

sen und Symposien. Die ursprüngliche akademische Geringschätzung des Sportrechts ist (Wissenschafts-) Geschichte. Universitäten bieten Masterstudiengänge im Sportrecht an. Für die *venia legendi* im Sportrecht muss man sich als Dozent nicht mehr rechtfertigen. Voluminöse Handbücher, Kommentare, Lexika, Grundrisse, Monographien, Reihen und Fachzeitschriften füllen die Regale. 1972 fehlen sie noch auf der rechtswissenschaftlichen Agenda: Arbeitsrecht, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Europarecht. Der Fach-

anwalt für Sportrecht ist seit 2018/19 eingeführt. Die Redaktion der NJW hat in diesen Tagen ihre regelmäßige Berichterstattung über das Sportrecht wieder aufgenommen.¹⁰ Nur die Karlsruher Juristische Bibliographie gönnt dem Sportrecht noch keine eigene Klassifikation.¹¹

10 Zuletzt: NJW 2021, 3700; zuvor: *Fritzeiler* NJW 2000, 997; 2002, 1014; 2004, 989 und 2006, 960.

11 Als Suchhilfe: „Beziehungen des Rechts zu anderen Disziplinen“ (1.9.).

Strafprozessuale Beweisverwertung von Dopingproben

Von Prof. Dr. Scarlett Jansen, Trier*

Spitzensportler verpflichten sich zur Abgabe von Dopingproben. Nachdem eine Strafbarkeit wegen Selbstdopings eingeführt wurde, stellt sich die Frage, inwiefern die vom Verband gewonnenen Proben auch im Strafverfahren gegen die Sportler verwertet werden dürfen. Dazu ist zu klären, inwiefern die Beweiserhebung durch den Verband rechtmäßig ist. Zudem untersucht der Beitrag, ob der Verwertung der Grundsatz nemo tenetur entgegensteht, indem dessen Reichweite näher beleuchtet wird.

I. Einleitung

Was muss der Staat selbst ermitteln, um es verwerten zu dürfen und inwiefern darf der Einzelne dabei gezwungen werden, an seiner Überführung mitzuwirken? Dies sind Fragen, die sich im Zusammenhang mit Dopingkontrollen bei Spitzensportlern stellen. Diese verpflichten sich gegenüber dem jeweiligen Verband, Dopingproben abzugeben. Das Problem, ob diese auch in einem Strafverfahren verwertbar sind, ist durch die Einführung des Gesetzes zur Bekämpfung des Dopings im Sport,¹ mit der eine Strafbarkeit wegen Selbstdopings ermöglicht wurde, aktuell geworden. Die meisten Ermittlungsverfahren wegen Selbstdopings beruhen auf einer Anzeige der NADA, die regelmäßig wiederum aufgrund einer positiven Dopingprobe tätig wird.² Der Gesetzgeber ging – entgegen einiger Stellungnahmen im Gesetzgebungsprozess – davon aus, dass der strafprozessuale Verwertung jedenfalls nicht der nemo-tenetur-Grundsatz entgegensteht.³ Dem widerspricht die wohl herrschende Lehre in der Literatur.⁴

Ein vergleichbares Problem wird derzeit bezüglich unternehmensinterner Ermittlungen diskutiert und in der vergangenen Legislaturperiode in mehreren Gesetzesvorschlägen, die jeweils nicht verabschiedet wurden,

unterschiedlich beantwortet.⁵ Jeweils werden Beweise durch Private gewonnen, die gegenüber dem (späteren) Beschuldigten in einer gewissen Machtposition stehen und damit Druck ausüben können. In beiden Konstellationen hat sich der Beschuldigte vertraglich an diesen Privaten gebunden und steht in einem Abhängigkeitsverhältnis. Ob der Staat dennoch so gewonnene Beweise im Strafverfahren gegen diese Personen verwerten darf, ist in beiden Konstellationen nicht abschließend geklärt. Zur Frage, inwiefern der Sportler sich selbst belasten muss und entsprechende Beweismittel im Strafverfahren gegen diesen verwertet werden dürfen, sollen wegen dieser Parallelen im folgenden Beitrag einige Argumentationsmuster aus der Debatte um die internen Ermittlungen herangezogen werden.

Im Folgenden soll zunächst skizziert werden, wie die Beweiserlangung durch den Verband erfolgt und unter welchen Voraussetzungen sie rechtmäßig ist (II.). Anschließend ist zu erörtern, ob ein Beweisverwertungsverbot für den Strafprozess gelten muss (III.), das sich aus einem Verstoß gegen den Grundsatz nemo tenetur bzw. aus einer Verletzung des Fair-trial-Prinzips ergeben könnte.

II. Zulässigkeit der Beweiserhebung durch den Verband

Der Sportler verpflichtet sich gegenüber seinem Verband zur Einhaltung des NADA- bzw. WADA-

* Verf. ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier.

1 BGBl. 2015 I, S. 2210.

2 Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, November 2020, S. 39: 65 % der Verfahren gehen auf eine Initiative der NADA zurück, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Anti-Doping.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 24. 1. 2022.

3 BT-Drs. 18/4898, S. 19.

4 *Chobrok*, Zur Strafbarkeit nach dem Anti-Doping-Gesetz, 2017, S. 187; *Jahn*, Stellungnahme, S. 29; *Krüger*, PharmR 2018, 344, 346.; *Putzke* in *Lehner/Nolte/Putzke*, AntiDopG, § 4 Rn. 117, 129; *Wild*, Rechtsprobleme des Dopings im deutschen Lizenzfußball, S. 187 ff. Für die Einführung eines entsprechenden Beweisverwertungsverbots: *Deutscher Richterband*, Stellungnahme, S. 7; für ein Weigerungsrecht des Sportlers oder alternativ für ein Verwertungsverbot: *Erkens*, SpuRt 2016, 245, 250.

5 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, BT-Drs. 19/23568; *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger et al.*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, München 5. 9. 2019, abrufbar unter https://www.familienunternehmer.eu/fileadmin/familienunternehmer/positionen/unternehmernahe_politik/dateien/familienunternehmer_muenchner_entwurf_eines_verbandssanktionengesetzes.pdf, zuletzt abgerufen am 24. 1. 2022; *Henssler/Hoven/Kubiciel et al.*, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht 2018, 1 ff. Laut Koalitionsvertrag, S. 111 sollen die Vorschriften über Unternehmenssanktionen überarbeitet werden und für interne Untersuchungen ein Rechtsrahmen geschaffen werden, abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, zuletzt abgerufen am 24. 1. 2022.

Codes.⁶ Darin ist insbesondere die Pflicht zur Abgabe von Dopingproben enthalten.⁷ Die Dopingkontrolle erfolgt in der Regel durch Untersuchung einer (unter Sichtkontrolle abgegebenen) Urinprobe oder einer Blutprobe.⁸ Kontrollen finden bei Wettkämpfen statt sowie bei Angehörigen des Testpools auch als Trainingskontrollen.⁹ Verweigert der Sportler die Abgabe einer Dopingprobe, so wird er bei absichtlichem Handeln für vier Jahre, andernfalls für zwei Jahre gesperrt.¹⁰

Dieses Dopingkontrollsystem bedeutet eine erhebliche Einschränkung des Sportlers, so dass die Rechtmäßigkeit in Frage steht. Es handelt sich um privatrechtliche Rechtsverhältnisse, so dass die Grundrechte nicht unmittelbar anwendbar sind. Ähnlich wie auch im Arbeitsrecht¹¹ kommt aber eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte in Betracht.¹² Die Sportler können durch die Pflicht zur Abgabe der Dopingprobe in Art. 2 Abs. 1 GG sowie durch die Sperre als Rechtsfolge einer Verweigerung in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt sein. Für Profisportler bedeutet die Sperre eine Art Berufsverbot,¹³ denn ein Ausweichen in einen anderen Verband ist nicht möglich. Darüber hinaus bestehen für die Sportler umfangreiche Meldepflichten, die sie ebenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG beeinträchtigen können. Für die Einrichtung eines verdachtsunabhängigen Dopingkontrollsystems spricht aber, dass nur auf diese Weise die Chancengleichheit im Sport gewährleistet werden kann. Zudem sind auch Vermögensinteressen betroffen durch die Kommerzialisierung des Sports. Zusätzlich betonte der EGMR die Gesundheit der Sportler sowie die öffentliche Gesundheit als Belange, die Meldepflichten rechtfertigen können.¹⁴

Des Weiteren ist auch der Grundsatz *nemo tenetur* jedenfalls nicht unmittelbar auf das Verhältnis zwischen Verband und Sportler anwendbar. Ungeachtet des Problems, ob sich das Prinzip in sachlicher Hinsicht auf die Abgabe von Urinproben erstreckt,¹⁵ ist es nicht auf private Rechtsverhältnisse übertragbar.¹⁶ Zwar mag es verfassungsrechtlich fundiert sein,¹⁷ ein unmittelbarer Schutz ergibt sich jedoch nur vor staatlichem Zwang.¹⁸

Etwas anderes könnte dann gelten, wenn man im Sinne eines zu internen Ermittlungen vorgebrachten Vorschlags darauf abstellt, inwiefern das Handeln des Privaten dem Staat zugerechnet werden kann.¹⁹ Danach käme es darauf an, ob die privaten Ermittlungen von den Strafverfolgungsorganen veranlasst worden sind oder die staatlichen Ermittlungen pflichtwidrig hinausgezögert werden.²⁰ Das Dopingkontrollsystem bestand jedoch bereits vor der Strafbarkeit des Selbstdopings nach dem AntiDopG. Die Sportverbände führen das System aus eigenem Interesse durch. Auch eine dem Legalitätsprinzip widersprechende Hinauszögerung des staatlichen Verfahrens liegt bei derartigen verdachtsunabhängigen Dopingkontrollen nicht vor.

Bei internen Ermittlungen ist auch im Übrigen unstritten, inwiefern der Arbeitnehmer ein Aussageverweigerungsrecht bezüglich Selbstbelastungen hat.²¹ Entsprechend könnte man in Erwägung ziehen, aus der mittelbaren Drittwirkung ein Weigerungsrecht in Bezug auf die Abgabe der Dopingprobe herzuleiten. Insofern könnte man die Gefahr eines Strafverfahrens als Grund für eine Ablehnung der Abgabe der Probe anerkennen, die dann sanktionslos bliebe.²² Eine solche Möglichkeit einer sanktionslosen Verweigerung würde jedoch das gesamte Dopingkontrollverfahren ad absurdum führen.²³ Die Einführung der Strafbarkeit des Selbstdopings im Jahr 2015 hätte dann zur Folge gehabt, dass das Dopingkontrollsystem leer laufen könnte, weil alle gedopten Sportler die Abgabe der Dopingprobe wegen drohender Strafverfolgung verweigern dürften. Bei einer etwaigen mittelbaren Drittwirkung wäre zudem zu berücksichtigen, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf ankommt, ob und inwiefern andere auf die Auskunft (bzw. Mitwirkung) angewiesen sind.²⁴ Im so genannten Gemeinschuldnerbeschluss hat das Bundesverfassungsgericht den Interessen der Gläubiger Vorrang gegenüber dem Schutz des Gemeinschuldners gegen Selbstbeziehung eingeräumt,²⁵ so dass der Gemeinschuldner entsprechende Angaben machen muss. Übertragen auf das Dopingkontrollsystem kann dies für das Allgemeininteresse und das Interesse des Verbands sowie der anderen Sportler an einem doping-

6 So beispielsweise in der Athletenvereinbarung des Deutschen Turner-Bundes: Ziffer 2: „Die Vertragsparteien anerkennen [...] - die Bestimmungen der Anti-Doping-Regelwerke der WADA / NADA in der jeweils gültigen Fassung; diese Regelungen unterliegen nicht der Disposition der Vertragsparteien & - die Regelungen des Anti-Doping Code des DTB – in der jeweils gültigen Fassung im Training und Wettkampf als für sich verbindlich und verpflichten sich, den in diesen Regelungen statuierten Vorgaben nachzukommen.

7 NADA Code 2021, Ziffer 5.3; WADA Code 2021 Ziffer 5.2 und 5.3.

8 NADA Code 2021, Ziffer 5.5.1 i. V. m. Standard für Dopingkontrollen und Ermittlungen der NADA, Ziffer. 2.6.2; WADA International Standard for Testing and Investigation (ISTI), Ziffer 4.6.1 lit. b), c).

9 NADA Code 2021, Ziffer 5.3.2; vgl. WADA ISTI Ziffer 4.6.1 lit. a).

10 NADA Code 2021 Ziffer 2.3 i. V. m. 10.3.1. sowie WADA Code 2021 Ziffer 2.3 i. V. m. 10.3.1.

11 BVerfGE 73, 261, 269 (zu Sozialplänen); 137, 273, 343; Greiner in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 5. Aufl. 2021, § 107 Rn. 17; Schmidt in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, Einl. Rn. 15; allgemein zur mittelbaren Drittwirkung: BVerfGE 7, 198, 206; 25, 256, 263; 42, 143, 148.

12 Schlarmann ZD 2016, 572, 573.

13 Erkens, SpuRt 2016, 245, 248.

14 EGMR, Ürt. v. 18. 1. 2018 – 48151/11, 77769/13 (Fédération nationale des associations et des syndicats sportifs [FNASS] ua/Frankreich) in Bezug auf eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung des Art. 8 EMRK durch die Meldepflichten in Frankreich.

15 S. dazu noch sogleich.

16 Fritz/Nolden, CCZ 2010, 170, 175; Kasiske, NZWiSt 2014, 262, 263 f.; ähnlich: Der Grundsatz beschränke sich auf das Prozessrecht: Greco/Caracas, NStZ 2015, 7, 9.

17 Mit diesem Argument für eine Anwendbarkeit im materiellen Privatrecht bei internal investigations: Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68, 70; für eine mittelbare Drittwirkung: Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 161. S. noch zur verfassungsrechtlichen Verortung u. c.

18 Mosen, ZIS 2011, 508, 513.

19 Greco/Caracas, NStZ 2015, 7, 12 ff.; Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 140; vgl. auch schon Zerbes, ZStW 125(2003), 551, 565 f.

20 Greco/Caracas, NStZ 2015, 7, 12 ff.; Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 140; anders: Jahn, StV 2009, 41, 45, der § 136 a Abs. 2 S. 3 StPO analog anwenden will, wenn die Strafverfolgungsbehörden pflichtwidrig untätig bleiben und Private durch Täuschung, Zwang oder Drohung Ermittlungen durchführen. Dieser Ansatz ist jedoch wiederum eher auf die verbale Mitwirkung anwendbar und setzt ebenfalls ein pflichtwidriges Unterlassen voraus, s. sogleich.

21 Offen gelassen bei BAG NJW 2004, 2848, 2851; für eine umfangreiche Auskunftspflicht: Grimm, NZA 2019, 1534, 1535; Kasiske, NZWiSt 2014, 262, 265; Lützel/Müller-Sartori, CCZ 2011, 19, 20; Theile, StV 2011, 381, 384; implizit davon ausgehend: LG Hamburg NJW 2011, 942, 944; dagegen: BGH NJW-RR 1989, 614, 615 (in Bezug auf freie Mitarbeiter); LAG RhPf BeckRS 2004, 42011; Eufinger, DB 2019, 2408, 2412; Roxin, StV 2012, 116, 121; Rudkowski, NZA 2011, 612; Schrader/Thoms/Mahler, NZA 2018, 965, 969; Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68, 73; Wisskirchen/Glaser, DB 2011, 1447, 1448; dagegen de lege ferenda: Moosmayer/Petrusch, ZHR 182 (2018), 504, 527.

22 Erkens, SpuRt 2016, 245, 249.

23 Vgl. Orth in Cherkeh/Momsen/Orth, Handbuch Sportstrafrecht, 2020, 5. Kap. Rn. 26.

24 BVerfGE 56, 37, 42.

25 BVerfGE 56, 37, 48.

freien Sport ebenso gelten. Chancengleichheit und Fairness sind Interessen, für die ein berechtigtes Informationsbedürfnis besteht. Ein funktionierendes Dopingkontrollsystem unter Mitwirkung der Sportler ist unerlässlich, um diese Interessen zu wahren. Dies steht einem Recht zur sanktionslosen Verweigerung entgegen. Die Verpflichtung zur Abgabe der Dopingprobe ist daher grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden.

III. Zulässigkeit der Beweisverwertung

1. Vorüberlegungen

Die NADA kann das Ergebnis der Dopingprobe den Strafverfolgungsorganen mitteilen.²⁶ Sodann kommt eine Beweisverwertung im Strafprozess in Betracht. Die Dopingprobe kann zur Überführung des Sportlers in Bezug auf eine Strafbarkeit wegen Selbstdopings nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 1 AntiDopG beitragen. Zum Teil wird – entgegen der bereits zitierten Stellungnahme des Gesetzgebers – ein Beweisverwertungsverbot angenommen und dabei auf den Grundsatz *nemo tenetur* verwiesen.²⁷ Zudem ist ein Verstoß gegen den Fair-trial-Grundsatz in Erwägung zu ziehen.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob der Grundsatz bei der Konstellation einer Dopingprobe durch Blutabnahme oder Urin überhaupt berührt ist.

Der Grundsatz *nemo tenetur* ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt. Als Anknüpfungspunkte kommen die Würde des Menschen, Art. 1 GG,²⁸ das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG,²⁹ sowie das Rechtsstaatsprinzip bzw. das Schuldprinzip³⁰ und der Anspruch auf rechtliches Gehör³¹ in Betracht. Zudem ist er in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR niedergelegt und wird aus dem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK hergeleitet.³² Umstritten ist außerdem die Reichweite des Schutzes. Die wohl herrschende Ansicht nimmt einen Verstoß gegen *nemo tenetur* an, wenn der Beschuldigte sich aktiv selbst belastet, während eine passive Duldungspflicht das Prinzip nicht berühre.³³ Eine andere Ansicht hingegen differenziert zwischen verbalen und

nonverbalen Mitwirkungsakten; nur erstere seien von *nemo tenetur* erfasst.³⁴

2. Weites Verständnis von *nemo tenetur*

Unterscheidet man zwischen aktiven Mitwirkungspflichten und passiven Duldungspflichten, müsste man bei den Dopingproben danach differenzieren, ob es sich um eine Urin- oder eine Blutprobe handelt, denn die Blutprobe wird nach herkömmlichen Verständnis von dem Beschuldigten in einer Weise gewonnen, die von ihm nur eine passive Duldungspflicht verlangt. Dann wäre ein Verstoß gegen *nemo tenetur* ausgeschlossen. Bei Urinproben hingegen ist eine aktive Mitwirkung notwendig, die nach diesem Verständnis jedenfalls bei einem staatlichen Vorgehen einen Verstoß gegen *nemo tenetur* begründete, was die Unverwertbarkeit im Strafprozess zur Folge hätte.

Inwiefern dies auch bei der Beweiserhebung durch den privatrechtlich organisierten Verband der Fall ist, ist noch ungeklärt. Zu internen Ermittlungen ist ebenfalls umstritten, inwiefern ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot besteht.³⁵ Sowohl zur Konstellation der Dopingproben³⁶ als auch in Bezug auf Aussagen bei internen Ermittlungen³⁷ wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im so genannten Gemeinschuldnerbeschluss herangezogen.

Darin hatte das Gericht ausgeführt, dass das Persönlichkeitsrecht des Gemeinschuldners unverhältnismäßig beeinträchtigt würde, wenn durch Zwang herbeigeführte Selbstbezeichnungen im Strafprozess verwertet und auf diese Weise zweckfremd würden.³⁸ Daher sei ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Entsprechend wurde § 97 Abs. 1 S. 3 InSO eingeführt, der sogar ein Verwendungsverbot bei fehlender Zustimmung des Schuldners vorsieht,³⁹ d. h. die Auskünfte dürfen auch nicht als Spurenansatz verwendet werden. Ob der Gemeinschuldnerbeschluss jedoch auf die vorliegende Konstellation übertragbar ist, erscheint fraglich, denn es sind einige Unterschiede zwischen den Konstellationen erkennbar. Zum einen besteht die Pflicht des Schuldners kraft Gesetzes, die Pflicht des Sportlers wird hingegen durch Vereinbarung mit Verweis auf den WADC bzw. den NADC begründet. Zum anderen unterscheiden sich die Konstellationen dadurch, dass der Schuldner zu einer Aussage verpflichtet ist, mithin verbal und aktiv mitwirken muss, während

26 Art. 14.2 NADC.

27 *Chobrok*, Zur Strafbarkeit nach dem Anti-Doping-Gesetz, 2017, S. 187; *Jahn*, Stellungnahme, S. 29; *Krüger*, PharmR 2018, 344, 346; *Putzke* in *Lehner/Nolte/Putzke*, AntiDopG, § 4 Rn. 117, 129; *Wild*, Rechtsprobleme des Dopings im deutschen Lizenzfußball, S. 187 ff.

28 BVerfGE 55, 144, 150; 56, 37, 49; NStZ 1995, 555; BGHSt 52, 11, 17; *Eschelbach* in *Satzger/Schluckebier*, StPO, § 136 Rn. 45.

29 BVerfGE 1993, 482; wistra 2010, 341, 3444; BGHSt 42, 139, 152; 52, 11, 17; BGH wistra 2019, 509; *von Freier*, ZStW 122 (2010), 117, 133; *Haas*, GA 1997, 368, 370; *Nothbelfer*, Die Freiheit von Selbstbezeichnungszwang, S. 77 ff.; *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 129 ff.; *ders.* in SK-StPO, vor § 133 Rn. 132; *Stürner*, NJW 1981, 1757, 1758.

30 BGH wistra 2019, 509; *Reiß*, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, S. 157.

31 *Bauer*, Die Aussage des über das Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten, S. 51; *Böse*, GA 2002, 98 ff., 118 ff.; *ders.* wistra 2003, 47, 51; *ders.*, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 166 ff.; vgl. *Niese*, ZStW 63 (1951), 199, 219.

32 EGMR, Urt. vom 17. 12. 1996 – 43/1994/490/572 (Saunders/UK), ÖJZ 1998, 32, 33; EGMR, Urt. v. 21. 12. 2000 – 34720/98 (Heaney and McGuinness/Ireland), § 40; EGMR, Urt. vom 8. 4. 2004 – 38544/97 (Weh/Österreich), JR 2005, 423, 424 (§ 40); EGMR, Urt. v. 10. 9. 2002 – 76574/01 (Allen/UK), ÖJZ 2003, 909, 910.

33 *Eschelbach* in *Satzger/Schluckebier*, StPO, § 136 Rn. 45; *Geppert*, NStZ 2014, 481, 484; *Haller/Conzen*, Das Strafverfahren, Rn. 117; *Kasiske*, JuS 2014, 15, 17 f.; *Rogall* in SK-StPO, vor § 133 Rn. 142; *Schubert* in MüKo-StPO, vor §§ 133 ff. Rn. 91 f.; in Bezug auf den vorliegenden Problemkreis: *Erkens*, SpzRt 2016, 245, 247.

34 *Böse*, GA 2002, 98, 128; *Ransiek/Winsel*, GA 2015, 620, 625 ff., 635; *Verrel*, NStZ 1997, 414, 418 f.; *ders.* Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, S. 232, 258; dies erwägend: *Gleß* in *Löwe/Rosenberg*, § 136 Rn. 35 b; noch enger: *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624, 638, der die Aussagefreiheit als „unselbständiger Reflex des Rechts auf freie Verteidigungsauswahl“ einordnet und den *nemo-tenetur* Grundsatz auf Aussagen in förmlichen Vernehmungen begrenzt.

35 Für ein Beweisverwertungsverbot: *Galen*, NJW 2011, 945; *Greco/Carracas*, NStZ 2015, 7, 14 (bei Zurechnung zu den Ermittlungsbehörden); *Kasiske*, NZWiSt 2014, 262, 265 f.; *Kempff/Schilling*, in *Volk* (Hg.), Münchener Anwaltshandbuch, Rn. 59; *Roxin*, StV 2012, 116, 120; *Theile*, StV 2011, 381, 385; in Bezug auf unfaire interne Ermittlungen: *Knauer/Gaul*, NStZ 2013, 192, 193; dagegen: LG Hamburg NJW 2011, 942, 944 (HSH Nordbank) dem zustimmend: *Bauer*, StV 2012, 277, 278 f.; gegen ein Beweisverwertungsverbot de lege ferenda: *Moosmayer/Petrasch*, ZHR 182 (2018), 504, 528.

36 Vgl. zu der Übertragung der Grundsätze mit unterschiedlichen Schlussfolgerungen: *Heger* in *Pfister*, 25, 42 f.; *Jahn*, Stellungnahme, S. 29; *Lutz*, HRRS 2016, 22, 27; *Wild*, Rechtsprobleme des Dopings im deutschen Lizenzfußball, S. 187 ff.

37 Vgl. nur *Kasiske*, NZWiSt 2014, 262, 266.

38 BVerfGE 56, 37, 50 f.

39 S. den Wortlaut „verwendet“; *Rogall*, FS Kohlmann, 465, 480.

der Sportler Körpersubstanzen, nämlich Urin in aktiver Weise oder Blut in passiver Weise abgeben muss.

In Bezug auf den ersten Unterschied, die Begründung der Pflicht durch Vertrag oder Gesetz, ist zweifelhaft, ob dieser relevant ist. Die Pflichten zur Mitwirkung ergeben sich häufig aus einem Zusammenspiel von Vertrag und Gesetz, wie sich auch anderen Konstellationen entnehmen lässt: Der Schuldner wird letztlich durch Verträge zu einem solchen und dann treffen ihn gesetzliche Pflichten. Ein Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient begründet eine Informationspflicht des Arztes nach § 630 c Abs. 2 S. 2 BGB. Bei Nachfrage des Patienten oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren hat er den Patienten zu informieren, wenn erkennbare Umstände vorliegen, die die Annahme einer Behandlungsfehlers begründen. Diese Information darf nach § 630 c Abs. 2 S. 3 BGB zu Beweis Zwecken in einem gegen den Behandelnden geführten Strafverfahren nur mit seiner Zustimmung verwendet werden, was in Anlehnung an § 97 Abs. 1 S. 3 InSO sogar verbreitet als Beweisverwendungsverbot ausgelegt wird.⁴⁰ Trotz einer vertraglichen Beziehung ist also ein Beweisverwertungsverbot eingeführt worden.

Auch im Bereich der internen Ermittlungen wird das Arbeitsverhältnis zuvor durch einen Arbeitsvertrag begründet, aus dem nach umstrittener Ansicht⁴¹ eine umfassende Auskunftspflicht aus der Treuepflicht gemäß § 242 BGB hergeleitet wird. Ob hier ein Beweisverwertungsverbot und dieses bejahendenfalls mit Fernwirkung⁴² anzunehmen ist, ist umstritten.⁴³ Während das LG Hamburg im Fall HSH Nordbank davon ausging, dass der Gemeinschuldnerbeschluss nicht übertragbar sei, da es sich bei einem Arbeitsvertrag um die freiwillige Eingehung vertraglicher Pflichten und nicht um eine gesetzliche Auskunftspflicht handle,⁴⁴ widersprechen dem Teile der Literatur.⁴⁵ Allerdings ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass zu berücksichtigen ist, inwiefern eine Zwangswirkung besteht. So führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass „ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen“ unzumutbar wäre. Das BVerfG hält eine Zwangswirkung auch bei der Pflicht eines Versicherungsnehmers zur Auskunft für maßgeblich, ungeachtet des Umstands, dass dieses Verhältnis ebenfalls vertraglich begründet wird.⁴⁶ Dass der Versicherungsnehmer nur seinen Versicherungsschutz aufs Spiel setze, reiche nicht aus.⁴⁷ Eine Differenzierung danach, ob die Pflicht durch Vertrag oder durch Gesetz begründet

wird, erscheint mit Blick auf die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot demnach nicht zielführend. Zudem ist von dieser Begründung unabhängig, gegenüber wem die Pflicht besteht und wie sie durchgesetzt werden kann bzw. wie die Folgen für eine Weigerung ausgestaltet sind.

Stellt man dementsprechend auf die Zwangswirkung ab, so müsste man für den Arbeitnehmer bei internen Ermittlungen der Frage nachgehen, inwiefern eine erhebliche Zwangslage, insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 12 GG, besteht.⁴⁸ Für den Sportler, der sich weigert, eine Dopingprobe abzugeben, ist die Zwangswirkung erheblich.⁴⁹ So kann dadurch seine sportliche und wirtschaftliche Existenz vernichtet werden, da ihm eine Sperre von bis zu vier Jahren droht.⁵⁰ Demgegenüber gehen andere davon aus, dass der Sportler mangels zwangsweiser Durchsetzbarkeit die Probe freiwillig abgebe.⁵¹ So ist auch die Abgabe der Willenserklärung, die auf den Abschluss der Schiedsvereinbarung gerichtet ist, nach dem BGH freiwillig.⁵² Unabhängig davon, ob dem gefolgt werden kann, erklärt sich der Sportler jedoch nicht damit einverstanden, dass der Verwendungszweck der Probe geändert wird und sich auf eine Verwertung in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren bezieht.⁵³ Entsprechend des früheren Regierungsentwurfs zum Verbandssanktionengesetz käme es im Hinblick auf den Umgang mit Aussagen bei internen Ermittlungen in Betracht,⁵⁴ den Sportler auf die Verwertung hinzuweisen bzw. entsprechend zu belehren.⁵⁵ Allerdings enthält der Entwurf lediglich ein Anreizmodell, bei dem die Sanktion gegen das Unternehmen gemildert werden kann, wenn es interne Ermittlungen durchführt, die bestimmten Standards fairen Verfahrens entsprechen. Zudem ist dem Arbeitnehmer im Rahmen dieses Anreizmodells ein Auskunftsverweigerungsrecht einzuräumen.⁵⁶ Dies deutet darauf hin, dass auch nach Sicht des Entwurfsgebers allein eine Belehrung den Zwang nicht aufhebt. Übertragen auf den Sportler: Er ist weiterhin vor die Wahl gestellt, eine Dopingprobe abzugeben oder eine Sperre zu erhalten, die seine sportliche und wirtschaftliche Existenz vernichtet oder jedenfalls erheblich beeinträchtigt. Im Verhältnis zum Arbeitnehmer kann die Zwangswirkung sogar von noch größerem Gewicht sein, weil ein Ausweichen auf andere Sportverbände, anders als regelmäßig auf andere Arbeitgeber, nicht möglich ist.

Legt man mithin zugrunde, dass auch nonverbale Mitwirkungen von nemo tenetur erfasst sind, so liegt aufgrund der erheblichen Folgen für den Sportler ein Beweisverwertungsverbot in Bezug auf die Urinproben

40 Spickhoff, in: Spickhoff, § 630 c Rn. 24; ders., JZ 2015, 15, 17; Wagner in MüKo-BGB, § 630 c Rn. 53, lediglich für eine Auslegung als Beweisverwertungsverbot: Kett-Straub/Sipos-Lay, MedR 2014, 867, 873 sowie Schelling/Warntjen, MedR 2012, 506, 509.

41 S. die Nachweise in Fn. 21.

42 Eufinger, DB 2019, 2408, 2413; Rotsch, in Beckemper/Rotsch (Hg.), Criminal Compliance, Rn. 27; Theile, StV 2011, 381, 395 f.

43 Für ein Beweisverwertungsverbot: Galen, NJW 2011, 945; Greco/Caracas, NStZ 2015, 7, 14 (bei Zurechnung zu den Ermittlungsbehörden); Kasiske, NZWiSt 2014, 262, 265 f.; Kempff/Schilling, in Volk (Hg.), Münchener Anwaltshandbuch, Rn. 59; Roxin, StV 2012, 116, 120; Theile, StV 2011, 381, 385; in Bezug auf unfaire interne Ermittlungen: Knauer/Gaul, NStZ 2013, 192, 193; dagegen: LG Hamburg NJW 2011, 942, 944 (HSH Nordbank) dem zustimmend: Bauer, StV 2012, 277, 278 f.; gegen ein Beweisverwertungsverbot de lege ferenda: Moosmayer/Petrusch, ZHR 182 (2018), 504, 528.

44 LG Hamburg NJW 2011, 942, 944.

45 Galen, NJW 2011, 945; Roxin, StV 2012, 116, 120; Sidhu/von Saucken/Ruhmamseder, NJW 2011, 881, 883.

46 BVerfG NStZ 1995, 599, 600.

47 BVerfG NStZ 1995, 599, 600; vgl. auch OLG Celle NJW 1984, 640, 641; zustimmend: Geppert, Jura 1995, 439, 441.

48 Vgl. auch Roxin, StV 2012, 116, 120.

49 Vgl. Putzke in Lehner/Nolte/Putzke, AntiDopG, § 4 Rn. 130.

50 NADA Code 2021 Ziffer 2.3 i. V. m. 10.3.1. sowie WADA Code 2021 Ziffer 2.3 i. V. m. 10.3.1.

51 Heger in Pfister, Das Anti-Doping-Gesetz, S. 43; Hauptmann/Rübenstahl, HRRS 2007, 142, 150; Kolbe, Strafprozessuale Aspekte der strafrechtlichen Dopingverfolgung, S. 135 f.

52 BGH NJW 2016, 2266, 2671; so auch: Duve/Rösch, SchiedsVZ 2014, 216, 222 ff.; a. A. vgl. nur Bleistein/Degenhart, NJW 2015, 1353, 1355; Heermann, SchiedsVZ 2015, 78, 80.

53 Orth in Cherkeh/Momsen/Orth, Handbuch Sportstrafrecht, 2020, 5. Kap. Rn. 23; Putzke in Lehner/Nolte/Putzke, AntiDopG, § 4 Rn. 130; vgl. zur entsprechenden Argumentation in Bezug auf interne Ermittlungen: Sidhu/von Saucken/Ruhmamseder, NJW 2011, 881, 883.

54 § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a VerSanG-E.

55 Orth in Cherkeh/Momsen/Orth, Handbuch Sportstrafrecht, 2020, 5. Kap. Rn. 24.

56 § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. c VerSanG-E.

vor. Hinsichtlich der Blutproben wäre hingegen unter Annahme, dass passive Duldungspflichten nicht von nemo tenetur erfasst wären, eine Verwertung nicht ausgeschlossen.

Die Differenzierung zwischen aktiven und passiven Mitwirkungen hat auch bereits in Zusammenhang mit Atemalkoholtests, bei denen der Beschuldigte aktiv pusten muss, und Blutalkoholproben, bei denen er die Entnahme von Blut passiv dulden muss, für Kritik gesorgt: Obwohl die Abnahme von Blut zugleich einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bedeutet und damit eingriffsintensiver ist, kann sie aufgrund strafprozessualer Ermächtigung erzwungen und die Probe verwertet werden.⁵⁷ Diese Differenzierung zwischen aktiver und passiver Mitwirkung lässt sich nicht damit begründen, dass sonst ein Zwang zur Präsentierung eines Beweismittels gegen sich selbst bestünde und dass dies beim Geben anders als beim Nehmen verboten sei.⁵⁸ Eine aktive Mitwirkungspflicht bedeutet keine stärkere Instrumentalisierung,⁵⁹ wie beispielsweise anhand eines Vergleichs von Atemalkohol- und Blutprobe ersichtlich ist. Zudem ergeben sich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, die beispielsweise unwillkürliche Körperreaktionen betreffen⁶⁰ oder die Austauschbarkeit bei vertretbaren Handlungen: So können Fingerabdrücke abgenommen oder abgegeben werden.⁶¹ Auch bei einer Blutprobe zum Zwecke der Dopingkontrolle ließe sich streiten, ob sie abgegeben oder abgenommen wird,⁶² denn der Sportler muss den Ort der Abgabe aufsuchen und mitwirken, bedarf aber zur Erlangung der Probe eines anderen, der die Probe entnimmt. Überzeugend begründen lässt sich folglich eine Differenzierung nach aktiven und passiven Mitwirkungspflichten nicht.

3. Beschränkung von nemo tenetur auf die Aussagefreiheit

Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht beschränkt eine abweichende Meinung den Grundsatz nemo tenetur auf die Aussagefreiheit.⁶³

Im Gemeinschuldnerbeschluss spricht das Gericht von „Auskünften“ und von „Selbstbezeichnung“.⁶⁴ Einen Zwang zur Mitwirkung, insbesondere durch Entnahme von Blutproben, ließ das Gericht bewusst außer Betracht, da in die „personale Freiheit der Willensentschließung“ weniger eingegriffen werde als durch eine Nötigung zu Äußerungen.⁶⁵ Damit wird bereits deutlich, dass die Art der Mitwirkung eine andere Qualität bedeuten kann, die für die Grundrechtsrelevanz von Bedeutung sein könnte. Der Gemeinschuldnerbeschluss klammert diesen Aspekt im Übrigen aus, so dass sich daraus nicht ergibt, ob durch Zwang erhaltene Körpersubstanzen im Strafprozess als Beweismittel verwertet werden können. Auch die Diskussion zur Rechtmäßigkeit von Urinkontrollen

von Personen im Strafvollzug bzw. in Untersuchungshaft bietet keine Hinweise auf die Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur. Insoweit ist umstritten, ob ein entsprechender Verstoß in der Anordnung,⁶⁶ der disziplinarischen Ahndung der Weigerung⁶⁷ oder der Beweisverwertung in einem Disziplinarverfahren⁶⁸ oder einem Strafprozess⁶⁹ liegt. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit offen gelassen, ob der Grundsatz nemo tenetur betroffen ist.⁷⁰

Die Diskussion um die Verwertbarkeit von Aussagen, die durch interne Ermittlungen gewonnen wurden, ist insoweit nicht übertragbar, da es dort regelmäßig um verbale Mitwirkungen geht.

In Betracht kommt, dass die Aussagefreiheit den Kernbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes betrifft, während sonstige Mitwirkungs- und Duldungspflichten außerhalb dieses abwägungsfesten Kerns stehen. Insofern geht auch das Bundesverfassungsgericht von einem „Kern“ aus, der darin bestehe, „durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung einer entsprechenden Sanktion zu liefern“, während Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten zum Schutz von Gemeinwohlbelangen gerechtfertigt sein könnten.⁷¹ Auch der BGH spricht von einem Kernbereich, der bei einem Aussagezwang betroffen wäre,⁷² nicht aber bei sonstigen Mitwirkungspflichten.⁷³

Ein höherer Schutzgrad des Aussagezwangs im Verhältnis zu anderen Mitwirkungspflichten lässt sich zum einen damit begründen, dass durch eine Aussage die Individualität in intellektueller Weise ausgedrückt und eine „innere Stellungnahme“ abverlangt wird, indem der Betroffene sich selbst als Täter kennzeichnen muss.⁷⁴ Demgegenüber sind Körpersubstanzen unabhängig von seinem Willen vorhanden. Seine Selbstdarstellung ist damit betroffen. Durch einen Aussagezwang wäre eine widerspruchsfreie Selbstdarstellung nicht möglich und anders als bei Belastungen durch andere Beweismittel, namentlich Zeugen, kann er sich davon nicht in gleicher Weise distanzieren.⁷⁵ Als abwägungsfestes Prinzip lässt sich der Grundsatz nemo tenetur nicht allein aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht herleiten, da dieses in verfassungsrechtlich zuläs-

57 Ransiek/Winsel, GA 2015, 620, 625 ff.; Schöb, DAR 1996, 44, 49; Verrel, NStZ 1997, 414, 418 f.; ders. Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, S. 232.

58 Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 142.

59 Ransiek/Winsel, GA 2015, 620, 626; Verrel, NStZ 1997, 415, 417.

60 Ransiek/Winsel, GA 2015, 620, 628.

61 Ransiek/Winsel, GA 2015, 620, 625.

62 Für eine aktive Mitwirkungspflicht bei Blutproben in diesem Zusammenhang: Putzke in Lehner/Nolte/Putzke, AntiDopG, § 4 Rn. 130.

63 S. die Nachweise in Fn. 34.

64 BVerfGE 56, 37, 41 f.

65 BVerfGE 56, 37, 42 f.

66 Dafür: LG Hamburg, Beschl. vom 23. 5. 2007 – 613 Vollz 9/07 – juris, Rn. 14 (aufgehoben durch OLG Hamburg, Beschl. vom 19. 9. 2007 – 3 Vollz (Ws) 47/07); dagegen vgl. nur BVerfG, Forum Strafvollzug 2011, 192; OLG Koblenz ZfStrVO 1990, 51, 53 f.; Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 143; offen gelassen bei BVerfG NStZ 2008, 292.

67 Dafür: Pollbähne, StV 2007, 88, 91; dagegen: BVerfG, Forum Strafvollzug 2011, 192; OLG Hamburg BeckRS 2004, 30339832; Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 143.

68 Dafür: Gericke, StV 2003, 305 ff.; Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 143; dagegen: OLG Hamburg BeckRS 2004, 30339832; offen gelassen bei BVerfG Forum Strafvollzug 2011, 192.

69 Dafür: OLG München NSZ-RR 2012, 324, 325; OLG Oldenburg NSZ-RR 2006, 28; OLG Dresden NSZ 2005, 588, 589; Buschhaus-Honekamp, Drogenkontrollen im Strafvollzug, 2021, 144 ff.; Kinzig in Schönke/Schröder, § 68 b Rn. 14 a; Pollbähne, StV 2007, 88, 91; Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rn. 143; offen gelassen bei BVerfG Forum Strafvollzug 2011, 192.

70 BVerfG NStZ 2008, 292; Forum Strafvollzug 2011, 192. Entgegen Jahn, Stellungnahme, S. 30 f. lässt sich aus ersterem Urteil daher kein Hinweis auf ein Beweisverwertungsverbot und auf die Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes herleiten.

71 BVerfG wistra 2010, 341, 344.

72 BGHSt 55, 138, 146.

73 BGH BeckRS 2014, 11495, Rn. 35.

74 Verrel, NStZ 1997, 415, 418 f.; vgl. auch zu einer Differenzierung danach, ob der Beschuldigte als „Wissensobjekt“ oder als Augenscheinsobjekt in Anspruch genommen wird: Reiß, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, S. 178.

75 Böse, GA 2002, 98, 100, 120, 126; ders., Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 168.

siger Weise Einschränkungen unterworfen werden kann.⁷⁶ So ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen noch schwerwiegender beeinträchtigt als bei einer Aussagepflicht und kann dennoch beschränkt werden.⁷⁷ Die freie Selbstdarstellung ist bei Zeugen dadurch beeinträchtigt, dass sie nach § 68 a StPO u. U. über ehrenrührige Tatsachen Auskunft geben müssen.⁷⁸ Neben dem Aspekt der Selbstdarstellung ist für eine Aussagefreiheit aber auch der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG von Relevanz, der ein solches abwägungsfestes Prinzip zu begründen vermag.⁷⁹ Eine Aussagepflicht widerspräche dem Recht, selbst über seine Verteidigung zu entscheiden.⁸⁰ Denn Verteidigung und Aussage erfolgen beide über Kommunikation und die erzwungene Aussage würde zu einer Festlegung führen, der nur durch Widersprüchlichkeit abgeholfen werden könnte.⁸¹ Diese Kommunikation muss dem Beschuldigten gegenüber den Strafverfolgungsbehörden in autonomer Weise verbleiben, um seine Persönlichkeit zu schützen,⁸² aber auch sein Recht auf Verteidigung.⁸³ Gegenüber anderen Mitwirkungspflichten hat die Kommunikation aufgrund des Zusammenhangs zur Verteidigung daher einen anderen Stellenwert und ist Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Dieses umfasst damit nicht nur die Möglichkeit einer Kommunikation, sondern auch die Freiheit von staatlichem Zwang und damit die Freiheit auszusagen oder zu schweigen.⁸⁴ Folglich ist nur die Aussagefreiheit als abwägungsfester Kern des Grundsatzes *nemo tenetur* anzuerkennen.

Außerhalb dieses Kernbereichs sind die Ermittlungsmaßnahmen und Mitwirkungspflichten ebenfalls nicht ohne Grenzen zulässig. Hier muss das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung eine Rolle spielen ebenso wie die Eingriffsschwere. Verabreicht man beispielsweise Brechmittel⁸⁵ ist die Maßnahme nicht deshalb unzulässig, weil sie gegen ein absolut geschütztes Recht

auf Freiheit vor Selbstbezeichnung verstieße, sondern die Maßnahme ist mit Blick auf die Eingriffsschwere unverhältnismäßig.⁸⁶ Die Verwertung der Dopingprobe wäre auch bei einer Abnahme von Blut nicht unverhältnismäßig wegen des damit verbundenen, aber noch geringfügigen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit. Der Verwertung entgegenstehen kann damit nur die Erlangung der Probe durch Zwang von privater Seite. Da dieser Zwang jedoch gerechtfertigt werden kann (s. o. zur Beweiserhebung, II.), steht er auch einer Verwertung im Strafprozess nicht entgegen.

Mit diesem Ergebnis vereinbar ist auch die Rechtsprechung des EGMR zum Fair-trial-Grundsatz. Der EGMR sieht *nemo tenetur* als vom Grundsatz des fair trial nach Art. 6 EMRK erfasst an. Nach seiner Rechtsprechung gehört das Recht zu schweigen zum Kern des Rechts, sich nicht selbst zu beschuldigen.⁸⁷ Die Selbstbelastungsfreiheit im weiteren Sinne hat der EGMR auch auf die Herausgabe von Schriftstücken⁸⁸ und Urkunden⁸⁹ gefasst sowie auf die Verabreichung von Brechmitteln zur Erlangung von verschluckten Betäubungsmitteln.⁹⁰ Dabei gilt die Selbstbelastungsfreiheit nach dem EGMR nicht absolut,⁹¹ sondern er prüft im Einzelfall die Art und Schwere des Zwangs zur Beschaffung der Beweise, das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verfolgung dieser Straftat und der Bestrafung des Täters, das Vorhandensein angemessener Verfahrensgarantien und die Verwertung der so erlangten Beweise.⁹² Eine Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Selbstbelastung ist demgegenüber nicht relevant.⁹³ Die Selbstbelastungsfreiheit erstreckt sich nach allgemeiner Auffassung der Vertragsstaaten hingegen nicht auf die Verwertung von Material, das unabhängig vom Willen des Beschuldigten vorhanden ist, wie beispielsweise Atem-, Blut-, Urin- und Gewebeproben.⁹⁴ In Abgrenzung zum Einsatz von Brechmitteln sei auch bei aktiver Mitwirkung zur Erlangung dieser Proben nur eine normale Körperfunktion notwendig,⁹⁵ so dass eine geringere Zwangswirkung bestehe. Der EGMR unterscheidet zwischen Körpermaterialien („bodily material“) und anderen nonverbalen (körperlichen) Beweisen („real evidence“).⁹⁶ Bei

76 Böse, GA 2002, 98, 100 ff.

77 Bosch, Aspekte des *nemo-tenetur*-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, S. 54; Böse, GA 2002, 98, 102.

78 Vgl. BGH NStZ 1990, 400; BVerfGE 38, 105, 117.

79 Bauer, Die Aussage des über das Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten, S. 51; Böse, GA 2002, 98, 120; Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 166 ff.; vgl. Niese, ZStW 63 (1951), 199, 219; vgl. auch Bosch, Aspekte des *nemo-tenetur*-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, S. 166, nach dem zumindest Überschneidungen bestehen.

80 Böse, GA 2002, 98, 120; ders., Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 168.

81 Böse, GA 2002, 98, 120.

82 Pawlik, GA 1998, 378, 383; vgl. auch Müssig, GA 1999, 121, 127 zur „Zuweisung eines informationsrechtlichen Organisationskreises als Grundlage kommunikativer Autonomie“.

83 Lesch, ZStW 111 (1999), 624, 638. Da sich diese Erwägungen auch auf das Ermittlungsverfahren übertragen lassen, spricht die Verortung im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht dagegen, auch einen Aussagezwang in diesem Verfahrensabschnitt zu erfassen, vgl. Böse, GA 2002, 98, 121 im Gegensatz zu *Nothelfer*, Die Freiheit von Selbstbezeichnungszwang, S. 52. Zudem wird das Prinzip nicht nur auf die Rolle des Beschuldigten und auf das Strafverfahren zu beschränken sein, vgl. Böse, GA 2002, 98, 121 ff.; ders., Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 170 ff.; vgl. auch Weßlau, ZStW 110 (1998), 1, 36; kritisch insoweit: von Freier, ZStW 122 (2010), 117, 134 f.

84 Böse, GA 2002, 98, 119. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht als negatives Abwehrrecht fungieren könne, denn sowohl das Schweigen als auch die Aussage sind jeweils Verteidigungsstrategien, ebenda, S. 119; vgl. dagegen: Bosch, Aspekte des *nemo-tenetur*-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, S. 165; Dingeldey, JA 1984, 407, 409; *Nothelfer*, Die Freiheit von Selbstbezeichnungszwang, S. 51 ff.; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 125.

85 Vgl. EGMR, Urt. Vom 11. 7. 2006 – 54810/00 (Jalloh/Deutschland), NJW 2006, 3117 ff.

86 Vgl. auch *Ransiek/Winsel*, GA 2015, 620, 638; vgl. *Verrel*, NStZ 1997, 415, 419.

87 EGMR, Urt. vom 17. 12. 1996 – 43/1994/490/572 (Saunders/UK), ÖJZ 1998, 32, 33; EGMR, Urt. v. 21. 12. 2000 – 34720/98 (Heaney and McGuinness/Ireland), § 40; EGMR, Urt. vom 8. 4. 2004 – 38544/97 (Weh/Österreich), JR 2005, 423, 424 (§ 40); EGMR, Urt. v. 10. 9. 2002 – 76574/01 (Allen/UK), ÖJZ 2003, 909, 910.

88 EGMR, Urt. v. 25. 2. 1993 – 82/1991/334/407 (Funke/Frankreich), ÖJZ 1993, 532, 533.

89 EGMR, Urt. v. 3. 5. 2001 – 31827/96 (J.B./Schweiz), NJW 2002, 499, 501 (§ 68).

90 EGMR, Urt. vom 11. 7. 2006 – 54810/00 (Jalloh/Deutschland), NJW 2006, 3117 ff.; darauf bezugnehmend: EGMR, Urt. vom 29. 6. 2007 – 15809/02 u. 25624/02 (O'Halloran u. Francis/Vereinigtes Königreich), NJW 2008, 3549, 3552 (§ 54).

91 EGMR, Urt. v. 8. 2. 1996 – 41/1994/488/570 (Murray/UK), ÖJZ 1996, 627, 628; EGMR, Urt. v. 21. 12. 2000 – 34720/98 (Heaney and McGuinness/Ireland), § 47; EGMR, Urt. vom 8. 4. 2004 – 38544/97 (Weh/Österreich), JR 2005, 423, 424 (§ 46).

92 EGMR, Urt. Vom 11. 7. 2006 – 54810/00 (Jalloh/Deutschland), NJW 2006, 3117, 3124 (§ 117); EGMR, Urt. v. 21. 12. 2000 – 34720/98 (Heaney and McGuinness/Ireland), § 55.

93 EGMR, Urt. Vom 11. 7. 2006 – 54810/00 (Jalloh/Deutschland), NJW 2006, 3117, 3124 (§ 114); *Gleß* in Löwe/Rosenberg, § 136 Rn. 35.

94 EGMR Urt. vom 17. 12. 1996 – 43/1994/490/572 (Saunders/UK), ÖJZ 1998, 32, 33; vgl. jedoch die abweichende Meinung der Richter Martens, Kuris, ebenda, S. 35.

95 EGMR, Urt. Vom 11. 7. 2006 – 54810/00 (Jalloh/Deutschland), NJW 2006, 3117, 3124 (§ 114).

96 EGMR, Urt. Vom 11. 7. 2006 – 54810/00 (Jalloh/Deutschland), NJW 2006, 3117, 3124 (§ 113).

diesen Körpermaterialien kommt ein Eingriff in das Recht auf Privatleben in Betracht, der aber regelmäßig gerechtfertigt sei.⁹⁷ Demgemäß sind die Dopingproben, die als solche Körpermaterialien anzusehen sind, grundsätzlich nicht vom derart interpretierten Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit erfasst.

Diesem Ergebnis sowie dieser Argumentation stehen die bereits genannten, gesetzlich fixierten Beweisverwertungsverbote in § 97 Abs. 1 S. 3 InSO und § 630 c Abs. 2 S. 2 BGB nicht entgegen, da sie jeweils Auskünfte und damit verbales Verhalten betreffen. Auch die Regelung des § 393 Abs. 2 S. 2 AO spricht nicht gegen diese Ansicht. Danach besteht das Verwendungsverbot nach § 393 Abs. 2 S. 1 AO für Beweismittel, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis dieser Einleitung in Erfüllung seiner steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Daraus lässt sich nicht schließen, dass beim Selbstdoping, das kein Delikt mit derartiger Schwere darstellt, ein Beweisverwertungsverbot bestehen müsste.⁹⁸ Denn die wohl h. M. nimmt jedenfalls in Bezug auf Auskünfte eine Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift wegen Verstoßes gegen nemo tenetur an.⁹⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat mangels Zulässigkeit einer Vorlage nach Art. 100 GG zwar nicht über die Verfassungsmäßigkeit entschieden, aber betont, dass zwischen Auskünften und sonstigen Mitwirkungshandlungen zu differenzieren sei.¹⁰⁰ Diese Unterscheidung entspricht der hier vorgenommenen Abgrenzung.

97 EGMR, Urt. Vom 11. 7. 2006 – 54810/00 (Jalloh/Deutschland), NJW 2006, 3117, 3124 (§ 115).

98 Für ein Beweisverwertungsverbot u. a. unter Verweis auf diese Regelung aber: *Putzke* in Lehner/Nolte/Putzke, AntiDopG, § 4 Rn. 131.

99 Für eine Verfassungswidrigkeit: LG Göttingen wistra 2008, 231 ff.; *Bülte* in Graff/Jäger/Wittig, § 393 AO, Rn. 103; *Tormöhlen* in Hübschmann, § 393 AO Rn. 181; *Joecks* in Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 393 Rn. 97 ff.; *Lindemann* in Hüls/Reichling, Steuerstrafrecht, § 393 AO Rn. 73; für eine verfassungskonforme Auslegung: *Pflaum* in MüKo-StPO, 1. Aufl. 2018, § 393 AO Rn. 70 ff., nach dem eine Verwertung von erzwingbaren selbstbelastenden Aussagen nicht erfolgen darf. Für eine Differenzierung nach Aussagen und sonstigen Mitwirkungen: *Hadamitzky/Senge* in Erbs/Kohlhaas, 237. EL, § 393 AO Rn. 10; *Klein* in Jäger, AO, 15. Aufl. 2020, § 393 Rn. 59; kritisch auch: *Ransiek/Winsel*, GA 2015, 620, 631. *Reiß*, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, S. 232 ff.; *ders.* NJW 1977, 1436, 1437 geht davon aus, dass es verfassungswidrig sei, dass die Mitwirkung erzwingbar sei. Der BGH legt die Erklärungspflicht hingegen restriktiv aus und verlangt nur eine Angabe der Einkünfte der Höhe nach, um dem Grundsatz nemo tenetur gerecht zu werden; vgl. BGH StV 2019, 749, 750; NJW 2006, 925, 932.

IV. Fazit und Ausblick

Sowohl die Dopingkontrolle durch den Verband als auch die strafprozessuale Beweisverwertung von Dopingproben sind – unabhängig ob es sich um Urin- oder um Blutproben handelt – zulässig. Weder das Prinzip nemo tenetur noch der Fair-Trial-Grundsatz stehen dem entgegen. Es handelt sich bei den Dopingproben um körpereigene Beweismittel, die den Kernbereich dieser Grundsätze nicht betreffen. Zum Kernbereich des nemo tenetur-Grundsatzes zählt nur die Aussagefreiheit. Es ist im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit nicht danach zu differenzieren, ob der Beschuldigte aktiv oder passiv, sondern ob er kommunikativ mitwirken muss.

Dass die Gerichte über das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots in diesem Zusammenhang noch nicht entschieden haben, liegt wohl an der Praxis der Ermittlungsbehörden. Ausweislich des Evaluierungsberichts zum AntiDopG aus dem vergangenen Jahr fanden keine Verurteilungen nach Hauptverhandlungen wegen Selbstdopings statt.¹⁰¹ Ein Grund dafür könnte darin liegen, dass in der Praxis hohe Anforderungen an die subjektive Tatseite gestellt werden und den Staatsanwaltschaften die praktische Erfahrung mit Sachverhalten in Zusammenhang mit Doping fehlt.¹⁰² Wenn hier jedoch entsprechend des Vorschlags im Evaluierungsbericht¹⁰³ mehr Schwerpunktstaatsanwaltschaften eingerichtet werden, könnten sich diese praktischen Probleme erledigen und die Frage der Verwertbarkeit der Dopingproben nochmals an Aktualität gewinnen.

100 BVerfG wistra 2010, 341, 244.

101 Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, November 2020, S. 41 ff., abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Anti-Doping.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 24. 1. 2022.

102 Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, November 2020, S. 44 ff., 83, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Anti-Doping.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 24. 1. 2022.

103 Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, November 2020, S. 102, 113, 121 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Anti-Doping.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 24. 1. 2022.

Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit am Beispiel des Amateur-Reitsports

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Karsten Fehn und Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Dr. Bernd Josef Fehn, Köln*

Das pauschale Verbot sportlicher Betätigung – hier in Bezug auf die Ausübung des Reitsports – als Maß-

nahme zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie ist aufgrund von Verstößen gegen das Bestimmtheitsgebot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungswidrig. Derartige hoheitliche Eingriffe in die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG, 14 Abs. 1 GG und 2 Abs. 1 GG bedürfen nicht nur einer genauen Definition des Begriffs von „sport- und trainingsbezo-

* Verf. Dr. Dr. Karsten Fehn ist Fachanwalt für Medizin- und Strafrecht in der Kanzlei FEHN Legal sowie ordentl. Professor für Strafrecht und öffentliches Recht am Institut für Rettungswesen und Gefahrenabwehr der TH Köln. Verf. Dr. Dr. Bernd Josef Fehn ist Rechtsanwalt und Steuerberater in der Kanzlei FEHN Legal.