

# **Die C-Probe** **das unverzichtbare Beweismittel im Anti Doping Verfahren**

**von Rechtsanwalt Richard B. Eimer, Bonn**

## **1. Die Beweisregeln des Anti Doping Code**

Die Regeln der World Anti Doping Agentur (WADA) zur Aufdeckung und Ahndung von Dopingfällen bestimmen,

- a) dass die jeweilige Anti-Doping-Organisation die Beweislast für einen Verstoß gegen Anti-Doping Bestimmungen trägt (Artikel 3.1), wobei das Beweismaß höher als die bloße Wahrscheinlichkeit aber geringer als der jeden Zweifel ausschließende Beweis ist und für den Betroffenen ein geringeres Beweismaß gilt: die bloße Wahrscheinlichkeit;
- b) dass bei Doping-Analysen, die in einem von der WADA akkreditierten Labor durchgeführt worden sind, „widerlegbar“ vermutet wird, dass die „Internationalen Standards für Labors“ eingehalten wurden (Artikel 3.3.1);
- c) dass zwar dem Athleten der Nachweis des Abweichens von dem „Internationalen Standard“ möglich ist, aber die Anti-Doping-Organisation wiederum den Gegenbeweis erbringen kann, dass dieses Abweichen nicht für das positive Ergebnis ursächlich war (Artikel 3.2.2).

Der NADA-Code hat entsprechende Regelungen.

## **2. Die Ausführungsbestimmungen für das Verfahren**

Diese vorstehenden Regelungen sind nicht zu beanstanden, wären da nicht die Ausführungsbestimmungen über das Verfahren zur Analyse von Proben.

- a) Proben dürfen nur in den von der WADA anerkannten Labors durchgeführt werden (Artikel 8.2). Der NADA-Code enthält eine entsprechende Regelung (Artikel 8.2).
- b) Im NADA-Code wird zusätzlich bestimmt, dass die dem Athleten entnommenen Körpergewebe- bzw. Körperflüssigkeitsproben Eigentum der NADA sind (Artikel 8.1).
- c) Es werden zwei Probenbehälter für die A-Probe und die B-Probe mit Urin gefüllt und dem akkreditierten Labor durch den Kontrolleur übermittelt.

### 3. Der praktische Fall und die Regeln

Ein Sportler wird kontrolliert, der Urin wird in zwei Behälter aufgeteilt, vom Kontrolleur zu einem der beiden in Deutschland akkreditierten Labors (Köln oder Kreischa) verbracht. Die A-Probe ergibt einen positiven Wert, der ganz knapp über dem Grenzwert liegt. Der Sportler wird informiert und über seine „Rechte“ laut NADA-Code informiert, so auch über sein Recht, die Analyse der B-Probe zu verlangen und bei der Eröffnung des Behälters anwesend zu sein.

Der Sportler leugnet, unerlaubte Mittel zu sich genommen zu haben und bestreitet die Richtigkeit des Analyseergebnisses.

Der Sportler verlangt,

- a) Übersendung des B-Probenbehälters zur Analyse an ein von ihm benanntes (nicht akkreditiertes Labor), das die internationalen Standards gewährleistet;
- b) hilfsweise, die Übersendung des B-Probenbehälters zur Analyse an ein akkreditiertes Labor im europäischen Ausland (z. B. Lausanne, Schweiz);
- c) hilfsweise, ihm anlässlich der B-Proben-Eröffnung einen Teil der Probe zu überlassen, um selbst eine Analyse in einem Labor, das die internationalen Standards gewährleistet, veranlassen zu können.

Die zuständige Dopingorganisation lehnt unter Hinweis auf die Regeln und ihr Eigentum an der Probe das Verlangen ab. Die B-Probe wird in demselben Labor analysiert und als positiv bewertet; erneut ist der festgestellte Wert äußerst gering. Es wird eine zweijährige Sperre verhängt.

Das Schiedsgericht bestätigt die Sperre mit dem Hinweis, die Rüge des Sportlers, ihm sei ein Gegengutachten verweigert worden, sei unerheblich, weil der Anti-Doping Code das nicht vorsieht.

Die Schiedsrichter haben keine eigene hinreichende Sachkenntnis über das Analyseverfahren und die Wertermittlung. Ihnen sind die unterschiedlichen Fehlerquellen nicht bekannt und von Ihnen auch nicht nachvollziehbar. Sie verlassen sich deshalb auf die von ein und demselben Labor-Mitarbeiter festgestellten Werte aus der A-Probe und der B-Probe.

### 4. Die Rechtswidrigkeit des WADA und des NADA Codes

Erhebliche Sanktionen im Sport (z.B. die zweijährige Regelsperre), die durch Verletzung von elementaren Grundsätzen unserer Rechtsordnung verhängt werden, sind rechtswidrig. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland) und das daraus herzuleitende Recht, alle Verteidigungsmittel unseres Rechtssystems verwenden zu dürfen, ist

verletzt, wenn die eigene (Gegen-)Beweisführung vereitelt wird (BverfGE 50, 32,35). Der allgemeine Begriff ist „Recht auf ein faires Verfahren“.

Es ist in diesem Zusammenhang insbesondere Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechts Konvention (EMRK) zu berücksichtigen, mit dem für den europäischen Rechtsraum das „Recht auf ein faires Verfahren“ festgelegt ist.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Urteil Mantovanelli/Frankreich, § 36 festgestellt, dass die Anforderungen an Artikel 6 Absatz 1 EMRK an ein faires Verfahren nur dann erfüllt sind, wenn es sich bei dem Recht für die betroffenen Parteien, sich vor dem Gericht zu einem Beweismittel zu äußern, um eine echte Möglichkeit wirksamer Stellungnahme zu dem Beweismittel handele. Eine Prüfung dieses Punktes sei insbesondere dann geboten, wenn das Beweismittel aus einem technischen Bereich stamme, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfüge, und geeignet sei, die Würdigung der Tatsachen durch das Gericht maßgeblich zu beeinflussen.

Der EuGH (EuGH-Urteil v. 10.04.2003, Rs. C-276/01 (Joachim Steffensen)) hat daraus die Konsequenz gezogen, dass Analyseergebnisse nur verwendet werden dürfen, wenn sie unter Beachtung der Regeln eines kontradiktorischen Verfahrens ohne Verletzung des Rechts auf einen fairen Prozess zustande gekommen und eingebracht worden sind, wobei darauf abzustellen ist, ob das Gericht über eigene Sachkenntnis verfügt oder den Inhalt der Analyseergebnisse ohne eigene Bewertung übernehmen müsste, ohne dass der Betroffene noch über eine echte Möglichkeit verfügt, zu diesen Analyseergebnissen wirksam Stellung zu nehmen.

Der EuGH stellt fest, dass ein nationales Gericht grundsätzlich zu prüfen hat, ob ein Beweismittel auszuschließen ist, um Maßnahmen zu vermeiden, die mit den Grundrechten, namentlich dem Grundsatz des Rechts auf ein faires Verfahren vor einem Gericht nach Artikel 6 Absatz 1 EMRK, unvereinbar sind.

Diese Entscheidung des EuGH zum Analyseverfahren im deutschen Lebensmittelrecht führte zeitnah zu einer Neufassung von § 37 Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände-gesetz vom 15. August 1974 (BGBl.1974 I, Seite 1945) LMBG mit der Maßgabe, dass bei der Probennahme mindestens ein Teil der Probe beim Betroffenen in einem versiegelten Behälter „zurückzulassen“ ist. Dem Betroffenen muss die Gelegenheit gegeben werden, ein Gegengutachten einzuholen, wobei er selbst den Gutachter bestimmen kann.

Die WADA und die NADA berufen sich darauf, dass nur die von ihnen akkreditierten Labors den Nachweis erbracht haben, den internationalen Standard für Labors zu gewährleisten, um die „C-Probe“ zu verhindern. Auch das Land Schleswig-Holstein hatte im zitierten EuGH-Verfahren dieses Argument vorgebracht.

Das Qualitätsargument aber ist kein Argument für die Ablehnung des Antrags zu a), ein anderes von der WADA oder NADA akkreditiertes Labor für die B-Proben-Analyse zuzulassen. Hierzu wird (unjuristisch) argumentiert, die akkreditierten Labors sollten sich nicht gegenseitig Konkurrenz machen. Das aber bewirkt

genau die Zweifel an der Objektivität der Analyseverfahren, die im fairen Verfahren ausgeschlossen sein müssen.

Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Analyse fehlerhaft durchgeführt wird, mag zwar nicht groß sein, doch Fehler sind bereits nachweislich aufgetreten. Wie häufig solche Fehler tatsächlich sind, wird beim derzeitigen Verfahren stets im Dunkeln bleiben, denn da dasselbe Labor die A- und die B-Probe analysiert, ist nicht zu erwarten, dass Fehler offenbart werden. Schon der Schein fehlender Neutralität bei der Analyse der B-Probe muss aber vermieden werden. Die mögliche Befangenheit des Labormitarbeiters, der sein eigenes Analyseergebnis aus der A-Probe mit der Analyse der B-Probe bestätigen möchte, kann nicht geleugnet werden. Auch unbewusste Befangenheit ist denkbar, wenn er den identischen Aufbau und Ablauf des Analysevorganges bei der A- und der B-Probe verwendet und dabei einen anfänglichen Fehler beim Versuchsaufbau übersieht, weil er sich für unfehlbar hält.

## **6. Rechtsfolgen**

Wenn die WADA und die NADA weiterhin darauf bestehen, dass die A- und die B-Probe im selben Labor durchzuführen sind, so muss nach den oben dargestellten Anforderungen an das „Recht auf ein faires Verfahren“ die „C-Probe“ ermöglicht werden. Dem betroffenen Sportler muss hinreichend Probenmaterial zur Verfügung gestellt werden, um eine Kontrollanalyse durch ein anderes Labor durchführen lassen zu können.

## **7. Regelungsvorschlag**

Eine Regelung analog § 37 LMBG erscheint sinnvoll und erforderlich:

- a) Es werden insgesamt drei Probenbehälter mit hinreichendem Material gefüllt und versiegelt und mit A-, B- und „C-Probe“ beschriftet.**
- b) Alle drei Proben werden gleichartig (gekühlt) in dem erstbeauftragten Labor aufbewahrt. Die „C-Probe“ wird für den betroffenen Sportler aufbewahrt.**
- c) Der „C-Probe“- Behälter darf nur vom betroffenen Sportler zur Analyse verwendet werden.**
- d) Die „C-Probe“ ist und verbleibt originäres Eigentum des betroffenen Sportlers.**
- e) Der betroffene Sportler kann jederzeit die Analyse der „C-Probe“ bei einem Labor seiner Wahl, das den Internationalen Standard gewährleistet, durchführen lassen und das Ergebnis als Beweismittel in das Verfahren einführen.**