein eigenes Bild machen. Darauf kommt es hier aber auch nicht an – auch nicht auf die immer wieder in Zweifel gezogene ausreichende Entfernung vieler nationaler und internationaler Sportrechtsexperten zu den Verbänden. Denn weil „Zweifel“ rechtlich ausreichen und trotz des zurückgewiesenen Ablehnungsantrags verbleiben, ist hier schon der auf Grundlage der Interviewäußerungen entstandene böse Schein verheerend – für den Schiedsrichter selbst und den Gerichtshof. Der CAS hat den Anspruch, letztverbindlich anstelle der staatlichen Gerichte einheitlich über die rechtlichen Fragen des professionellen Sports zu entscheiden. Daraus ergeben sich besondere Qualitäts- und Unabhängigkeitsanforderungen. Die Teilnahme eines Schiedsrichters, bei dem Zweifel an der Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit jedenfalls nicht vollkommen von der Hand zu weisen sind, ist mehr als unglücklich. Natürlich soll durch diese Auffassung nicht das Recht der CAS-Schiedsrichter eingeschränkt werden, sich z. B. zu einer Rechtsfrage wissenschaftlich zu äußern. Der (medizinisch-wissenschaftliche) Bestand eines Testverfahrens ist aber gerade keine Rechts-, sondern Tatsachenfrage.¹⁶ Hier ist für die Zukunft von den Akteuren deutlich mehr Fingerpitzengefühl und Verständnis für die Bedeutung des CAS und seiner Verfahren zu verlangen, will man seinen Ruf als unabhängiges und neutrales Schiedsgericht in Sportfragen nicht weiter beschädigen, sondern wieder neues Vertrauen schaffen.

III. Die rätselhafte Randnummer 182¹⁷

In Randnummer 182 erläutert das Panel den Ausreißer des Kit 1-Ratio-Werts in der B-Probe des Berufungsbeklagten. Die genaue Lektüre von Rdnr. 182 löst allerdings Erstaunen aus. Die hier festzustellenden Defizite sind an tragender Stelle dieser

4 *DIS-Sportschiedsgericht*, a. a. O. (s. o. Fn. 2). Die zu Recht von Engelbrecht kritisierte Überlänge des Schiedsspruchs wird allerdings eher einerseits durch den überraschend stark redundanten Tatbestand der Entscheidung erzeugt. Und andererseits hat das Schiedsgericht auch nicht davon abgesehen, (weitere) Angriffe des Sportlers zu bescheiden, obwohl es auf diese für die Entscheidung schon nicht mehr ankam. Im Übrigen erscheint die rechtliche Auseinandersetzung mit der Thematik ausgesprochen sachgerecht.

5 http://www.wada-ama.org/Documents/Resources/Guidelines/WADA_Guidelines_hGH%20Differential%20Immunoassays_EN_June10.pdf (abgerufen am 4. 6. 2014).

6 *DIS-Sportschiedsgericht* (Fn. 4), Rdnr. 81-84, 85-90, 99-139.

7 CAS, 2011/A/2566 Andrus Veerpalu v. International Ski Federation, <http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/6633/5048/0/256620FINAL20Award20internet.pdf> (abgerufen am 4. 6. 2014, „Veerpalu“).

8 *Pachmann*, CAS etabliert neue Standards für indirekten Dopingnachweis, CaS 2013, 118 (passim).

9 *Veerpalu*, Rdnr. 234.

10 *Sinkewitz*, Rdnr. 112.

11 Rechtskräftig nach dem Urteil des Schweizer Bundesgerichts vom 11. 6. 2014, Az. 4A_178/2014 (unveröffentlicht), mit dem die Beschwerde von *Patrik Sinkewitz* gegen Schiedsspruch des CAS zurückgewiesen wurde.

12 *Sinkewitz*, Rdnr. 19, 22, 23.

13 *Wolf/Eslami*, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Ed. 12, § 1036, Rdnr. 28.

14 *Wolf/Eslami*, a. a. O. (s. o. Fn. 13), Rdnr. 29.

15 <http://www.dradio.de/dlt/sendungen/sport/1792825/> (abgerufen am 12. 6. 2014).

16 Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass Richter der obersten deutschen Gerichte (eben aus Gründen äußerster Vorsicht, guten persönlichen Stils, bestem Verständnis neutraler und abhängiger Richter und aus Achtung vor dem Ansehen der Gerichte) von sich aus an der Teilnahme an Verfahren abgesehen haben, bei dem tatsächliche oder wissenschaftliche Vorbefassung Zweifel an ihrer Unabhängigkeit hätten auslösen können.

17 Soweit ausweislich der Urteilsgründe der Beschwerdeführer wohl Teile der nachfolgenden Argumentation auch vor dem *SchweizBG* hat vorbringen lassen, ist darauf hinzuweisen, dass das *SchweizBG* diese nicht materiell beschieden, sondern lediglich darauf verwiesen hat, dass angesichts seines Prüfungsmaßstabs die bloße Behauptung einer offensichtlich falschen oder aktenwidrigen Feststellung für sich allein nicht ausreicht, um einen internationalen Schiedsentscheid aufzuheben, *SchweizBG*, a. a. O. (s. o. Fn. 11), Rdnr. 5.5.

Entscheidung nicht hinnehmbar: Im ersten Satz referiert die Entscheidung das – durchaus beachtliche – Vorbringen des Berufungsbeklagten, dass die erhebliche Abweichungen zwischen den in A- und B-Probe ermittelten Ratios das Analyseergebnis insgesamt unzuverlässig machten. Insbesondere der Kit 1-Wert (A-Probe: 2,45 – B-Probe: 3,16) ist auffällig. Im zweiten Satz meint das Panel, Art. 21.1.2 UCI-ADR¹⁸ verlange nicht, dass die Analyse der A- und der B-Probe identische Werte zeigten, sondern lediglich dass die Analyse der B-Probe „das Vorhandensein der verbotenen Substanz“ (Art. 21.2.1 UCI-ADR) bestätige. Diese Feststellung des Panels ist im Ausgangspunkt nicht zu kritisieren. Es dürfte kaum Laboranalyseergebnisse geben, deren Werte bei wiederholter Anwendung auch standardisierter, zertifizierter und getesteter Apparaturen, Methoden und Verfahren immer identisch sind.¹⁹ Aber genau das ist hier erkennbar nicht gemeint; natürlich verlangt Art. 21.2.1 UCI-ADR keine „identischen“ Werte. Seinem Wortsinn (und dem existenzgebenden Sinn der B-Probe) nach verlangt doch Art. 21.1.2 UCI-ADR ein B-Probenresultat, das mit annähernd identischen Werten (also im Rahmen verträglicher Toleranzen) das A-Probenresultat – und damit „das Vorhandensein der verbotenen Substanz“ bestätigt. Das war vorliegend gerade problematisch und wird vom Panel mit einer zirkelschlüssigen Argumentation nonchalant vom Tisch der Betrachtung gewischt, indem es in Satz 3 von Rdnr. 182 den vorhergehenden Satz schlicht paraphrasiert und das Telos der zu beachtenden Norm schlechterdings ignoriert. Der Berufungsbeklagte hatte bei dieser Sachlage, dem erheblichen Abweichen eines Ratio-Wertes in der B-Probe nämlich, natürlich einen Anspruch darauf, von einem Schiedsgericht, das ihn verurteilt, erklärt zu bekommen, wie dieser erhebliche Ausreißer zustande kam und/oder ob das Testergebnis dann überhaupt noch zulässigerweise verwendet werden kann. Zu Recht hatte nämlich schon das *Veerpalu*-Panel darauf hingewiesen, dass es in diesem hGH-Nachweisverfahren im Prinzip vier positive Befunde braucht (A-Probe: Kit 1 und Kit 2, B-Probe: Kit 1 und Kit 2), um einen AAF melden und damit letztlich einen Dopingverstoß feststellen zu können.²⁰ Ob der Ausreißer-Wert valide ist, ist also schlechterdings nicht untersucht worden. Schlimmer ist noch Satz 4 dieser Randnummer. Das Panel sagt, es sei aufgrund der Angaben der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung davon überzeugt, dass die B-Proben-Analyse unter Verwendung anderer Antikörper durchgeführt worden sei und deswegen zu anderen Ergebnissen geführt habe. Diese Ausführungen des Panels sind schlicht falsch. Auch wenn sie angeblich Ergebnisse der Beweisaufnahme wiedergeben, können sie nicht richtig sein. Denn, wie auch Art. 21.1.2 UCI-ADR zu Recht festhält, soll die B-Probe einer Bestätigung der A-Probe dienen. Es ist daher natürlich schlicht unzulässig, für eine solche Bestätigung ein anderes Testverfahren, also etwa andere Anti-Körper, zu verwenden. Dies wäre nämlich ein anderer Test und nicht die Bestätigung des – selbstverständlich identischen – Ursprungstests. Dies ergibt sich im Übrigen auch schon zwanglos aus den WADA hGH-Guidelines selbst („5.4 Testing Strategy“). Offenbar ist das Panel einem folgenschweren Missverständnis unterlegen: Zur Detektion der unterschiedlichen hGH-Isoformen werden gerade in Kit 1 und Kit 2 (die Anwendung *beider* Kits gehört zu einer *vollständigen* A- und einer *vollständigen* B-Probe) unterschiedliche Anti-Körper verwendet, um bereits innerhalb des jeweiligen Testvorgangs zu einer qualitativen Bestätigung des Ergebnisses zu gelangen: Denn nur wenn die Ratios *beider* Kits über den DL liegen, kann ein AAF gemeldet werden. Dies ändert aber natürlich nichts daran, dass das A-Probenresultat sinnvollerweise einzig und alleine mit dem *gleichen* Testverfahren verifiziert werden kann. Die hier gegebene Begründung ist inhaltlich und methodisch defizitär und entspricht nicht gültigen Standards.

IV. Die rechtliche Bewertung der Decision Limits (DL)²¹

Der Kern der Entscheidungsbegründung, die rechtliche Bewertung der DL, die Konsequenzen, die diese Einordnung für die Beweiswürdigung hat und schließlich die Verwendung der DL für die Begründung selbst können nicht überzeugen. Die Feststellung, dass die DL keine rechtliche Wirkung entfalten, lediglich Empfehlungen darstellen und keine Entscheidung über Doping- oder Nicht-Doping darstellen würden, stellt die bisherigen Annahmen auf den Kopf. Das neue Konzept des Panels ist weder haltbar noch hinnehmbar. Die DL sind nämlich, nach dem eigenen Vorbringen der WADA, viel mehr.

Entgegen der Annahme des Panels kann (und darf) bei Verwendung der Laboranalyseergebnisse eines indirekten Nachweisverfahrens als Beweismittel *allein* die Überschreitung der DL darüber Auskunft geben, ob tatsächlich ein Doping-Verstoß vorliegt. Das sagt schon ihr Name und dürfte sich auch aus dem Telos von Art. 2.1.2 WADA Code ergeben (obwohl sie wegen des Charakters als indirektes Nachweisverfahren wohl keine „Marker“ i. S. d. Norm sind); faktisch hat natürlich die WADA mit den DL gleichsam Doping-grenzwerte festgesetzt. Denn die DL *entscheiden* gerade darüber, ob ein AAF vorliegt oder nicht. Und ein AAF in der A- und eines in der B-Probe begründen ein Doping-Vergehen.

Allerdings wäre der rechtliche Ansatz des Panels (Rdnr. 193), dass das Überschreiten von DL lediglich *ein* mögliches Beweismittel darstelle, um das Vorliegen eines Doping-Vergehens mit hGH zu beweisen, im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, wenn es sich mit dieser Ursprungsannahme konsistent verhalten hätte. Zumindest im Grundsatz richtig ist die Annahme des Panels, dass das Unterschreiten der DL nicht automatisch bedeutet, dass kein Doping-Verstoß vorliegt (Rdnr. 193). In beiden Fällen kann der Nachweis eines Doping-Verstoßes z. B. durch das Geständnis des Sportlers oder etwa die Zeugenaussage eines Arztes, der dem Sportler rec hGH injiziert hat, erfolgen.

Bei der Verwendung des Laboranalysebeweises ist die Verwendung der DL indes zwingend. Denn nur die Zugrundlegung der (seitens der WADA vorgegebenen) DL stellt sicher, dass nach dem medizinischen Ansatz derjenigen Wissenschaftlicher, die das Nachweisverfahren für die WADA entwickelt haben, überhaupt eine verlässliche Einschätzung ermöglicht wird, ob tatsächlich ein Doping-Verstoß vorliegt. Wie bereits erwähnt, ist der hier zum Nachweis benutzte Test nur ein indirektes Nachweisverfahren. Der direkte Nachweis von rec hGH ist nicht möglich, weil der Körper auch hGH (u. a. in der gleichen Isoform) produziert. Deswegen werden oben beschriebenen Ratios gebildet. Deren subsequente Bewertung beruht ausschließlich auf Erfahrungswerten, nämlich darauf, welche Ratios in von Dopinglabors untersuchten Blutproben *innerhalb* eines Normalbereichs gelegen haben und welche *außerhalb* des Normalbereichs gelegen haben und deswegen „Do-

18 Anti-Dopingregeln des Internationalen Radfahrerverbandes. Sie sind im Volltext auf <http://www.uci.ch/Modules/BUILTIN/getObject.asp?MenuId=&ObjTypeCode=FILE&type=FILE&id=NDc3MDk&LangId=1> abrufbar (abgerufen am 12. 6. 2014).

19 Hiervon geht im Übrigen auch eindeutig der International Standard for Laboratories der WADA aus, vgl. dort Nr. 5.4.4.2.2 (abrufbar unter http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-IS-Laboratories/ISL/WADA_Int_Standard_Laboratories_2012_EN.pdf, abgerufen am 1. 7. 2014).

20 *Veerpalu*, Rdnr 206, Abs. 4.

21 Offensichtlich war dieser Aspekt ausweislich der Urteilsgründe auch Gegenstand des Vorbringens des Beschwerdeführers vor dem *SchweizBG*. Jedoch empfand das *SchweizBG* auch hier schon die Rüge angesichts des Prüfungsmaßstabs nicht ausreichend, so dass ein materielle Bescheidung der hier angeführten Aspekte nicht stattgefunden hat, vgl. *SchweizBG*, a. a. O. (s. o. Fn. 11), Rdnr. 5.6.

ping nachweisen können“. Zur Berechnung der Grenzwerte zwischen dem Normal- und dem „sicheren Dopingbereich“ werden biomathematische Funktionen mit Verteilungsannahmen verwendet. Diese sind – so jedenfalls die Behauptung – so gewählt worden, dass eine sog. Spezifität von 99,99% bei der Verwendung beider Kits vorliegt. Eine solche Spezifität bedeutet, dass es statistisch unter 10.000 Testverfahren nur ein falsch-positives Ergebnis geben darf, was damit gleichzeitig den eigenen Anspruch der WADA beim Beweismaß für einen Doping-Verstoß darstellt. Bei dieser Anwendung von Verteilungsannahmen werden DL berechnet, bei denen nach statistischer Erwartung „auf jeden Fall“ und mit der genannten Gewissheit ein positiver Befund vorliegen muss. Diese Berechnung und insbesondere das zu Grunde zu liegende Verteilungsmodell standen vor dem *DIS-Schiedsgericht* und in der Sache *Veerpalu* erheblich in Streit und haben schwerwiegende Bedenken hervorgebracht, welche sowohl das *Veerpalu*-Panel als auch das *DIS-Schiedsgericht* in deutlicheren Worten beschrieben haben, als es das *Sinkewitz*-Panel glauben machen will.²²

Inkonsistent und nach Auffassung des Verf. nicht haltbar agiert das Panel ebenfalls, wenn es die DL einerseits für unerheblich erklärt – was, wie gezeigt, schon im Ansatz unzutreffend ist – und dann andererseits die ermittelten Ratios (auch in Relation zu diesen DL) zur Beweisführung verwendet. Obwohl das Panel die rechtliche Unverbindlichkeit der DL durchgängig betont (Rdnr. 192, 193, 201, 202, 205), nutzt es sie argumentativ. Das ist widersprüchlich. Die richtige Frage wirft das Panel allerdings auf: „Was verbleibt, ist die Beurteilung, ob die spezifischen Ratios, die in den Proben des Berufungsbeklagten gefunden worden sind, einen Anti-Doping-Verstoß darstellen.“²³ Leider weiß niemand, auf welcher wissenschaftlichen Grundlage das geschehen soll. Denn klärt man im Verfahren nicht auf, was die richtigen DL für den indirekten Nachweis von hGH sind, kann das Panel die ermittelten Ratios überhaupt nicht einordnen. Ihm fehlt eine tatsächliche Entscheidungsgrundlage. Es erscheint sogar fraglich, ob das überhaupt die gehörten Sachverständigen können, die ebenfalls nur auf ihre eigene Erfahrung aus einer gewissen Zahl von Testreihen zurückgreifen können. Es wäre die Pflicht des CAS gewesen, die Verlässlichkeit und Richtigkeit der DL zu überprüfen, nachdem beides schon in der Vorentscheidung des *DIS-Schiedsgerichts* und in *Veerpalu* im Streit stand und durch die Entscheider nicht unerheblich in Zweifel gezogen wurde. So ist auch die Einschätzung des Panels, dass nichtverlässliche oder gar nicht existente DL „die in den Proben der Berufungsbeklagten ermittelten Ratios nicht entwerthen“ würden,²⁴ nur im Ausgangspunkt zutreffend: Natürlich „stimmen“ deren reine Zahlenwerte. Ohne validierte Entscheidungsgrenzwerte sind sie aber schlechterdings nicht nachvollziehbar zu interpretieren. Das wird auch nicht dadurch besser, dass das Panel anschließend die *Veerpalu*-Kritik (deren Akzentuierung nach Auffassung des Verf. deutlicher war) herunterzuspielen versucht,²⁵ wobei dem Panel im Ausgangspunkt zuzugeben ist, dass es sich dabei natürlich ebenfalls um eine Beweislastentscheidung handelt. Aber auch bei der weiteren Abhandlung²⁶ der – für das Panel natürlich kaum zu ignorierenden –

Veerpalu-Entscheidung ergeben sich Auffälligkeiten: Das *Sinkewitz*-Panel nimmt eine fortschreibende Interpretation der tragenden *Veerpalu*-Gründe vor, die ihnen so – und auf gar keinen Fall ausdrücklich – zu entnehmen ist. Das *Sinkewitz*-Panel will hier suggerieren, dass Hauptbeweggrund des *Veerpalu*-Panels war, aufgrund der Nähe der des B-Probenwertes zum DL für Kit 2 bei *Veerpalu* unter Anwendung des Zweifelssatzes für diesen zu entscheiden.²⁷ Dies erscheint sehr zweifelhaft. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die gesamte Problematik in *Veerpalu* unter folgendem Obersatz besprochen wird: „Nach Auffassung des Panels hat, unter dem Strich, der [Internationale Ski-Verband] nicht zur angemessenen Überzeugung des Panels nachgewiesen, dass die Decision Limits korrekt ermittelt worden sind und dass sie zur behaupteten Spezifität von 99,99% führen.“²⁸ Das ist der Kern der Entscheidung. Soweit in der *Sinkewitz*-Entscheidung hierzu Zitate angeführt werden,²⁹ sind die Entscheidungsgründe auch methodisch schwach. In *Veerpalu* (Rdnr. 205, Abs. 3) findet sich nämlich nichts, was den seitens des Panels gezogenen Schluss stützt.³⁰ Das *Veerpalu*-Panel hält fest: „Die Unfähigkeit des Panels festzuhalten, dass die DL verlässlich sind, führt zur Feststellung des Panels, dass die Möglichkeit, dass die Probe des Berufungsbeklagten, insbesondere seine B-Probe wie mit Kit 2 analysiert, negativ war, nicht vernünftigerweise ausgeschlossen werden kann.“³¹ Wesentlich für die Entscheidung des Panels war daher gerade nicht die „grenzwertige Situation“ (die so nicht benannt, sondern nur im Nebensatz als besonders auffällig angesprochen wird), sondern die fehlende Verlässlichkeit der DL. Etwas anders ergibt sich auch nicht aus den anderen *Veerpalu*-Passagen,³² in denen im Wesentlichen nur zu lesen ist, dass das Panel nicht ausschließen kann, dass bei anderen Verteilungsmodellen die DL höher oder tiefer ausgefallen wären, weswegen nur zu Gunsten von *Veerpalu* entschieden werden konnte. Dies heißt aber gerade nicht, dass nur die „grenzwertige Situation“ dafür ausschlaggebend gewesen wäre, sondern eben die bestehende Unsicherheit über die Richtigkeit des DL. Insoweit ist noch bemerkenswert, dass das *Veerpalu*-Panel in Rdnr. 206 offensichtlich davon ausgegangen ist, dass die Unterschreitung der DL sogar einen negativen Befund darstellen würde. Obwohl das *Sinkewitz*-Panel in Rdnr. 192 von dieser Auffassung abweicht, wird der Umstand nicht erörtert.

Vor diesem Hintergrund kann die Auffassung des *Sinkewitz*-Panels, „dass die Feststellungen sowohl im *Veerpalu*-Schiedsspruch als auch im *DIS-Schiedspruch* die Zuverlässigkeit der DL als solche nicht untergraben und das Panel nicht davon abhalten, die in den Proben des Berufungsbeklagten festgestellten Ratios als Beweismittel in ihren Erwägungen zu verwenden“,³³ nur überraschen. Der Umgang damit erscheint sorglos bis oberflächlich. Es wäre gerade Aufgabe des Panels gewesen, die Richtigkeit der DL und damit eine verlässliche Einordbarkeit der Ratios aufzuklären. Diese, sich vor dem geschilderten Hintergrund aufdrängende, Aufgabe erkennt das Panel, wenn es meint, dass die wissenschaftlichen Einwendungen „nicht die Qualität haben nachzuweisen, dass die Festlegung der DL im Auftrag der WADA falsch oder wissenschaftlich inakzeptabel war und zu einer Festlegung von DL weit oberhalb von Ratios führen würde, die in den Proben des Berufungsbeklagten gefunden worden sind.“³⁴ Es durfte die Frage nicht offenlassen. Denn anders als das Panel meint, ist es nicht „nur in diesem Fall [...] daran gehindert [...], die Ratios des Berufungsbeklagten als

22 So zeigte sich das *Veerpalu*-Panel etwa vorsichtig irritiert darüber, dass selbst bei der WADA Unklarheit über das angewandte Verteilungsmodell herrschte bzw. die Anwendung der „Lognormal“- gegen die „Gamma“-Verteilung zwischen der Ursprungs- und den Überprüfungsstudien ohne ausreichende Begründung ausgewechselt wurde, *Veerpalu*, Rdnr. 203. Das *DIS-Schiedsgericht* hat es für „unerlässlich“ erachtet, dass die Verbände „zur statistischen Validierung die erforderlichen Rohdaten vorleg[en], damit geprüft werden kann, ob die auf der Grundlage einer angenommenen Spezifität von 99,99% erfolgte Festlegung der Grenzwerte dem Stand der Wissenschaft entspricht“, a. a. O. (s. o. Fn. 2), Rdnr. 122.

23 *Sinkewitz*, Rdnr. 195.

24 *Sinkewitz*, Rdnr. 201.

25 *Sinkewitz*, Rdnr. 203.

26 *Sinkewitz*, Rdnr. 204.

27 *Sinkewitz*, Rdnr. 204.

28 *Veerpalu*, Rdnr. 203.

29 *Sinkewitz*, Rdnr. 204.

30 Er bezieht sich vielmehr auf die unzureichende Datengrundlage für Kit 2.

31 *Veerpalu*, Rdnr. 206, Abs. 4.

32 *Veerpalu*, Rdnr. 206, Abs. 2.

33 *Sinkewitz*, Rdnr. 205.

34 *Sinkewitz*, Rdnr. 212.

aufschlussreich für das Vorhandensein von recGH zu beurteilen“,³⁵ sondern – wie dargestellt – in jedem Fall, weil die wissenschaftliche Verlässlichkeit durch die insoweit stehende Vorentscheidung *Veerpalu* in Zweifel gezogen worden und durch das Panel nicht aufgeklärt worden ist, so dass es dem CAS hier an einer feststehenden Beurteilungsgrundlage fehlt.

V. Ablehnung des Bio-Marker-Tests³⁶

Vor dem Hintergrund dieser kritischen Fragen um das Nachweisverfahren stellt sich die Ablehnung einer erneuten Untersuchung der Proben des Athleten mit dem Bio-Marker-Test durch das Panel als pflichtwidrig dar. Dieser Beweis war angeboten worden. Es kommt hier auch, anders als das Panel meint, nicht darauf an, ob der Athlet einen (grundsätzlichen) Anspruch auf einen erneuten Test unter Verwendung eines anderen Verfahrens hat. Hier ist in dem Panel im Ausgangspunkt durchaus Recht zu geben, dass das anzuwendende Testverfahren, soweit es wissenschaftlich einwandfrei und verlässlich ist, verbindlich in den Anti-Dopingregeln festgelegt wird. Wenn aber schon das Panel von einem Rückgriff auf die in diesen Regeln festgelegten DL absieht und einen anderen (neuen) Beweisweg zulässt, muss es unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit und des *fair trial* dem Berufungsbeklagten gestattet sein, die tatrichterliche Überzeugung mit alternativen Testverfahren zu erschüttern, zumal der hGH-Nachweis ohnehin nur über ein indirektes Nachweisverfahren erfolgt.

VI. Der Überzeugungsmaßstab nach Art. 21.1.2 UCI-ADR

Problematisch ist auch der in Art. 21.1.2 UCI-ADR niedergelegte Überzeugungsmaßstab der „comfortable satisfaction“, welchen das Panel auch für seine Entscheidung zu Grunde gelegt hat.³⁷ Er entspricht Art. 3.1 WADC, wo auch definiert ist, dass „comfortable satisfaction“ mehr als eine bloße im Ergebnis bestehende Wahrscheinlichkeit aber weniger als ein über jeden vernünftigen Zweifel erhabenen Beweis bedeutet. Dies ist nach deutschen Standards problematisch, denn wenn wir das Sportstrafrecht als Anwendungsfall des Zivilrechts begreifen,³⁸ muss jedenfalls der Überzeugungsgrad für ein deutsches Gericht in Zivilsachen gewahrt sein, zumal ja durch die Strafentscheidung ein schwerwiegender Eingriff in Art. 12 GG vorliegt. Überwiegt die Strafrechtsähnlichkeit, ist sogar an die Einhaltung von Art. 6 Abs. 2 EMRK zu denken. Das Beweismaß dürfte damit sogar auf „beyond reasonable doubt“ bzw. „ein Maß an Überzeugung, das vernünftigen Zweifeln schweigen gebietet“³⁹ (im Zivilrecht) oder „zwar keine absolute, das

Gegenteil denknötwendig ausschließende und von niemandem anzweifelhafte Gewissheit, vielmehr ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zulässt“⁴⁰ (im Strafrecht), steigen. Angesichts der Intensität des in der Verurteilung liegenden Grundrechtseingriffes ist nach hier vertretener Auffassung zumindest der zivilrechtliche Standard einzuhalten. Das Problem ist übrigens entschärft, wenn man bei indirekten Nachweisverfahren die von der WADA selbst geforderte Spezifität von 99,99% erfüllt. Würdigt man gegenbeweisliches Vorbringen des Sportlers daneben angemessen, wird ein Testergebnis unter dieser Spezifität nach jedem gerade vorgestellten Beweismaßstab regelmäßig ausreichen, den Sportler wegen eines Doping-Verstoßes zu verurteilen. Nur unter dieser Prämisse hat auch das *DIS-Sportschiedsgericht* den Überzeugungsmaßstab nach Art. 21.1.2 UCI-ADR im Einklang mit staatlichem Recht gesehen.⁴¹ Diese Beurteilung ist zutreffend.

VII. Unzureichende Beweiswürdigung

Die Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitsanalyse des Panels (Rdnr. 216) hinsichtlich der seitens der Berufungsklägerin benannten Sachverständigen ist unzureichend. Sie kommt über Allgemeinplätze nicht hinaus, obwohl die Ausgangslage eine vertiefte Würdigung notwendig macht. Bei den von der NADA benannten Sachverständigen handelte es sich um die Entwickler des Tests oder für die WADA tätigen Laborleiter.⁴² Sie seien, so das Panel, glaubhaft, weil es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass diese Sachverständigen in dem Streit vor dem Panel ihre Reputation aufs Spiel setzen würden.⁴³ Diese Begründung trägt nicht, sie ist zirkelschlüssig. Diese Sachverständigen würden gerade ihre Reputation aufs Spiel setzen, wenn sie das Gegenteil von dem ausgesagt hätten, was sie tatsächlich bekundet haben. Denn dann hätten sie über Jahre ein ungeeignetes Test- und Grenzwertverfahren wider besseres Wissen als Wissenschaftler protegiert, vertreten und vertrieben. Die tatsächlich bestehende und vom CAS auch nicht verschwiegene Nähe zur WADA wird überhaupt nicht problematisiert.⁴⁴ Auch geht das Panel auf sich aufdrängende wirtschaftliche Interessen zumindest eines Sachverständigen nicht ein. Eine einfache Google-Suche fördert beispielsweise zu Tage,⁴⁵ dass einer der im Urteil genannten Sachverständigen Forschungsgelder von der WADA erhält und Anteile an der *CMZ-assay GmbH*⁴⁶ hat, welche die Kits zur Durchführung des hGH-Testverfahrens vertreibt. Der wissenschaftlichen Fachzeitschrift war die Offenlegung dieser „potential conflicts of interests“ wichtig.⁴⁷ Der CAS würdigt sie mit keinem Wort. Damit genügt die Beweiswürdigung des Panels den in der ordentlichen Gerichtsbarkeit geltenden Maßstäben nicht.

VIII. Bewertung und Ausblick

Der CAS hat *Patrik Sinkewitz* letztlich deswegen verurteilt, weil vor dem Schiedsgericht mehr Sachverständigen

³⁵ Sinkewitz, Rdnr. 212.

³⁶ Soweit der Beschwerdeführer diesen Aspekt offensichtlich vor dem *SchweizBG* unter dem Gesichtspunkt der Verletzung rechtlichen Gehörs und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gerügt hat, hat das *SchweizBG* festgestellt, dass eine solche nicht vorlegt. Zur Frage, der CAS dem entsprechenden Antrag hätte nachkommen müssen, verhält sich das Urteil nicht, *SchweizBG*, a. a. O. (s. o. Fn. 11), Rdnr. 5.2.

³⁷ Zu Recht zweifelnd auch schon das *DIS-Sportschiedsgericht*, a. a. O. (s. o. Fn. 2), Rdnr. 101, 102.

³⁸ Orth, Von der Maßnahme zur Strafe – ein kurzer Weg!, SpuRt 2013, 186 (187).

³⁹ Ständige Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen, vgl. BHZ 53, 245 (256).

⁴⁰ Seit BGHSt 10, 208 ständige Rechtsprechung des BGH in Strafsachen.

⁴¹ *DIS-Sportschiedsgericht*, a. a. O. (s. o. Fn. 2), Rdnr. 101, 102. Dagegen wohl Engelbrecht, a. a. O. (s. o. Fn. 2), m. E. aber aufgrund der Strafrechtsähnlichkeit nicht überzeugend. Daran ändert die zivilrechtliche Ausgestaltung der Unterwerfung gerade nichts.

⁴² Sinkewitz, Rdnr. 216.

⁴³ Sinkewitz, Rdnr. 216.

⁴⁴ Auch schon kritisch zur ebenfalls floskelhaften Glaubhaftigkeitsbeurteilung der Sachverständigen in der *Veerpalu*-Entscheidung: Pachmann, a. a. O. (s. o. Fn. 8), S. 120.

⁴⁵ <http://www.clinchem.org/content/55/3/445.full> (abgerufen am 1. 7. 2014).

⁴⁶ <http://www.cmz-assay.de/> (abgerufen am 1. 7. 2014).

⁴⁷ S. o. Fn. 45.

dige der einen Seite ausgesagt haben, dass die bei ihm ermittelten hGH-Ratios nach ihrer Erfahrung einen Doping-Verstoß belegen würden, als andere Sachverständige das Gegenteil behauptet haben. Das Panel lässt sich damit auf eine Materialschlacht von Sachverständigen ein, die derjenige gewinnt, der die meisten Sachverständigen mit jedenfalls der behauptet besten Reputation aufbieten kann. Dieses insbesondere aus dem amerikanischen Rechtskreis bekannte Phänomen ist dem deutschen Juristen nicht nur deswegen zuwider, weil es im Falle strukturell ungleicher Ausstattung der Parteien leicht zu Ungerechtigkeiten führen kann. Ein unabhängiges Sachverständigengutachten nach dem Vorbild der deutschen Prozessordnungen – auch in der letzten Instanz⁴⁸ – würde wohl nicht nur objektivere Ergebnisse, sondern auch größere Akzeptanz bei allen beteiligten Parteien bringen.

Ob Patrik Sinkewitz tatsächlich Doping mit rec hGH begangen hat, ist offen. Ihn allerdings mit der vorliegenden Begründung deswegen zu verurteilen, ist nicht überzeugend. Zu groß sind die Defizite der schriftlichen Urteilsbegründung. Der CAS hätte seinem Ruf und dem Sport einen größeren Dienst erwie-

sen, wenn er die Verlässlichkeit und Validität des rec hGH-Tests und seiner DL wissenschaftlich unabhängig beraten exakt überprüft und den Sportler aufgrund dieser Erkenntnisse verurteilt oder freigesprochen hätte. Weil das Panel dies unterlassen hat, steht der indirekte Dopingnachweis durch das verwendete Testverfahren für rec hGH nach wie vor rechtlich in Zweifel. Nachfolgende Sportler werden sich darauf berufen.

*Fehlerhafte Schiedssprüche werden von der Rechtsordnung genauso hingenommen, wie rechtskräftige Fehlurteile staatlicher Gerichte.*⁴⁹ Dieser Umstand („Alle machen Fehler!“) ist eines der Hauptargumente derjenigen, welche die Alleinentscheidungskompetenz des CAS dringend manifestiert wissen wollen. Die besprochene Entscheidung hinzunehmen, tut angesichts der aufgezeigten Mängel ziemlich weh. Sie hat weder im konkreten Fall für Rechtsfrieden sorgen können, noch kann sie es für die Zukunft. Im Gegenteil: Die kritisierten Stellen fordern geradezu zum Widerspruch auf.

Wenn der CAS weiter Urteile mit stark kritikwürdigen Begründungen abliefert, ist dieser Schiedsgerichtshof noch nicht reif, in letzter Konsequenz und ebenbürtig an die Stelle staatlicher Gerichte zu treten.

48 Die Vorinstanz, das DIS-Schiedsgericht, a. a. O. (s. o. Fn. 2), hatte zwei unabhängige Sachverständigengutachten eingeholt.

49 Zöller-Geimer, ZPO, § 1059, Rdnr. 47.