

Zeitschrift: SuchtMagazin
Band: 44 (2018)
Heft: 1

Artikel: Enhancement und Wettbewerb aus rechtlicher Perspektive
Autor: Anner, Michel
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-800925>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 19.11.2024

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Enhancement und Wettbewerb aus rechtlicher Perspektive

Leistungssteigernde Hilfsmittel oder Methoden werden oftmals dazu verwendet, sich einen Vorteil gegenüber KontrahentInnen oder MitbewerberInnen zu verschaffen. Obwohl die Anwendung dieser Mittel oder Methoden offensichtlich den Wettbewerb verzerrt und sich die Frage stellt, ob damit gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstossen wird, wird dieses Gesetz bis jetzt bei Enhancement grundsätzlich nicht angewendet.

Michel Anner

MLaw, Legal Counsel, Vifor Pharma, Rudolfstrasse 8, CH-8008 Zürich, +41 (0)79 352 37 17, michel.anner@steinenring.ch

Schlagwörter: Neuro-Enhancement | Doping | Gesetz | Sport | Wettbewerb |

Enhancement beim Sport ist kein neues Phänomen. Sogenanntes Doping ist im Sport gang und gäbe und gerade momentan dank Olympia und dem Ausschluss einiger DopingsünderInnen wieder in aller Munde. Die Optimierung der sportlichen Leistungen betrifft aber längst nicht mehr nur den Spitzensport, sondern findet ihre Anwendung auch im Breitensport. Der Bund hat im Bundesgesetz über die Förderung von Turnen und Sport, dem Sportförderungsgesetz (SpoFöG), den Massnahmen gegen Doping einen eigenen Absatz mit sieben Artikeln gewidmet.¹ Demnach gilt als Doping der «Missbrauch von Mitteln und Methoden zur Steigerung der körperlichen Leistungsfähigkeit im Sport» (Art. 19 Abs. 1 SpoFöG). Gemäss der dazugehörigen Verordnung (SpoFöV) wird dann im Anhang auch konkretisiert, was genau als Doping gilt und welche Mittel und Methoden davon genau betroffen sind.² Die Verbotliste reicht von nicht am Menschen zugelassenen pharmazeutischen Substanzen über Anabolika bis zu metabolischen Modulatoren bei den Mitteln oder chemischen und physikalischen Manipulationen sowie Gendoping bei den Methoden. Die Strafbestimmungen des SpoFöG betreffen aber nicht den Anwender oder die Anwenderin des Dopings, sondern lediglich jene Personen, welche Doping bzw. Dopingmittel herstellen, erwerben, einführen, ausführen, durchführen, vermitteln, vertreiben, verschreiben und in Verkehr bringen. Die dopende Person selbst wird in der Aufzählung bewusst ausgeklammert und das Bundesrecht zielt auf das Umfeld des Sportlers und auf Produktion und Handel ab. Auch wenn die dopende Person also selbst auch für einen der oben beschriebenen Tatbestände verantwortlich ist, geht sie straffrei aus, wenn sie darlegen kann, dass das Doping für den Selbstgebrauch ist.³ Die verwaltungsrechtlichen Massnahmen kommen aber auch zum Tragen, wenn bspw. das eingeführte Doping zum Selbstzweck am Zoll zurückbehalten wird. Auch die Sportförderungsverordnung, auf die das Gesetz verweist, geht nicht auf die Dopinganwendenden ein, sondern befasst sich lediglich mit den generellen Massnahmen, die gegen Dopingmissbrauch ergriffen werden sollen. Staatliche Rechtserlasse überlassen die DopingsünderInnen und allfällige

Bestrafungen vielmehr den Sportorganisationen.⁴ Diese werden bei Dopingkontrollen von der Nationalen Agentur zur Bekämpfung von Doping unterstützt, da der Gesetzgeber zum Schluss gelangt ist, dass dies die sinnvollste Lösung sei.⁵ Der Gesetzgeber schaffte mit der Antidoping-Agentur eine unabhängige Institution, die für die Einhaltung der Dopingmassnahmen zuständig ist und staatliche Finanzhilfen erhält. Dass den privaten Sportorganisationen und -verbänden auch ein relativ starker Spielraum und eigener Regelungsbedarf in Bezug auf verbotene Methoden und Mitteln zukommt, liegt in der Sache der Natur, da nicht jede Substanz oder Methode bei jedem Sport gleich hilfreich wäre.

Wie vor Inkrafttreten der neuen Sportgesetzgebung im Jahre 2011 befasst sich das Bundesrecht auch weiterhin nur mit dem Umgang von Doping im Wettkampfsport. Unter Wettkämpfen versteht das Gesetz nur solche Anlässe, die entweder von den Sportverbänden durchgeführt werden, die dem Schweizer Dachverband des Sports angehören, oder Wettkämpfe, die nach Bestimmungen eines internationalen oder nationalen Sportverbands stattfinden. Dies wiederum bedeutet, dass Praktiken, die gemäss Gesetz und offiziellen Sportverbänden unter den Dopingbegriff fallen würden, aber nicht im Zusammenhang mit einem Wettkampf stattfinden, in eine Lücke fallen und somit für den Privatgebrauch möglich sind. Weder die Anwendung noch der Besitz von Dopingmitteln sind durch das SpoFöG für Private verboten.

Unlauterer Wettbewerb

Die Frage stellt sich, ob nebst verwaltungs-, strafrechtlichen und privaten verbandsrechtlichen Bestimmungen auch gesetzliche Bestimmungen zum unlauteren Wettbewerb Relevanz beim Dopingmissbrauch haben könnten.⁶ So abwegig wie die Frage im allerersten Moment vielleicht scheinen mag, so wenig kommt man bei genauerem Hinsehen darum herum, sich damit auseinanderzusetzen. Denn Art. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) statuiert eine Generalklausel, die womöglich auch für den Dopingmissbrauch anwendbar sein könnte, auch wenn sowohl die Sportförderungsgesetzgebung des Bundes als auch das Doping-Statut von Swiss Olympic aus dem Jahre 2015 auf das «Was», d. h. die verbotenen Methoden, und nicht wie beim UWG vorrangig auf das «Weshalb», den Grund, fokussiert. Der Wortlaut von Art. 2 UWG lautet: «Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und

Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst». Ob Sportwettkämpfe unter das UWG fallen, hängt davon ab, ob die Kriterien für den Anwendungsbereich erfüllt werden. Die Kriterien dafür sind:⁷

- das Vorhandensein einer Wettbewerbssituation
- die Ausübung zu einem wirtschaftlichen Zweck
- die angewandten Methoden müssen unlauter sein und
- der Wettbewerb soll durch die unlauteren Methoden nicht verfälscht werden.

Im Folgenden soll kurz auf diese Kriterien und deren Anwendung auf den Profisport eingegangen werden: Auch wenn der Profisport sich nicht auf eine klassische Nachfrage- und Angebotssituation wie in einem «normalen» marktwirtschaftlichen Umfeld berufen kann, scheint die Wettbewerbssituation zweifelsohne gegeben zu sein. Die «angebotene» Ware, in diesem Fall die körperliche Leistung, soll die der MitbewerberInnen übertrumpfen, wobei der Abnehmer der «Ware» nicht der klassische Käufer ist, sondern ein potenzieller Arbeitgeber (Team), ein Sponsor, die Wettbewerbsveranstalterin oder gar die ZuschauerInnen. Dieser im Wettbewerb erlangte Vorteil hat im heutigen Profisport eine teilweise massive monetäre Bedeutung, womit das zweite Kriterium der Wirtschaftlichkeit auch erfüllt wäre. Das dritte Kriterium, um Dopinggebrauch unter das UWG subsumieren zu können, ist der als unlauter zu qualifizierende Gebrauch des Dopings. Als unlauter wird Doping in Bezug auf den moralischen Fairness-Gedanken im Wettbewerb verstanden. Genau dieser Fairness-Gedanke ist zentral im Sportförderungsgesetz und geht direkt den darauffolgenden Dopingbestimmungen voraus. Auch das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs von Marktteilnehmenden kann relativ einfach auf den Profisport übertragen werden, denn dadurch soll gewährleistet werden, dass alle die gleichen messbaren Bedingungen vorfinden. Und zu guter Letzt muss noch angeführt werden, dass der Schutz der Chancengleichheit von KonkurrentInnen nicht nur das Ziel des UWG sondern auch des SpoföG ist.⁸ Da der Profisport also die oben genannten Kriterien der Generalklausel zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb erfüllt, wären in der Folge auch die konkreten Bestimmungen des UWG auf den Dopingmissbrauch anwendbar. Trotz der relativ eindeutigen Sachlage hat das Bundesgericht zu diesem Thema noch kein Urteil gefällt. Zudem liess das Bundesstrafgericht in einem über zehn Jahre alten Entscheid offen, ob die Strafbestimmungen des UWG bei Dopingmissbrauch Anwendung finden.⁹

UWG auch für andere Enhancement-Bereiche möglich?

Da aus rechtlicher Perspektive wenig gegen eine Anwendung des UWG im Profisport sprechen würde, stellt sich natürlich schnell einmal die Frage, ob sich die in der Generalklausel erwähnten Kriterien auch für Bereiche eignet, wo Enhancement eine Rolle spielt oder künftig spielen wird, wie etwa Bildung oder Arbeit.¹⁰ Vorweg muss gesagt werden, dass es in anderen Rechtsbereichen kein Synonym zum Dopingbegriff im Sport gibt, sodass in diesen Bereichen stattdessen meist von Enhancement gesprochen wird. Auch sind im Gegensatz zur Sportgesetzgebung keine konkreten verwaltungs- oder strafrechtlichen Massnahmen in diesen Bereichen vorgesehen, weil bis jetzt in Sachen Enhancement noch gar nicht klar ist, was der Begriff alles thematisch beinhaltet und wieviel Enhancement lauter sein könnte. Trotzdem lohnt es sich zu überprüfen, ob die vier obengenannten Kriterien der Wettbewerbssituation, der Wirtschaftlichkeit, des Verbots unlauterer Methoden und die Garantie eines unverfälschten Wettbewerbs auch auf Bildungseinrichtungen und den Arbeitsmarkt angewendet werden könnten.

Die Wettbewerbssituation im Bereich der Bildung ist vor allem bei Examen augenscheinlich. Denn je nach Erfolg oder Misserfolg

kann das Abschneiden bei Prüfungen nicht zu unterschätzende wirtschaftliche Folgen nach sich ziehen. Selbiges gilt auch für den Arbeitsbereich. Denn je besser, schneller oder präziser eine Arbeit verrichtet wird, desto höher sind die Chancen, im Arbeitsumfeld einen besseren Job zu finden. Geschieht dies durch Enhancement, kann dies zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen. Das Problem, dass sich hier aber stellt, ist die vorgesehene Erfordernis der Unlauterkeit. Im Sport hat der Gesetzgeber ganz klar definiert, dass der Gebrauch von Doping unfair ist. Eine derartige Klassifizierung von Enhancern im Arbeitsumfeld oder im Bildungswesen ist aber bis anhin weder beim staatlichen Gesetzgeber noch bei privaten Institutionen vorgesehen. Somit kann der Einsatz von Enhancern ausserhalb des Profisports auch nicht als unlauter bezeichnet werden. Dies führt dazu, dass das heute bspw. im Bildungswesen typischerweise eingesetzte pharmakologische Enhancement rechtlich gesehen mit Nachhilfeunterricht gleichzusetzen ist. Im Arbeitsbereich sind etwa Weiterbildungskurse rechtlich ähnlich zu bewerten, wie mögliche Enhancer. Die Verwendung von Enhancern, wie etwa die Einnahme von Ritalin zur Prüfungsvorbereitung oder gar während der Prüfung, hat keine öffentlich- oder privatrechtlichen Konsequenzen, denn in der Schweiz finden sich bis heute zumindest im Bildungsbereich keine Prüfungsordnungen, die sich mit leistungssteigernden Substanzen oder medizinischen Eingriffen auseinandersetzen.

Es ist nicht gesagt, dass dies in mittelferner Zukunft auch so bleiben wird. Sollten die angewendeten Enhancer im Bereich der Bildung und der Arbeit zu merklichen Wettbewerbsverzerrungen und massiven Chancenungleichheiten führen, käme der Gesetzgeber nicht darum herum, sich Massnahmen zu überlegen, um faire Ausbildungschancen und Arbeitsbedingungen für alle zu garantieren. Die Beliebtheit von Methylphenidat bei StudentInnen, auch wenn die Wirkung nicht unumstritten ist, lässt zumindest den Schluss zu, dass heute schon versucht wird, auch im Bildungsbereich mit leistungssteigernden Methoden und Mitteln zu besseren Resultaten oder mit weniger Aufwand zu gleicher Leistung zu gelangen. Kommen dereinst Mittel oder Methoden mit unbestreitbarer leistungssteigernder Wirkung auf den Markt, könnte durchaus von einer Verzerrung des Wettbewerbs gesprochen werden, wenn nicht alle StudentInnen oder Arbeitenden den Zugang zu solchen leistungssteigernden Pharmaka oder Methoden haben. Wie aber die Kontrolle bei derart vielen Bevölkerungsschichten aussehen soll, die sich durch die Anwendung von Enhancern einen Wettbewerbsvorteil erhoffen, ist wohl noch lange ungeklärt. Dies heisst aber nicht, dass sich die künftige Rechtsetzung damit nicht auseinanderzusetzen hätte. ●

Literatur

- Flachsmann, S./Isenring B. (2004): Sanktion von Doping im Strafrecht. *Causa Sport* 1(3&4): 231-236.
- Jucker, B. (2012): Schutz des sportlichen Wettbewerbs durch das Lauterkeitsrecht am Beispiel des Dopingmissbrauchs. *Recht* 30(2&3): 56-64
- Rütsche, B. (2009): Rechtliche Aspekte von Human Enhancement. S. 191-233 in: A. Eckhardt/A. Bachmann/M. Marti/B. Rütsche/H. Telsler (Hrsg.), *Human Enhancement*. Zürich: vdg Hochschulverlag AG.
- Salib, E. (2006): Vorschläge für eine Verbesserung der Dopingbekämpfung, Diskussionsgrundlage für die anstehende Gesetzesrevision in der Schweiz. *Causa Sport* 3(4): 585-595.

Endnoten

- 1 Sportförderungsgesetz SpoföG: www.tinyurl.com/spofg, Zugriff 12.02.2018.
- 2 Anhang Doping in der Sportförderungsverordnung SpoföV: www.tinyurl.com/spofov-doping, Zugriff 12.02.2018.
- 3 So auch bestätigt im Bundesverwaltungsgerichtsentcheid: C-3081/2016
- 4 Botschaft Heilmittelgesetz, (Fn. 57), 3571.
- 5 Botschaft Sportförderungsgesetz, Art. 18 Abs. 2, 8238.
- 6 Rütsche 2011: 226.
- 7 Jucker 2012: 57ff.
- 8 Flachsmann/Isenring 2004: 42ff; Salib 2006: 586.
- 9 TPF 2007 45 E. 6: www.tinyurl.com/tpf2007, Zugriff 12.02.2018.
- 10 Rütsche 2011: 227.



