



Schriften zur Allgemeinen Inneren Verwaltung

30

Annika Speckmann

**Der Ausschluss von der Blutspende für
Männer, die sexuelle Beziehungen zu
Männern hatten, nach Maßgabe der
EuGH-Rechtsprechung**

**Auswirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens
C-528/13 „Geoffrey Léger“ auf die Rechtslage in
Deutschland**

Schriften zur Allgemeinen Inneren Verwaltung, Band 30

Annika Speckmann

**Der Ausschluss von der Blutspende
für Männer, die sexuelle Beziehungen
zu Männern hatten, nach Maßgabe
der EuGH-Rechtsprechung**

**Auswirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens
C-528/13 „Geoffrey Léger“ auf die Rechtslage in
Deutschland**

Brühl/Rheinland 2019

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Brühl; Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung,
Diplomarbeit, 2016.

ISBN 978-3-938407-94-3

ISSN 000948-0617

Impressum:

Hochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung
Willy-Brandt-Str. 1
50321 Brühl

www.hsbund.de

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	V
1 Einleitung	1
2 Ausschluss für MSM von der Blutspende	3
2.1 Schutz der öffentlichen Gesundheit	3
2.2 EU-Richtlinien	4
2.2.1 Richtlinie 2002/98/EG.....	4
2.2.2 Richtlinie 2004/33/EG.....	5
2.3 Gesetzliche Regelungen in Deutschland	6
2.3.1 Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens.....	6
2.3.2 Hämotherapie-Richtlinie	8
2.4 Blutspende-Skandal 1993	10
3 Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ..	12
3.1 Diskriminierung in unserer heutigen Gesellschaft	12
3.2 Diskriminierung	12
3.2.1 Unmittelbar.....	13
3.2.2 Mittelbar	13
3.3 Sexuelle Orientierung	14
3.4 Rechtliche Regelungen zum Diskriminierungsschutz	14
3.4.1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).....	15
3.4.2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC).....	16
3.4.3 Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland.....	19
3.5 Meinung der Bundesregierung	21
4 EuGH-Urteil C-528/13	23
4.1 Vorabentscheidungsverfahren	23
4.2 Ausgangsverfahren der Rechtssache C- 528/13	25
4.3 Entscheidung des EuGH	25
5 Situationsanalyse Deutschland	30

5.1	HIV	30
5.1.1	HIV-Verbreitung	31
5.1.2	Risikogruppe.....	34
5.2	Blutspende in Deutschland	34
5.2.1	Blutspende und HIV-Übertragungen	35
5.2.2	Test-Seeking als Motiv der Blutspende	37
5.3	Testmöglichkeiten für HIV	38
5.4	Spenderfragebogen	39
6	Lösungsvorschläge	41
6.1	Spannungsfeld	41
6.2	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	42
6.3	Klärung des Prüfungsmaßstabes	42
6.3.1	Legitimer Zweck - Schutz der öffentlichen Gesundheit	44
6.3.2	Geeignetheit.....	44
6.3.3	Erforderlichkeit.....	45
6.3.3.1	Wirksame Testverfahren	46
6.3.3.2	Identifizierung des riskanten Sexualverhaltens.....	46
6.3.4	Angemessenheit.....	48
6.3.4.1	Beteiligte Interessen	48
6.3.4.2	Gewichtung der Interessen	49
6.3.4.3	Beeinträchtigung der Interessen	50
6.3.4.4	Verhältnis der Beeinträchtigungen.....	52
6.3.4.4.1	Kein Ausschluss und keine Rückstellung für MSM.....	53
6.3.4.4.2	Rückstellung.....	53
6.4	Regelungen in anderen Ländern	54
6.5	Stellungnahmen der Fachkreise	55
6.6	Rechtliche Umsetzung der Umstellung	55
6.7	Weitere Maßnahmen	59
6.7.1	Fragebogenoptimierung	59
6.7.2	Spenderadhärenz steigern und Test-Seeking bekämpfen	61

7	Schlussbetrachtung	62
7.1	Ergebnisse	62
7.2	Ausblick	63
	Literaturverzeichnis.....	64
	Anlagen.....	72
1.	Spenderfragebogen.....	72
2.	Übersicht einzelner mitgliedstaatlicher Übersetzungen der Richtlinie 2004/33/EG	74

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Verlauf der HIV-Neuinfektionen von 1975 bis 2014 unterschieden nach Transmissionsgruppen	33
Abbildung 2: HIV-Infektionen differenziert nach Spendertyp von 2006-2012	36
Abbildung 3: Ausschnitt aus dem bundeseinheitlichen Spenderfragebogen des PEI.....	40
Abbildung 4: Modifizierter Ausschnitt des Blut- und Plasmaspenderfragebogens.....	60

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AK Blut	Arbeitskreis Blut
AMWHV	Verordnung über die Anwendung der Guten Herstellungspraxis bei der Herstellung von Arzneimitteln und Wirkstoffen und über die Anwendung der Guten fachlichen Praxis bei der Herstellung von Produkten menschlicher Herkunft
Art.	Artikel
BÄK	Bundesärztekammer
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BzgA	Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
bzw.	beziehungsweise
Ebd.	Ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgende
Fn.	Fußnote
Frg.	Frage
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
HIV	Humane Immundefizienz-Virus
Hämotherapie-Richtlinie	Richtlinie zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen und zur Anwendung von Blutprodukten

i.S.v.	im Sinne von
IVD	Personen, die intravenös Drogen konsumieren
i.V.m.	in Verbindung mit
MSM	Männer, die sexuelle Beziehungen zu Männern haben
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
PEI	Paul Ehrlich-Institut
RKI	Robert Koch-Institut
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
TFG	Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens
u.a	unter anderem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel

1 Einleitung

Deine Blutspende rettet Leben – Danke.¹ So lautet der Slogan des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) und der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BzgA) zum Weltblutspendetag am 14. Juli 2015. Anlässlich des Weltblutspendetages eines jeden Jahres werden Kampagnen ins Leben gerufen, um auf die Bedeutung der Blutspende in Deutschland aufmerksam zu machen und für den Gang zur Blutspende zu mobilisieren. Denn die Blutspende ist lebenswichtig: Insbesondere die heutige moderne Medizin ist im Rahmen von Operationen auf menschliche Blutspenden angewiesen, da noch kein künstlicher Ersatzstoff für Blut hergestellt werden kann.²

Doch ein Teil der Gesellschaft wird trotz des hohen Bedarfs an gespendetem Blut von der Blutspende ausgeschlossen. Dazu gehören gemäß Nr. 2.2.1 der Richtlinie zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen und zur Anwendung von Blutprodukten (Hämotherapie-Richtlinie) auch Männer, die Sexualverkehr mit Männern haben (MSM), da ihnen aufgrund ihres Sexualverhaltens ein gegenüber der Allgemeinbevölkerung erhöhtes Infektionsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten, wie HIV, zugewiesen wird.³ Diese Regelung zum Schutz der Gesundheit der Empfänger wird von Seiten der Schwulenverbände seit langem als zu weitgehend und diskriminierend kritisiert.⁴ Die Bundesregierung dagegen weist den Vorwurf der Diskriminierung durch den dauerhaften Blutspende-Ausschluss für MSM zurück, da die Auswahlkriterien nicht an die sexuelle Orientierung anknüpfen sondern risikobezogen gefasst seien.⁵ In Anbetracht der Tatsache, dass vor der Richtlinienanpassung 2010 die Auswahlkriterien ausdrücklich homo- und bisexuelle Männer nannten und dies nunmehr neutraler gefasst als Männer, die sexuelle Beziehungen zu Männern haben, bezeichnet⁶ wird, erscheint die Argumentation der Bundesregierung zweifelhaft.

¹ Gemeinsame Pressemitteilung zum Weltblutspendetag 2015 des BMG und BzgA.

² Gemeinsame Pressemitteilung zum Weltblutspendetag 2015 des BMG und BzgA.

³ Vgl. WB-AK „Richtlinien Hämotherapie“, Erläuterungen zum Blutspende-Ausschluss von Männern, die Sexualverkehr mit Männern haben (MSM), S. 14.

⁴ Bruns, offener Brief an den Präsidenten der Bundesärztekammer (BÄK) vom 06. Mai 2015.

⁵ BT-Drs. 17/3568, S. 2.

⁶ WB-AK „Richtlinien Hämotherapie“, Erläuterungen zum Blutspende-Ausschluss von Männern, die Sexualverkehr mit Männern haben (MSM), S. 5.

Im April 2015 befasste sich der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV zu einem französischen Rechtsstreit mit der Auslegung der entsprechenden europäischen Regelung zum Ausschluss für Personen von der Blutspende mit sexuellem Risikoverhalten. Der EuGH stellte fest, dass der Ausschluss für MSM eine Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung darstellen und gegen Art. 21 der Charta der Europäischen Union (GRC) verstoßen kann.⁷ Er legt mehrere Bedingungen fest, unter denen der Ausschluss für MSM mit den europäischen Vorgaben und Art. 21 GRC vereinbar ist. Vor allem ist die Verhältnismäßigkeit des dauerhaften Ausschlusses für MSM von der Blutspende zu prüfen. Es ist Sache der Mitgliedstaaten zu überprüfen, ob diese Bedingungen durch ihre spezifische Situation im Land erfüllt werden.⁸

Ziel der Arbeit ist es, die Frage zu klären, ob der in Deutschland geregelte dauerhafte Ausschluss für MSM von der Blutspende in Anbetracht der Auslegung der europarechtlichen Vorgaben durch den Gerichtshof der Europäischen Union rechtmäßig ist. Darüber hinaus sollen Handlungsalternativen aufgezeigt und deren rechtliche Umsetzung diskutiert werden.

Die Arbeit beginnt in Kapitel 2 mit der Vorstellung und Einordnung der wichtigsten europäischen- und deutschen Rechtsgrundlagen zum Blutspende- und Transfusionswesen. In Kapitel drei wird der theoretische Hintergrund zur Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung dargestellt. Hier wird sowohl der Begriff „Diskriminierung“ als auch die Diskriminierungskategorie „sexuelle Orientierung“ definiert und näher beleuchtet. Für die Bewertung, ob der Ausschluss von MSM eine Diskriminierung im rechtlichen Sinne darstellt, sind die Erläuterungen einzelner rechtlicher Regelungen und ihr Kontext zum Diskriminierungsschutz notwendig. Auch die Meinung und die Argumente der Bundesregierung zum Ausschluss für MSM von der Blutspende werden hier erörtert. Grundlage für die Betrachtung der Rechtmäßigkeit des Ausschlusses für MSM bilden das EuGH-Urteil und die Entscheidungsgründe vom 29. April 2015 C-528/13 „Geoffrey Léger“ in Kapitel 4. Daran schließt die Analyse der epidemiologischen Situation für HIV in Deutschland, die nach Maßgabe des EuGH über die Notwendigkeit eines Ausschlusses entscheidet, im Rahmen des fünften Kapitels an. Hier werden die HIV-Verbreitung in Deutschland und die sich daraus ergebenden Risikogruppen der Bevölkerung herausge-

⁷ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 – C-528/13, Rn. 50, zitiert nach juris.

⁸ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 – C-528/13, Tenor, zitiert nach juris.

arbeitet. Auch die epidemiologischen Daten von Blutspendern, die Testmöglichkeiten für HIV und die aktuellen Anamneseverfahren für Blutspender werden einer genaueren Betrachtung unterzogen, damit diese Erkenntnisse in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einfließen können. Schwerpunkt der Arbeit bildet in Kapitel 6 die Erarbeitung der Antwort auf die Frage, ob der Ausschluss von MSM für die Blutspende unter Einbeziehung der Auslegungsmaßstäbe des EuGH-Urteils rechtmäßig ist. Hier wird schwerpunktmäßig die Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses für MSM geprüft und die Handlungsalternative „Rückstellung von der Blutspende“ diskutiert. Auch werden im Anschluss daran weitere Maßnahmen erörtert, die den Schutz der Empfänger vor einer Infektionsübertragung steigern sollen. Zum Schluss werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst und ein Ausblick auf die Entwicklung der Regelung zum Ausschluss für MSM von der Blutspende gegeben.

2 Ausschluss für MSM von der Blutspende

2.1 Schutz der öffentlichen Gesundheit

Zum Schutz der öffentlichen Gesundheit⁹ ist das Blutspendewesen sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene gesetzlich geregelt. Das Europäische Parlament sah aufgrund des Ausmaßes, in dem menschliches Blut therapeutisch verwendet wird, die Notwendigkeit, die Qualitäts- und Sicherheitsstandards zur Verhütung der Übertragung von Krankheiten zu regeln¹⁰ und ein einheitliches Schutzniveau in den Mitgliedsstaaten zu gewährleisten. Dies ist aufgrund der Freizügigkeit der Bürger in der Europäischen Union notwendig.¹¹ Ziel ist es, dass sich die Gemeinschaft mit Blut und Blutbestandteilen selbstversorgt.¹²

Der Schutz der Empfänger von Blutspenden vor transfusionsassoziierten Infektionen ruht in Deutschland auf zwei bewährten Schutzmechanismen: Dies ist zum einen die vorherige Testung der Blutspenden auf Infektionsmarker und zum anderen die konsequente Spenderauswahl.¹³ In Deutsch-

⁹ Erwägungsgrund 2 Richtlinie 2002/98/EG.

¹⁰ Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2002/98/EG.

¹¹ Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2002/98/EG.

¹² Erwägungsgrund 4, 9 und Art. 20 der Richtlinie 2002/98/EG.

¹³ Offergeld, Blut- aber sicher! S. 905; Offergeld, Infektionen bei Blutspendern, S. 779; AK Blut/BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 4.

land werden im Rahmen der Spenderauswahl Männer, die Sexualverkehr mit Männern haben (MSM), von der Blutspende dauerhaft ausgeschlossen, da ihnen aufgrund ihres Sexualverhaltens ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten zugeschrieben wird.¹⁴ Im Folgenden werden sowohl die europäischen Regelungen und Vorgaben zum Blutspendewesen, insbesondere betreffend die Spenderauswahl, und die deutsche Umsetzung dieser Richtlinie besonders im Hinblick auf den Ausschluss für MSM dargestellt.

2.2 EU-Richtlinien

Auf europäischer Ebene wurden zwei Richtlinien erlassen, die die Blutspende regeln. Zum einen ist dies die Richtlinie 2002/98/EG vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Qualitätsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zum anderen die Richtlinie 2004/98/EG vom 22. März 2004 zur Durchführung der Richtlinie 2002/98/EG hinsichtlich bestimmter technischer Anforderungen für Blut und Blutbestandteile. Die europäischen Richtlinien wurden in Deutschland zunächst durch die Hämotherapie-Richtlinie und später durch das AMWHV¹⁵ in nationales Recht umgesetzt. Unter Abschnitt 1 der Hämotherapie-Richtlinie der BÄK wird festgelegt, dass die Richtlinie auch die einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen der Europäischen Union umsetzt. Mit Erlass der AMWHV wurden die Richtlinien schließlich in einer rechtlich verbindlichen Rechtsverordnung umgesetzt.¹⁶

2.2.1 Richtlinie 2002/98/EG

Ziel der Richtlinie ist es, „ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten.“¹⁷ Der Geltungsbereich der Richtlinie umfasst „die Gewinnung und Testung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen unabhängig von deren Verwendungszweck sowie für deren Verarbeitung, Lagerung

¹⁴ Nr. 2.2.1 Hämotherapie-Richtlinie.

¹⁵ Auf die AMWHV wird nicht weiter eingegangen, da sie in § 31 nur zum TFG ergänzende Regelungen für Blutspendeneinrichtungen enthält (Vgl. Pühler/Hübner, MedR, 2015, 703).

¹⁶ Von Auer, Transfus Med Hemother, 2011, 333.

¹⁷ Art. 1 Richtlinie 2002/98/EG.

und Verteilung, sofern sie zur Transfusion bestimmt sind.“¹⁸ Regelungen betreffend die Eignung und der Auswahl der Spender finden sich in Artikel 18 und 19. Die Blutspendeneinrichtungen sind dafür verantwortlich, dass „Verfahren zur Bewertung sämtlicher Spender von Blut und Blutbestandteilen vorhanden sind und dass die Spenderkriterien gemäß Artikel 29 Buchstabe d) erfüllt werden.“¹⁹ Artikel 29 Satz 2 Buchstabe d) legt fest, dass „die Anforderungen betreffend die Eignung von Blut- und Plasmaspendern und das Screening von gespendetem Blut, einschließlich der Ausschlusskriterien und möglicher diesbezüglicher Ausnahmen sowie der Rückstellungskriterien“ von der Kommission festgelegt werden. Dies wurde in der Richtlinie 2004/98/EG der Kommission umgesetzt. Eine vorherige Untersuchung der Blutspender hinsichtlich ihrer Eignung, die eine Befragung einschließt, wird von Artikel 19 vorgeschrieben. Auch diese Vorgabe wird durch die Kommission in der Richtlinie 2004/98/EG hinsichtlich der einzuholenden Informationen konkretisiert. Nahezu selbstverständlich ist die Regelung in Artikel 21 i.V.m. Anhang IV, nach der jede Spende von Blut und Blutbestandteilen vorher auf Infektionen wie HIV 1/2 getestet werden muss.

2.2.2 Richtlinie 2004/33/EG

Die Richtlinie 2004/33/EG regelt insbesondere die Einzelheiten zur Eignung und Auswahl der Spender sowie der Untersuchung der Spender. Art. 3 i.V.m. Nr. 2 Teil B Anhang II legt fest, dass vor jeder Spende der Gesundheitszustand und die Vorerkrankungen zu ermitteln sind. Dies soll mit Hilfe „eines Fragebogens und einer persönlichen Befragung durch einen qualifizierten Angehörigen eines Gesundheitsberufs“²⁰ erfolgen. Dabei sind Informationen einzuholen, „die zur Identifizierung und zum Ausschluss von Personen beitragen können, deren Spende mit einem Gesundheitsrisiko für sie selbst oder mit dem Risiko einer Krankheitsübertragung für anderen verbunden sein könnte.“²¹ Die Ausschlusskriterien sowie die Rückstellungskriterien für Spender werden durch Artikel 4 i.V.m. mit Anhang III der Richtlinie festgelegt. Von der Blutspende sind nach Nr. 2.1 Personen, „deren Sexualverhalten ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt“, ausgeschlossen.

¹⁸ Art. 2 Richtlinie 2002/98/EG.

¹⁹ Art. 18 Richtlinie 2002/98/EG.

²⁰ Nr. 2 Teil B Anhang II Richtlinie 2004/33/EG.

²¹ Nr. 2 Teil B Anhang II Richtlinie 2004/33/EG.

Unter 2.2. werden die Rückstellungskriterien geregelt. Hier ist unter 2.2.2 festgelegt, dass „Personen mit einem Verhalten oder einer Tätigkeit, das/die ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten birgt“, zurückzustellen sind. Diese Rückstellung soll „nach Beendigung des Risikoverhaltens für einen Zeitraum (erfolgen), der je nach Krankheit und Verfügbarkeit geeigneter Tests festgelegt wird.“²²

2.3 Gesetzliche Regelungen in Deutschland

In Deutschland wird die Blutspende durch das Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens (TFG) und durch Richtlinien der Bundesärztekammer geregelt. Zuständige Bundesoberbehörde ist das Paul Ehrlich-Institut (PEI).²³ Für die Epidemiologie ist das Robert Koch-Institut (RKI) zuständig, auf deren Statistiken im weiteren Verlauf der Arbeit zurückgegriffen wird.²⁴ Darüber hinaus ist in § 24 TFG die Bildung eines Arbeitskreises Blut aus entsprechenden Sachverständigen vorgeschrieben, welche die zuständigen Behörden berät und die bei dem Erlass von Verordnungen erforderliche Anhörung wahrnimmt.

2.3.1 Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens

Das TFG wurde 1998 vom Bundestag beschlossen. Den Anstoß für die Novellierung des Transfusionswesens gab der 3. Untersuchungsausschuss des Bundestages zum Blutspende-Skandal in den 80er Jahren.²⁵ Es regelt die Gewinnung und Anwendung von Blut und Blutbestandteilen. Zweck des Gesetzes ist es, „für eine sichere Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen und für eine gesicherte und sichere Versorgung der Bevölkerung mit Blutprodukten zu sorgen“²⁶ und die Selbstversorgung mit Blut und Plasma zu fördern.²⁷ Damit die Sicherheit der gewonnenen Blutspenden garantiert werden kann, stehen vor allem die Auswahl der Blutspender und die Untersuchungen der Blutspenden im Mittelpunkt der Regelungen zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen im Teil II des TFG.²⁸ Die

²² Nr. 2.2.2. Anhang III der Richtlinie 2004/33/EG.

²³ § 27 Abs. 1 TFG.

²⁴ § 27 Abs. 2 TFG.

²⁵ Lippert/Flegel, § 1 Rn. 1.

²⁶ § 1 TFG.

²⁷ § 1 TFG.

²⁸ Lippert/Flegel, § 1 Rn. 6.

Auswahl der Blutspender wird durch § 5 TFG geregelt: Demnach „dürfen nur Personen zur Spendenentnahme zugelassen werden, die unter der Verantwortung einer ärztlichen Person nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik für tauglich befunden worden sind und die Tauglichkeit festgestellt worden ist. Die Zulassung zur Spendenentnahme soll nicht erfolgen, soweit und solange die spendewillige Person nach Richtlinien der Bundesärztekammer von der Spendenentnahme auszuschließen oder zurückzustellen ist.“²⁹ Die Beurteilung der Eignung des Spenders soll durch eine gründliche ärztliche Anamnese, eine gerichtete körperliche Untersuchung sowie durch Laboruntersuchungen festgestellt werden.³⁰ Weiterhin wird festgelegt, dass vor einer Freigabe der Spende die spendende Person mindestens auf HIV-, Hepatitis B- und Hepatitis C-Virus-Infektionsmarker untersucht werden muss.³¹ Die Ergebnisse der Untersuchungen dienen als Beurteilungsgrundlage, ob der Spender zur Blutspende zugelassen wird oder zurückzustellen ist oder gar auszuschließen ist. Alle diese Untersuchungen sollen nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erfolgen.³² Das TFG unterlässt es, selbst den Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik festzulegen und überträgt diese Kompetenz auf die Bundesärztekammer, einen nicht rechtsfähigen Verein.³³ Die Bundesärztekammer kann im Einvernehmen mit der zuständigen Bundesoberbehörde³⁴ ergänzend zu den Vorschriften der Rechtsverordnung nach § 12 TFG³⁵ Richtlinien erlassen, in denen der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik festgelegt wird.³⁶ „Die Einhaltung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und Technik wird vermutet, wenn die Richtlinien der Bundesärztekammer beachtet worden sind.“³⁷

In einem Nebensatz des § 6 Abs. 1 TFG wird dem Spender die Möglichkeit zum vertraulichen Selbstausschluss gegeben. Demnach muss der

²⁹ § 5 Abs. 1 TFG.

³⁰ Nr. 2.1.4.2 Hämotherapie-Richtlinie.

³¹ § 5 Abs. 3 TFG.

³² Das TFG verweist an einer Vielzahl von Stellen auf den Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik, z.B. § 5 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 3 Satz 1 TFG.

³³ Lippert/Flegel, § 12 Rn. 2.

³⁴ Gemäß § 27 Abs. 1 TFG ist das Paul-Ehrlich-Institut die zuständige Bundesoberbehörde.

³⁵ Momentan existieren keine Verordnungen, die nach § 12 TFG erlassen worden sind (von Auer, Transfus Med Hemother, 2011, 332).

³⁶ § 12 a TFG.

³⁷ § 12 a Abs. 2 TFG.

Spender mit der Einwilligung zur Spendenentnahme und Untersuchung gleichzeitig erklären, „dass die Spende verwendbar ist, sofern [er] nicht vom vertraulichen Selbstausschluss Gebrauch macht.“³⁸ Der vertrauliche Selbstausschluss eröffnet dem Spender nach der Spendenentnahme die Möglichkeit, seine Spende ohne Angaben von Gründen nicht zur Transfusion zuzulassen.³⁹ Der vertrauliche Selbstausschluss soll Personen, die aufgrund persönlicher Verhaltensweisen ein erhöhtes Infektionsrisiko haben und daher nach den Regelungen der Hämotherapie-Richtlinie von der Blutspende auszuschließen oder zumindest zurückzustellen sind, vor offener Diskriminierung schützen, wenn sie im Rahmen einer größeren Gruppe aus gesellschaftlichen Gründen an einer Blutspendenaktion teilnehmen.⁴⁰ Neben dem Schutz der Privatsphäre der einzelnen Personen soll auch die Sicherheit der Blutspenden durch den vertraulichen Selbstausschluss gesteigert werden.⁴¹ So kann vermieden werden, dass sich Personen im Rahmen der Untersuchung, z.B. hinsichtlich ihrer sexuellen Orientierung, outen müssen und gleichzeitig kann das Risiko einer Infektionsübertragung durch die Spenden eines ungeeigneten Spenders ausgeschlossen werden.

2.3.2 Hämotherapie-Richtlinie

Wie bereits ausgeführt, verweist das TFG bei fachlichen Fragen und Anforderungen, insbesondere in Bezug auf Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik, auf Regelungen, die durch die Bundesärztekammer im Einvernehmen mit dem PEI in Form von Richtlinien erlassen werden. Die Richtlinien zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen und zur Anwendung von Blutprodukten (Hämotherapie) wurden gemäß §§ 12a u. 18 TFG⁴² von der Bundesärztekammer im Einvernehmen mit dem PEI erstmals 2005 veröffentlicht und erfuhren 2007 eine erste Richtlinienanpassung. Eine zweite Richtlinienanpassung erfolgte 2010.⁴³ Diese Richtlinien stellen gemäß § 12 a und 18 TFG den allgemeinen anerkannten Stand der

³⁸ § 6 Abs. 1 Satz 3 TFG.

³⁹ AK Blut/ BÄK, „Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten“, S. 37 in Fn. 24.

⁴⁰ AK Blut/ BÄK, „Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten“, S. 37 in Fn- 24; Lippert/Flegel, § 6 Rn. 16.

⁴¹ Lippert/Flegel, § 6 Rn. 16.

⁴² § 12 a TFG gilt für Abschnitt II die Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen; § 18 TFG gilt für Abschnitt III die Anwendung von Blut und Blutbestandteilen.

⁴³ Hoppe/Cichutek/Scriba, Vorwort zur Hämotherapie-Richtlinie, S. 2.

medizinischen Wissenschaft und Technik zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen und zur Anwendung von Blutprodukten fest, ohne dabei zwingendes Recht festzusetzen.⁴⁴ Die einschlägigen Richtlinien⁴⁵ und Empfehlungen der Europäischen Union werden in den Hämotherapie-Richtlinien umgesetzt.⁴⁶

Die Richtlinien befassen sich u.a. in Kapitel 2 mit „der Spendertauglichkeit des Blutspenders, der Blutentnahme einschließlich der immunhämato-logischen und infektionsserologischen Untersuchungen sowie der Eigenblutentnahme.“⁴⁷ Der Gesundheitszustand und relevante Vorerkrankungen des Spenders sollen mit Hilfe eines Fragebogens und einer persönlichen Befragung festgestellt werden, um Informationen zu erhalten, die „zum Ausschluss von Personen beitragen können, deren Spende mit einem Gesundheitsrisiko für sie selbst oder mit dem Risiko einer Krankheitsübertragung für andere verbunden sein könnte.“⁴⁸ Darüber hinaus ist vor der Aufnahme der Spendertätigkeit bzw. vor jeder Spendenentnahme die Eignung⁴⁹ und die Tauglichkeit⁵⁰ der spendewilligen Person als Spender mittels einer ärztlichen Anamnese, einer gerichteten bzw. orientierenden körperlichen Untersuchung und einer Laboruntersuchung durch einen Arzt festzustellen. Diese ärztliche Beurteilung bildet die Grundlage für die Entscheidung, ob eine Person „zur Blutspende zugelassen werden kann oder vorübergehend zurückgestellt oder ausgeschlossen werden muss.“⁵¹ Demnach ist vor jeder Spende zu prüfen, ob eine der genannten Ausschlusskriterien⁵² oder Rückstellungskriterien⁵³ vorliegt. Unter Nr. 2.2.1 der Richtlinie findet sich nicht nur der Ausschluss von Personen, bei denen beispielsweise HIV-1 oder HIV-2 nachgewiesen wurde, sondern auch „Personen, deren Sexualverhalten ein gegenüber der Allgemeinbevölkerung deutlich erhöhtes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten, wie HBC, HCV oder HIV bergen.“ Die Richtlinie führt dazu einen abschließenden Katalog auf, welche Sexualverhalten da-

⁴⁴ Vgl. von Auer, *Transfus Med Hemother*, 2011, 331.

⁴⁵ Richtlinie 2002/98/EG und Richtlinie 2004/33/EG.

⁴⁶ Nr. 1 Hämotherapie-Richtlinie.

⁴⁷ Nr. 1.3 der Hämotherapie Richtlinie.

⁴⁸ Nr. 2.1.3 Hämotherapie Richtlinie.

⁴⁹ Nr. 2.1.4.1 Hämotherapie Richtlinie.

⁵⁰ Nr. 2.1.4.2 Hämotherapie Richtlinie.

⁵¹ Nr. 2.1.4.2 Hämotherapie Richtlinie.

⁵² Nr. 2.2.1 Hämotherapie-Richtlinie.

⁵³ Nr. 2.2.2 Hämotherapie Richtlinie.

von erfasst werden. Dies sind „heterosexuelle Personen mit sexuellem Risikoverhalten, z.B. Geschlechtsverkehr mit häufig wechselnden Partnern“, und „Männer, die Sexualverkehr mit Männern haben“ sowie „männliche und weibliche Prostituierte“.⁵⁴ Unter den Rückstellungskriterien ist unter anderem geregelt, dass Personen, nachdem sie „intimen Kontakt mit Personen, die einer Gruppe mit erhöhtem Infektionsrisiko für HBC, HCV und HIV angehören“, hatten, für 4 Monate zurückzustellen sind.⁵⁵ Die Möglichkeit, anhand des individuellen Sexualverhaltens einer Person, die nach Nr. 2.2.1 aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe mit erhöhtem Infektionsrisiko von der Blutspende auszuschließen wären, eine Ausnahme von dem Grundsatz zu machen, z.B. eine befristete Rückstellung oder gar die Zulassung als Spender vorzunehmen, sieht die Richtlinie grundsätzlich nicht vor. Das TFG eröffne jedoch die Möglichkeit von den Bestimmungen in der Hämotherapie-Richtlinie abzuweichen, da es sich in § 5 Abs. 1 S. 3 TFG nur um eine Soll-Vorschrift handle.⁵⁶ Die Vermutung nach § 12 a Abs. 2 TFG, dass bei Beachtung der Richtlinien der BÄK der anerkannte Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und Technik eingehalten worden ist, sei widerlegbar.⁵⁷ So könne in einem gut begründeten Ausnahmefall oder nach einer Änderung der wissenschaftlichen Erkenntnisse auch etwas anderes gelten.⁵⁸

2.4 Blutspende-Skandal 1993

Das Transfusionsgesetz wurde 1998 als Konsequenz aus dem Blutspende-Skandal von 1993 und auf Betreiben des hierzu eingesetzten 3. Untersuchungsausschusses des Bundestages erlassen.⁵⁹ Denn im Jahr 1993 wurde bekannt, dass sich in den 1980er-Jahren fast 2000 Menschen durch Blutprodukte mit HIV infiziert hatten.⁶⁰ Horst Seehofer, damals Bundesgesundheitsminister, erfuhr 1993, dass das Bundesgesundheitsamt bereits ein halbes Jahr vor Bekanntwerden von HIV-positiven Spenden wusste.⁶¹ In

⁵⁴ Nr. 2.2.1 Hämotherapie Richtlinie.

⁵⁵ Nr. 2.2.2 Hämotherapie Richtlinie.

⁵⁶ Von Auer, Transfus Med Hemother, 2011, 332.

⁵⁷ Von Auer, Transfus Med Hemother, 2011, 332.

⁵⁸ Von Auer, Transfus Med Hemother, 2011, 332.

⁵⁹ Lippert/Flegel, § 1 Rn. 1.

⁶⁰ Deutsche Aids-Hilfe, Stiftung für HIV-infizierte Bluter droht das Geld auszugehen.

⁶¹ Focus Magazin, Aids-Skandal – Tödlicher Cocktail.

Folge dessen wurde das BGA aufgelöst und der Untersuchungsausschuss eingesetzt.⁶² Weiterhin wurde durch das Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen (HIV-Hilfegesetz) eine gesetzliche Basis für die Entschädigung der Opfer⁶³ sowie die Gründung einer Stiftung des Bundes, der Humanitären Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen,⁶⁴ geschaffen.

⁶² ÄrzteZeitung, HIV-Skandal um Blutprodukte: Seehofer zerschlägt BGA.

⁶³ § 1 HIV-Hilfegesetz.

⁶⁴ § 3 HIV-Hilfegesetz.

3 Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung

3.1 Diskriminierung in unserer heutigen Gesellschaft

Die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ist keineswegs eine Erscheinung der Vergangenheit. Auch heute noch werden Menschen in aller Welt aufgrund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert. Deutschland stellt keine Ausnahme dar: Nach einer Umfrage der Europäischen Agentur für Menschenrechte gaben 46 % der Befragten an, im vergangenen Jahr aufgrund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert worden zu sein. Damit liegt Deutschland im Ländervergleich im Mittelfeld.⁶⁵

3.2 Diskriminierung

Der Begriff Diskriminierung ist auf das lateinische Wort „discriminare“ zurückzuführen. „Discriminare“ bedeutet übersetzt trennen bzw. absondern.⁶⁶ Demnach kommt dem Begriff diskriminieren bzw. Diskriminierung in der ursprünglichen Form die Bedeutung zu, dass etwas voneinander abgetrennt oder unterschieden wird. An dieser Stelle erfährt der Begriff noch keine positive oder negative Qualifikation.⁶⁷ Welchen Wandel die Bedeutung des Begriffs „Diskriminierung“ im heutigen Sprachgebrauch erfahren hat, zeigen die gebräuchlichen Synonyme wie „Benachteiligung“, „Demütigung“, „Entehrung“, „Entwürdigung“, „Erniedrigung“, „Herabsetzung“, „Herabwürdigung“ und „ungerechte Behandlung“.⁶⁸ Damit kommt dem Wort „Diskriminierung“ heute zweifelsohne eine negative Bedeutung zu.⁶⁹

„Eine Diskriminierung im rechtlichen Sinne ist eine Ungleichbehandlung einer Person aufgrund einer (oder mehrerer) rechtlich geschützter Diskriminierungskategorien ohne einen sachlichen Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigt.“⁷⁰

⁶⁵ ZEIT Online, Die meisten Homosexuellen verheimlichen ihre Neigung; Janker, EU-Studie zu Homosexuellen, „Ich werde gedemütigt, geschlagen und beschimpft“.

⁶⁶ Brockhaus, Schlagwort „diskriminieren“, S. 376.

⁶⁷ Plötscher, § 1 A I (S. 26).

⁶⁸ Duden, das Synonymwörterbuch, Schlagwort „Diskriminierung“.

⁶⁹ So auch Plötscher, § 1 A I (S. 27).

⁷⁰ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 33.

Für das Vorliegen einer Diskriminierung müssen also folgende Tatbestandsmerkmale erfüllt sein:

1. (benachteiligende) Ungleichbehandlung
2. (rechtliche geschützte) Diskriminierungskategorie
3. keine Rechtfertigungsgründe.

Es wird zwischen zwei Arten von Diskriminierungen unterschieden:

1. Unmittelbare Diskriminierung
2. Mittelbare Diskriminierung

Es gibt eine Vielzahl von rechtlich geschützten Diskriminierungskategorien, die von unterschiedlichen Rechtsvorschriften geschützt werden. Dazu gehören beispielsweise: das Geschlecht, die Rasse, die Hautfarbe, die ethnische oder soziale Herkunft, die genetischen Merkmale, die Sprache, die Religion oder Weltanschauung, die politische oder sonstige Anschauung, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, die Geburt, eine Behinderung, das Alter oder die sexuelle Ausrichtung.⁷¹

3.2.1 Unmittelbar

Die Begriffe unmittelbare und mittelbare Diskriminierung wurde jeweils in den Gleichbehandlungsrichtlinien⁷² der EU definiert. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt demnach vor, „wenn eine Person aufgrund [eines Diskriminierungsmerkmals] in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“⁷³ Die differenzierende Maßnahme knüpft also auf der Tatbestandseite direkt an ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal an.⁷⁴

3.2.2 Mittelbar

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen [die ein Diskriminierungsmerkmal erfüllen] gegenüber anderen Personen in besonderer

⁷¹ Hier wurde beispielhaft der Katalog des Diskriminierungsverbotes aus Art. 21 GRC angeführt.

⁷² Zu den Gleichbehandlungsrichtlinien gehören die RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG, RL 2002/73/EG und RL 2004/113/EG (Meyer, Art. 21 Fn. 150).

⁷³ Art. 2 a Gleichbehandlungsrichtlinien.

⁷⁴ Meyer/Hölscheidt, Art. 21 Rn. 28 a.

Weise benachteiligen können [...].⁷⁵ Hierbei ist es entscheidend, dass es im Ergebnis der Regelung zu einer verbotenen Benachteiligung aufgrund eines geschützten Diskriminierungsmerkmals kommt.⁷⁶

3.3 Sexuelle Orientierung

Der Begriff der sexuellen Orientierung wird nicht im Gesetz definiert.⁷⁷ Jedoch hat eine internationale Gruppe von Expertinnen und Experten für Menschenrechte Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und die geschlechtliche Identität festgelegt. Diese Prinzipien werden nach ihrem Entstehungsort Yogyakarta-Prinzipien benannt.⁷⁸ Die Expertinnen und Experten der Yogyakarta-Prinzipien „verstehen unter „sexueller Orientierung“ die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuelle intensiv zu Personen desselben oder eines anderen Geschlechts oder mehr als einen Geschlechts hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen.“⁷⁹ In deutschen Übersetzungen europäischer Regelungen wird in der Regel der Begriff der sexuellen Ausrichtung verwendet.⁸⁰ Die Begriffe „sexuelle Orientierung“ und „sexuelle Ausrichtung“ sind synonym. In der vorliegenden Arbeit wird aber einheitlich der Begriff der „sexuellen Orientierung“ verwendet.

3.4 Rechtliche Regelungen zum Diskriminierungsschutz

Zum Schutz vor Diskriminierung existiert eine Reihe von Vorschriften sowohl auf völkerrechtlicher und europarechtlicher Ebene als auch auf deutscher Ebene. Im Folgenden werden die für den konkreten Sachverhalt der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung einschlägigen Normen zusammengestellt und erörtert.

⁷⁵ Art. 2 b Gleichbehandlungsrichtlinien.

⁷⁶ Meyer/Hölscheidt, Art. 21 Rn. 28 b.

⁷⁷ Adamietz, S. 27.

⁷⁸ Yogyakarta-Prinzipien, S. 12.

⁷⁹ Präambel der Yogyakarta-Prinzipien, S. 13.

⁸⁰ Adamietz, S. 27.

3.4.1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Im internationalen Völkerrecht ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) hervorzuheben. Sie entstand nach dem zweiten Weltkrieg im Zusammenhang mit der Entstehung des Europarats und trat am 3. September 1953 in Kraft.⁸¹ Normalerweise haben völkerrechtliche Verträge das Verhältnis zwischen Staaten zum Regelungsgegenstand. Die EMRK als Menschenrechtsvertrag stellte eine Ausnahme von den übrigen völkerrechtlichen Verträgen dar, da sie die Beziehung zwischen Individuen, die sich auf Menschenrechte berufen, und Staaten, die zur Einhaltung der Menschenrechte verpflichtet sind, regeln.⁸² Eine Verletzung der Freiheiten und Rechte der EMRK kann vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nach Rechtswegerschöpfung bei den nationalen Gerichten in Form einer Individualbeschwerde geltend gemacht werden.⁸³ Die Stellung der EMRK im Rechtssystem der Mitgliedsstaaten ist indes unterschiedlich.⁸⁴ In Deutschland hat die EMRK den Rang eines einfachen Gesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 GG ohne gegenüber diesem einen Vorrang zu haben.⁸⁵ Eine Verletzung der EMRK kann nicht unmittelbar im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG geltend gemacht werden. „Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.“⁸⁶ Damit kann ein Verstoß gegen die Rechte und Freiheiten aus der EMRK mittelbar durch eine Verfassungsbeschwerde gegen das korrespondierende Grundrecht des Grundgesetzes geprüft werden, in dem das BVerfG die Wertungen der Garantien der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR als Maßstab heranzieht.⁸⁷

In Artikel 14 EMRK ist das Diskriminierungsverbot festgelegt. „Der Genuss, der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten, ist ohne

⁸¹ Vgl. Grabenwarter/Pabel, § 1 Rn. 1ff; Kluth, § 2 C).

⁸² Grabenwarter/Pabel, § 2 Rn. 1; Nur Österreich hat die EMRK in den Rang der Verfassung gehoben (Grabenwarter/Pabel, § 3 Rn. 2).

⁸³ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 13; Adamietz, S. 50; Kluth, § 2 C).

⁸⁴ Grabenwarter/Pabel, § 3 Rn. 1.

⁸⁵ Grabenwarter/Pabel, § 3, Rn. 6

⁸⁶ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 04. Mai 2011- 2 BvR 2365/09 - Rn. (1-178), online auf der Seite des BVerfG.

⁸⁷ So auch Grabenwarter/Pabel, § 3 Rn 8.

Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“⁸⁸ Damit wird jegliche Diskriminierung in Bezug auf die in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten untersagt. Demzufolge kann eine Diskriminierung gemäß Artikel 14 EMRK nur in Verbindung mit einem anderen Konventionsrecht geltend gemacht werden. Dies ist der Fall, wenn der Sachverhalt, der der Diskriminierung zu Grunde liegt, in den Regelungsbereich einer der Freiheiten und Rechte der Konventionen fällt.⁸⁹ Art. 14 EMRK enthält einen nicht abschließenden Katalog von 17 geschützten Diskriminierungskategorien.⁹⁰ Die Diskriminierungskategorie der sexuellen Orientierung ist nicht im Katalog des Art. 14 EMRK zu finden. Die Aufnahme dieses Diskriminierungsgrundes als ungeschriebener Bestandteil des Art. 14. EMRK erfolgt durch die ständige Rechtsprechung des EGMR, welcher eine Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung regelmäßig als Verstoß gegen Art. 14 EMRK wertet.⁹¹ Allerdings stellt eine differenzierende Maßnahme des Staates nur ein Verstoß gegen Art. 14 EMRK dar, wenn es keinen objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrund für das Handeln gibt.⁹² „Eine unterschiedliche Behandlung bei der Ausübung eines von der Konvention garantierten Rechts muss nicht nur einem rechtmäßigen Zweck dienen: Art. 14 ist auch dann verletzt, wenn eindeutig feststeht, dass die eingesetzten Mittel in keinem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen.“⁹³ Somit ist auch an dieser Stelle der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

3.4.2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)

Auf europäischer Ebene unterscheidet man zwischen Primär- und Sekundärrecht. Zum Primärrecht gehören der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

⁸⁸ Art. 14 EMRK.

⁸⁹ Grabenwarter/Pabel, § 26 Rn. 2; Adamietz, S. 50.

⁹⁰ Adamietz, S. 51.

⁹¹ Adamietz, S. 51 f.; so der EGMR, „Salgueiro da Silva Mouta ./ Portugal, Urteil vom 21.12.1999, „S.L. ./ Österreich“, Urteil vom 09.01.2003, „Fretté ./ Frankreich, Urteil vom 26.02.2002, „Karner ./ Österreich, Urteil vom 24.07.2003.

⁹² Grabenwarter/Pabel, § 26, Rn. 9.

⁹³ EGMR, Belgischer Sprachenfall, Urteil vom 23. Juli 1968 – 1474/62, 4. Orientierungssatz, zitiert nach juris.

(AEUV) und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union.⁹⁴ Primärrecht ist in den Mitgliedsstaaten unmittelbar geltendes Recht.⁹⁵ Zum Sekundärrecht gehören Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen, Beschlüsse und Mitteilungen. Im Bereich des Diskriminierungsschutzes gibt es eine Vielzahl an europäischen Richtlinien. Diese Richtlinien gelten aber nicht unmittelbar in den Mitgliedsstaaten, sondern müssen erst von diesen in nationales Recht umgesetzt werden.⁹⁶

Der AEUV enthält eine Reihe von Normen, die die Organe der EU dazu verpflichten, Diskriminierung entgegen zu wirken und zu bekämpfen. Diese Normen entfalten keinen unmittelbaren Anspruch des Bürgers, sondern dienen lediglich als Ermächtigungsgrundlage für die Organe der EU, geeignete Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung zu treffen.⁹⁷ Gemäß Artikel 10 AEUV zielt die Union „bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen [...] der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ Im Rahmen der Zuständigkeit der Union ermächtigt Artikel 19 AEUV den Rat und das Parlament geeignete Vorkehrungen und Fördermaßnahmen zu treffen, um Diskriminierung u.a. aus Gründen der „sexuellen Ausrichtung“ zu bekämpfen.

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union enthält in Art. 21 Abs. 1 ein umfassendes Diskriminierungsverbot: „Diskriminierungen, insbesondere wegen [...] der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.“ Insgesamt zählt der Art. 21 Abs. 1 GRC 17 verbotene Diskriminierungskategorien auf, wobei dieser Katalog nicht abschließend ist. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und die dort anerkannten Grundrechte und Freiheiten gelten „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzip und für die Mitgliedsstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.“⁹⁸ Auch eine Diskriminierung aufgrund eines in Art. 21 Abs. 1 ge-

⁹⁴ Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union gehört erst seit dem Vertrag von Lissabon zum Primärrecht der EU (Art. 6 Abs. 1 EUV). Sauer, § 8, Rn. .3.

⁹⁵ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 14.

⁹⁶ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 15.

⁹⁷ So auch Meyer/Höscheidt, Artikel 21, Rn. 3 a); Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 14.

⁹⁸ Art. 51 Abs. 1 GRC.

nannten Merkmale kann grundsätzlich gerechtfertigt sein.⁹⁹ Der Grundrechtskonvent hat in Art. 52 GRC ein umfangreiches Schrankensystem und vollständigen Interpretationsrahmen festgelegt.¹⁰⁰ Mit Artikel 52 sollen die Tragweite der Rechte und Grundsätze der Charta und Regeln für ihre Auslegung festgelegt werden.¹⁰¹ Die Voraussetzungen, unter denen eine Diskriminierung nach Art. 21 Abs. 1 GRC gerechtfertigt sein kann, ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 GRC. „Einschränkungen der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten dürfen nur vorgenommen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen und den Wesensgehalt der Rechte und Freiheiten wahren.“ Weiterhin dürfen „Einschränkungen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur erfolgen, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“¹⁰² Daraus lassen sich mehrere Anforderungen, die an die Rechtmäßigkeit einer Einschränkung gestellt werden ableiten: Gesetzesvorbehalt, zulässiger Zweck, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Wesensgehaltsgarantie.¹⁰³ In diesem Fall findet die allgemeine Auffangregelung aus Absatz 1 Anwendung, da weder die speziellen Regelungen aus Absatz 2 noch aus Absatz 3 anwendbar sind. Art. 21 GRC ist weder ein Recht, das bereits ausdrücklich im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft garantiert gewesen ist oder in den heutigen Verträgen zu finden ist, noch unter den Rechten aufgeführt ist, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie der EMRK i.S.v. Absatz 3 entsprechen.¹⁰⁴

Dadurch, dass das Primärrecht unmittelbar geltendes Recht für die Mitgliedsstaaten ist, kann ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 Abs. 1 GRC nicht nur vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, sondern auch vor nationalen Gerichten in ihrer Ausgestaltung als funktionale Unionsgerichte eingeklagt werden.¹⁰⁵ Ist sich das nationale Gericht hinsichtlich der Vereinbarkeit von nationalen und europäischen Regelun-

⁹⁹ Meyer/Hölscheidt, Art. 21, Rn. 29.

¹⁰⁰ Meyer/Borowsky, Art. 52, Rn. 1.

¹⁰¹ Erläuterung zu Artikel 52 GRC; so auch in EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 51.

¹⁰² Art. 52 Abs. 1 GRC

¹⁰³ Meyer/Borowsky, Art. 52, Rn. 19, 4. Auflage.

¹⁰⁴ Ergibt sich aus den Erläuterungen zu Art. 52 und Art. 21 „sexuelle Orientierung“ GRC.

¹⁰⁵ Vgl. Meyer/Borowsky, Vorwort VII, Rn. 13.

gen unsicher, kann das Gericht zur Klärung der Sache den Rechtsstreit aussetzen und die Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorlegen.¹⁰⁶ Dies ist das sog. Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Auch das der Arbeit zugrunde liegende Urteil entstammt einem Vorabentscheidungsverfahren.

Auf europäische Richtlinien zum Diskriminierungsschutz wird aufgrund ihrer mangelnden Bedeutung für die vorliegende Arbeit nicht weiter eingegangen.

3.4.3 Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

Im deutschen Recht ist auf verfassungsrechtlicher Ebene auf die Grundrechte aus dem Grundgesetz (GG) einzugehen. Die Grundrechte übernehmen dabei eine Multifunktionalität: Sie können sowohl Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat, als auch Schutzrechte als Anspruch auf staatlichen Schutz gegenüber Übergriffen Privater sowie in Einzelfällen Leistungsrechte darstellen.¹⁰⁷

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“¹⁰⁸ Dies ist der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes aus Art. 3 Abs. 1 GG. Nach der neueren Rechtsprechung stellt Art. 3 Abs. 1 GG ein subjektives Grundrecht des Einzelnen dar, auf das er sich berufen kann, und nicht mehr nur eine objektive Rechtsgarantie, die nur im Zusammenhang mit anderen Grundrechten geltend gemacht werden kann.¹⁰⁹ Bisher galt, dass kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorlag, wenn sich für die gesetzliche Maßnahme ein sachlich begründeter Grund finden lässt und sie daher als willkürlich zu bezeichnen ist.¹¹⁰ Der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht nach ist der allgemeine Gleichheitssatz dann verletzt, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnte.“¹¹¹ Allerdings setzt auch das Bundesverfas-

¹⁰⁶ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 16 f.

¹⁰⁷ Näheres hierzu Kluth, § 6 B) (S. 94 f.).

¹⁰⁸ Art. 3 Abs. 1 GG.

¹⁰⁹ Kluth, § 42 B) II (S. 265).

¹¹⁰ Sog. Willkürverbot, Kluth, § 42 B) II (S. 265 f.).

¹¹¹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 2310/06, Rn. 38 (1-64), m.w.N., online auf der Seite des BVerfG.

sungsgericht in Abhängigkeit der Einzelfallkonstellation unterschiedliche Anforderungen an den Art. 3 Abs. 1 GG. „Aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsgrund unterschiedliche Anforderungen an gesetzliche Vorschriften, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.“¹¹² Bei Ungleichbehandlungen von geringer Intensität bzw. geringer Grundrechtserheblichkeit des staatlichen Handelns agiert der Gleichheitssatz lediglich als Willkürverbot, sodass schon irgendein sachlicher Grund als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung ausreicht. Bei Ungleichbehandlungen größerer Intensität muss laut dem Bundesverfassungsgericht ein gewichtiger sachlicher Grund vorliegen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.¹¹³ Wenn eine Ungleichbehandlung an personenbezogene Merkmale anknüpft, wird eine eher strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit seitens des BVerfG angesetzt.¹¹⁴

Über den Art. 3 Abs. 1 GG hinaus finden sich in Art. 3 Abs. 2 und 3 weitere besondere Diskriminierungsverbote. So schreibt Art. 3 Abs. 2 GG die Gleichbehandlung von Männern und Frauen vor bzw. verbietet eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Art. 3 Abs. 3 GG enthält einen abschließenden Katalog von verbotenen Diskriminierungskategorien.¹¹⁵ Zu den Diskriminierungskategorien aus Art. 3 Abs. 3 GG zählen das Geschlecht, die Abstammung, die Rasse, die Sprache, die Heimat und Herkunft, der Glaube, die religiöse oder politische Weltanschauung sowie die Behinderung in Satz 2. Die Diskriminierungskategorie „sexuelle Orientierung“ wird von dem Katalog des Art. 3 Abs. 3 nicht erfasst. Die „sexuelle Orientierung“ durch eine Ausweitung des Merkmals „Geschlechts“ in den Katalog zu integrieren, wird im Schrifttum abgelehnt.¹¹⁶ Eine Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung kann somit nur über den Art. 3 Abs. 1 GG eingeklagt werden, welcher einen geringeren Rechtfertigungsmaßstab als ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG erfordert.¹¹⁷

¹¹² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 2310/06, Rn. 38 (1-64), m.w.N., online auf der Seite des BVerfG.

¹¹³ Kluth, § 42 C) (S. 266 f.).

¹¹⁴ Manssen, § 34, Rn. 855.

¹¹⁵ Kluth, § 43 C) II (S. 272).

¹¹⁶ Kluth, § 43 C) II (S. 272).

¹¹⁷ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 66.

Es gibt sowohl auf Bundes- als auch auf Länderebene Bestrebungen, den Katalog des Art. 3 Abs. 1 GG um den Begriff der „sexuellen Orientierung“ zu erweitern. So reichten die Landesregierungen von Berlin, Hamburg und Bremen am 29. September 2009 eine entsprechende Bundesratsinitiative ein.¹¹⁸ Diese scheiterte jedoch. Bisher hat nur Thüringen in seiner Landesverfassung die „sexuelle Orientierung“ in das besondere Diskriminierungsverbot aufgenommen.¹¹⁹

Im Bereich des Diskriminierungsschutzes auf einfach gesetzlicher Ebene nimmt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) eine zentrale Rolle ein. Der deutsche Gesetzgeber hat in dem AGG eine Reihe von europäischen Richtlinien zum Diskriminierungsschutz im Bereich Beschäftigung und Beruf und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen umgesetzt. Aus Gründen der mangelnden Bedeutung für die weitere Arbeit wird auf eine nähere Ausführung, wie auch bei den Gleichbehandlungsrichtlinien, verzichtet.

3.5 Meinung der Bundesregierung

Fraglich ist nun, ob der Ausschluss von MSM eine Diskriminierung im rechtlichen Sinne darstellt und von welchen Normen diese geschützt wird. In einer kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 04.10.2010 wurde nach der Vereinbarkeit des Ausschlusses von MSM mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und dem Diskriminierungsverbot aus Artikel 21 GRC gefragt.¹²⁰ Die Antwort der Bundesregierung erweist sich als unzureichend. Es wird weder auf ein Verstoß des Art. 3 Abs. 1 GG noch auf ein Verstoß des Art. 21 GRC eingegangen, da der Ausschluss nicht an die sexuelle Orientierung anknüpfe.¹²¹ Nach der Richtlinienanpassung vom 10. Juli 2010 werde Homosexualität von Männern nicht mehr ausdrücklich als Ausschlusskriterium genannt. Die neue Formulierung der Ausschlusskriterien stelle auf das risikobezogene Sexualverhalten ab, sodass nicht die sexuelle Orientierung maßgeblich sei, sondern das durch das Sexualverhalten erhöhte Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten.¹²² Die Bundesregierung sieht den Ausschluss von MSM durch statistische Daten, die ein höheres Infektionsrisiko von MSM ge-

¹¹⁸ LSVD, Chronik der LSVD-Kampagne zur Ergänzung von Artikel 3.

¹¹⁹ Art. 2 Abs. 3 Verfassung des Freistaates Thüringen.

¹²⁰ BT-Drs. 17/3185, Frg. 1.

¹²¹ BT-Drs. 17/3568, S. 3.

¹²² BT-Drs. 17/3568, S. 3.

genüber der Allgemeinbevölkerung belegen, gerechtfertigt. Zumal sie mit der Regelung die Richtlinie 2004/33/EG der Kommission vom 22. März 2004, wonach Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt, annähernd wörtlich umgesetzt habe.¹²³

Von der Bundesregierung unbeachtet bleibt, dass Männer, die Sexualverkehr mit Männern hatten, kategorisch aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit ausgeschlossen werden, ohne dabei auf ihr **tatsächliches** Sexualverhalten, welches risikobehaftet sein **kann**, abzustellen.¹²⁴ Zwar ist es durch epidemiologische Daten¹²⁵ belegbar, dass MSM grundsätzlich ein gegenüber der Allgemeinbevölkerung höheres Risiko für eine HIV-Infektion aufweisen. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber nicht, dass jeder Mann, der eine sexuelle Beziehung zu einem Mann hatte, aufgrund seines Sexualverhaltens ein erhöhtes Risiko aufweist, da hierfür das individuelle Sexualverhalten entscheidend ist, z.B. häufiger Partnerwechsel. Da sich die Gruppenzugehörigkeit zur Risikogruppe der MSM, die von der Blutspende ausgeschlossen werden, allein aus der sexuellen Orientierung der Männer ergibt, kann sich daraus eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ergeben.

Mit der Frage, ob der Ausschluss für MSM von der Blutspende gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRC verstößt, beschäftigte sich der EuGH im Rahmen seines Urteils C-528/13 zur Rechtssache „Léger“.

¹²³ BT-Drs. 17/3568, S. 3.

¹²⁴ So trägt dies auch DIE LINKE in ihrer kleinen Anfrage vor. BTDr. 17/3185.

¹²⁵ Dies wird in Kapitel 5 näher untersucht.

4 EuGH-Urteil C-528/13

Der Ausschluss für MSM von der Blutspende wurde für den EuGH in dem Rechtsstreit C-528/13 zum Gegenstand. Im Rahmen dieses Vorabentscheidungsverfahrens wurden Fragen zur Auslegung der europäischen Richtlinie 2004/33/EG und zur Auslegung der Vereinbarkeit des Ausschlusses mit den Grundrechten der Europäischen Union, insbesondere Art. 21 GRC, geklärt.¹²⁶

4.1 Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren zählt zu den bedeutendsten Möglichkeiten des Europäischen Gerichtshofs seinen Auftrag gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, nämlich die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“, wahrzunehmen.¹²⁷ Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens ist es, die einheitliche Auslegung, d.h. die Rechtseinheit und Rechtskohärenz, des Unionsrechts zu gewährleisten.¹²⁸ Demnach entscheidet der EuGH „im Wege der Vorabentscheidung über a) die Auslegung der Verträge und b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.“¹²⁹ Dabei bildet das Vorabentscheidungsverfahren jedoch kein selbstständiges Verfahren. Vielmehr ist es als ein Zwischenverfahren eines bei einem mitgliedstaatlichen Gericht anhängigen Rechtsstreites, in dem Unionsrechtsnormen angewendet werden müssen, anzusehen.¹³⁰ Dem EuGH können Fragen bezüglich der Auslegung der Verträge, der Gültigkeit und der Auslegung von Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union vorgelegt werden.¹³¹ Im Folgenden wird der Schwerpunkt aufgrund des Bezuges zur Rechtssache C-528/13 nur auf Auslegungsfragen gelegt.

Sieht das nationale Gericht Probleme bei der Auslegung der Unionsrechtsnormen und ist diese Auslegung entscheidungserheblich¹³², kann das Gericht dem EuGH die Auslegungsfrage vorlegen und das nationale Verfah-

¹²⁶ Vgl. Pressemitteilung Nr. 46/15.

¹²⁷ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, Art 267 AEUV, Rn. 4; Pechstein, Rn. 741.

¹²⁸ Vgl. Pechstein, Rn. 743, 748. Zur weiteren Funktion als Individualrechtsschutz siehe ausführlich Pechstein, Rn. 551.

¹²⁹ Art. 267 Abs. 1 AEUV.

¹³⁰ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, Art. 234 EGV, Rn. 3; Pechstein, Rn. 744.

¹³¹ Ergibt sich aus Art. 267 Abs. 1 AEUV.

¹³² Ausführlich in Karpenstein, in: Grabitz/Hilf Art. 267 AEUV, Rn. 25.

ren solange aussetzen, bis der der EuGH die Auslegungsfrage geklärt hat.¹³³ In seinem Urteil zum Vorabentscheidungsverfahren legt der EuGH den Auslegungsmaßstab für die Unionrechtsnorm fest, welchen das mitgliedstaatliche Gericht sodann in seiner Entscheidung auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendet.¹³⁴

Der AEUV legt indes nicht die Rechtswirkung des Vorabentscheidungsverfahrens fest.¹³⁵ Grundsätzlich wird zwischen der Rechtskraftwirkung und der Bindungswirkung unterschieden. Die Rechtskraftwirkung bezeichnet die Bindung der Parteien an das ergangene Urteil, wo hingegen die Bindungswirkung die allgemeine Bindung an den Urteilsspruch beschreibt.¹³⁶ Für das vorlegende Gericht ist die Entscheidung des EuGH verbindlich. Darüber hinaus erstreckt sich die Bindungswirkung des Urteils auf alle Instanzgerichte, die in der gleichen Rechtssache zu entscheiden haben, da eine erneute Vorlage in derselben Angelegenheit nicht zulässig ist.¹³⁷ Ausnahmen von diesem Grundsatz sind zulässig, soweit es um neu aufkommende Fragen geht oder neue Gesichtspunkte aufgetaucht sind, die eine andere Beurteilung des EuGH in Betracht ziehen lassen.¹³⁸

Außerhalb des Ausgangsverfahrens entfaltet das Auslegungsurteil nur eine eingeschränkte Bindungswirkung.¹³⁹ Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind dazu verpflichtet, die Auslegung des EuGH der Unionrechtsnormen auch auf andere Rechtsverhältnisse und Rechtsstreitigkeiten anzuwenden. Somit wird eine selbstständige Abweichung mitgliedstaatlicher Gerichte von der Entscheidung des EuGH verboten. Jedoch können die betroffenen Gerichte nicht nur bei Zweifeln an der Richtigkeit der Auslegung erneut den EuGH befragen, sondern auch die gleiche Vorlegungsfrage bezüglich ihres Verfahrens dem EuGH vorlegen.¹⁴⁰

¹³³ Pechstein, Rn. 744.

¹³⁴ Pechstein, Rn. 750.

¹³⁵ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, Art. 267 AEUV, Rn. 101.

¹³⁶ Für den ersten Satz gilt Pechstein, Rn. 863. Für den zweiten Satz gilt Pechstein, Rn. 862.

¹³⁷ Pechstein, Rn. 864; Karpenstein, in Grabitz/Hilf Art. 267 AEUV, Rn. 102.

¹³⁸ Siehe Pechstein, Rn. 864; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, Art. 267 AEUV, Rn. 104.

¹³⁹ Pechstein, Rn. 868; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, Rn. 104.

¹⁴⁰ Pechstein, Rn. 868; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, Art. 267 AEUV, Rn. 102.

4.2 Ausgangsverfahren der Rechtssache C- 528/13

Ausgangsverfahren für die Vorlagefrage war ein Verfahren des französischen Unionsbürgers Herrn Léger gegen das Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes und dem Établissement français du sang, in dem Herr Léger gegen die Entscheidung eines für die Blutspende verantwortlichen Arztes, ihn von der Blutspende auszuschließen, klagte. Die Entscheidung des Arztes sei in der sexuellen Beziehung des Herrn Léger zu einem Mann begründet und stütze sich auf die Verordnung vom 12. Januar 2009 Tabelle B des Anhangs II, in der eine dauerhafte Kontraindikation bei Blutspenden von einem Mann, der sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatte, vorgesehen ist.¹⁴¹ Herr Léger rügte die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Richtlinien 2004/33/98 der Kommission.¹⁴² Als Vorlagenfrage formulierte das Tribunal de Strasbourg: „Stellen im Lichte des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 sexuelle Beziehungen eines Mannes zu einem anderen Mann als solche ein Sexualverhalten mit einem hohen Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten dar und rechtfertigen sie den Ausschluss von Personen mit einem solchen Sexualverhalten von Blutspenden, oder können sie je nach den Umständen des Einzelfalls einfach ein Sexualverhalten mit einem hohen Übertragungsrisiko [...] darstellen und die vorübergehende Rückstellung von der Blutspende für eine bestimmte Dauer nach Beendigung des Risikoverhaltens rechtfertigen?“¹⁴³ Der EuGH hatte nunmehr im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens die Aufgabe über die Auslegung von Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33/EG der Kommission vom 22. März 2004 zu entscheiden.

4.3 Entscheidung des EuGH

„Der Ausschluss von der Blutspende für Männer, die sexuelle Beziehungen zu Männern hatten, kann im Hinblick auf die in dem betreffenden Mitgliedsstaat herrschende Situation gerechtfertigt sein.“¹⁴⁴ Weiterhin heißt es: „Es muss feststehen, dass für diese Personen ein hohes Übertragungsrisiko für schwere Infektionskrankheiten, wie insbesondere HIV, besteht und dass wirksame Nachweistechniken oder weniger belastende Methoden fehlen, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau der Empfänger si-

¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 25 f., zitiert nach juris.

¹⁴² EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 27, zitiert nach juris.

¹⁴³ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 29, zitiert nach juris.

¹⁴⁴ Leitsatz der Pressemitteilung Nr. 46/15.

cherzustellen.¹⁴⁵ Da der Urteilstenor „im Lichte der Entscheidungsgründe zur verstehen und auszulegen ist“¹⁴⁶, werden diese im Folgenden kurz dargestellt.

Zunächst weist das Gericht auf die Problematik der unterschiedlichen Sprachfassung der Nr. 2.1 und 2.2.2 des Anhangs III der Richtlinie 2004 hin. So unterscheiden sich die einzelnen Sprachfassungen hinsichtlich der Qualifizierung der Höhe des Risikos, das entweder einen Ausschluss oder eine Rückstellung für Personen von der Blutspende begründet. In der französischen Fassung reicht sowohl für den Ausschluss nach Nr. 2.1 als auch für die Rückstellung nach Nr. 2.2.2 ein Sexualverhalten aus, das ein „Risiko“ für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten birgt. In der Mehrzahl der Sprachfassungen, so in der dänischen, estnischen, englischen, italienischen, niederländischen und polnischen Fassung, sieht die Regelung nach Nr. 2.2.2 eine Rückstellung bei Vorliegen eines Risikos vor, während für den dauerhaften Ausschluss nach Nr. 2.1 ein „hohes“ Risiko erforderlich ist. Eine weitere Variante ist in der deutschen und der spanischen Sprachfassung zu finden, die sowohl für Rückstellung als auch für den Ausschluss ein hohes Risiko fordern.¹⁴⁷

Da nach ständiger Rechtsprechung nicht eine Sprachfassung einer Vorschrift des Unionsrechts als alleinige Grundlage für die Auslegung der Vorschrift herangezogen werden kann oder ein Vorrang beanspruchen kann, müssen die Bestimmungen des Unionsrechts im Lichte aller Sprachfassungen einheitlich ausgelegt und angewandt werden. Wenn die einzelnen Sprachfassungen, wie im vorliegenden Fall, voneinander abweichen, muss die „Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden.“¹⁴⁸ Der Gerichtshof kommt in Anbetracht des 24. Erwägungsgrundes der Richtlinie und der allgemeinen Systematik der Nr. 2.1 und 2.2.2, nämlich dass die Richtlinie grundsätzlich „zwischen einem Ausschluss und einer Rückstellung unterscheidet“¹⁴⁹, zu dem Schluss, dass „der Ausschluss von der Blutspende gemäß Nr. 2.1 des Anhangs III die Personen betrifft, deren Sexualverhalten ein „hohes Risiko“ für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt, während sich die

¹⁴⁵ Pressemitteilung Nr. 46/15.

¹⁴⁶ EuGHE, Bosch / Hauptzollamt Hildesheim, Rs. 1/77, Slg. 1977, S. 1473; Rn. 2 f.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 31 f., zitiert nach juris.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13 Rn. 35, zitiert nach juris.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 36, zitiert nach juris

Rückstellung für Personen von der Blutspende auf ein geringeres Risiko (als das für den Ausschluss geltende) bezieht.¹⁵⁰

Obwohl den Mitgliedsstaaten in Hinblick auf die von dem Ausschluss nach Nr. 2.1 betroffenen Personen oder Personengruppen ein Wertungsspielraum zukommt, ist zu prüfen, ob die im französischen Recht geregelte Kontraindikation für den Fall, dass ein Mann eine sexuelle Beziehung zu einem Mann hatte, durch das Vorliegen eines „hohen Risikos“ im Sinne von Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33/EG gerechtfertigt ist und gleichzeitig die von der Rechtsordnung der Union anerkannten Grundrechte ausreichend würdigt.¹⁵¹ Denn die Mitgliedsstaaten müssen nach ständiger Rechtsprechung bei der Durchführung der Regelungen der Union die Erfordernisse des Schutzes dieser Grundrechte ausreichend beachten. Dies bedeutet insbesondere, dass sich die Mitgliedsstaaten „nicht auf eine Auslegung einer Vorschrift des abgeleiteten Unionsrechts stützen“¹⁵², welche nicht mit den Grundrechten vereinbar ist.¹⁵³

Kommt das nationale (französische) Gericht aufgrund der spezifischen epidemiologischen Daten zu dem Schluss, dass zu Recht angenommen werden durfte, „dass in Frankreich ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten i.S.v. Nr. 2.1 des Anhangs III der RL 2004/33/EG für den Fall besteht, dass ein Mann sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatte“¹⁵⁴, ist weiterhin zu prüfen, ob und unter welchen Bedingungen der dauerhafte Ausschluss für MSM von der Blutspende mit den anerkannten Grundrechten der Union vereinbar sein könnte.¹⁵⁵

Hier muss insbesondere der Art. 21 der Charta, welcher eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 20 der Charta darstellt, beachtet werden. Gemäß Art. 21 der Charta ist eine Diskriminierung insbesondere wegen der sexuellen Ausrichtung verboten.¹⁵⁶ Das Gericht stellt fest, dass in der Verordnung vom 12. Januar 2009

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 38, zitiert nach juris.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 40, zitiert nach juris.

¹⁵² EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 41, zitiert nach juris.

¹⁵³ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 41, zitiert nach juris.

¹⁵⁴ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 45, zitiert nach juris.

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 45, zitiert nach juris.

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 48, zitiert nach juris.

aus Frankreich¹⁵⁷ „im Hinblick auf homosexuelle Personen eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung im Sinne von Art. 21. Abs. 1 der Charta enthalten“¹⁵⁸ kann. Ob eine Rechtfertigung dieser Diskriminierung vorliegt, ist anhand der in Art. 52 Abs. 1 der Charta aufgestellten Bedingungen zu prüfen.¹⁵⁹ Die Bedingungen des Art. 52 Abs. 1 der Charta, dass „jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein muss und zudem den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten“¹⁶⁰ muss, sieht das Gericht als erfüllt an.¹⁶¹ Auch bejaht das Gericht, dass die Einschränkung dem Gemeinwohl im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta dient, da der Ausschluss von MSM das Risiko einer Übertragung einer Infektionskrankheit auf die Empfänger verringern soll, um ein möglichst hohes Gesundheitsschutzniveau zu erreichen.¹⁶²

Bezüglich der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt der Gerichtshof fest, dass „dieser Grundsatz nur gewahrt [wird], wenn ein hohes Gesundheitsschutzniveau der Empfänger nicht mit wirksamen Techniken zum Nachweis von HIV und weniger belastenden Methoden als dem dauerhaften Verbot der Blutspende für alle Männer, die sexuelle Beziehungen zu Männern hatte, sichergestellt werden kann.“¹⁶³

Existiert nach dem aktuellen wissenschaftlichen Stand keine wirksame Technik zum Nachweis von HIV, ist ein dauerhafte Ausschluss für Männer, die sexuelle Beziehungen zu Männern hatten, „nur verhältnismäßig, wenn es keine weniger belastenden Methoden gibt, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau der Empfänger sicherzustellen.“¹⁶⁴ Hier bezieht das Gericht insbesondere die Möglichkeit mit ein, mittels des Fragebogens und der persönlichen Befragung die Verhaltensweisen genauer zu identifizieren, die ein erhöhtes Risiko für den Gesundheitsschutz der Empfänger dar-

¹⁵⁷ Die Tabelle B des Anhangs II der Verordnung vom 12. Januar 2009 sieht eine dauerhafte Kontraindikation bei Blutspenden für den Fall, dass ein Mann sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatte, vor. EuGH, Urteil vom 29. April - C-528/13, Rn. 23, zitiert nach juris.

¹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 50, zitiert nach juris.

¹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 51, zitiert nach juris.

¹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 52, zitiert nach juris.

¹⁶¹ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 53, 54, zitiert nach juris.

¹⁶² EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 56- 57, zitiert nach juris.

¹⁶³ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 59, zitiert nach juris.

¹⁶⁴ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 65, zitiert nach juris.

stellen können, um eine weniger einschränkende Maßnahme als den dauerhaften Ausschluss festzulegen.¹⁶⁵

In Anbetracht dieser Entscheidungsgründe „hat der Gerichtshof für Recht erkannt: „Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33/EG der Kommission vom 22. März 2004 zur Durchführung der Richtlinie 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich bestimmter technischer Anforderungen für Blut und Blutbestandteile ist dahin auszulegen, dass das in dieser Bestimmung enthaltene Kriterium für einen Ausschluss von der Blutspende, nämlich das Sexualverhalten, den Fall erfasst, dass ein Mitgliedsstaat im Hinblick auf die in diesem herrschende Situation eine dauerhafte Kontraindikation bei Blutspenden für Männer vorsieht, die sexuelle Beziehungen zu Männern hatten, wenn aufgrund der derzeitigen medizinischen, wissenschaftlichen und epidemiologischen Erkenntnisse und Daten feststeht, dass ein solches Sexualverhalten für diese Personen ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt und dass es unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit keine wirksamen Techniken zum Nachweis dieser Infektionskrankheiten oder mangels solcher Techniken weniger belastende Methoden als eine solche Kontraindikation gibt, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau der Empfänger sicherzustellen. Es ist Sache des nationalen Gerichts zu beurteilen, ob diese Voraussetzungen in dem betreffenden Mitgliedsstaat erfüllt sind.“¹⁶⁶

Der Gerichtshof der Europäischen Union stellt damit folgende Prüfungsschritte auf:

1. Die epidemiologische Situation in dem Mitgliedsstaat begründet ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten durch MSM.
2. Der Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wird gewahrt; Prüfung insbesondere ob
 - a. wirksame Techniken zum Nachweis dieser Infektionskrankheiten vorliegen, wenn nicht
 - b. Prüfung weniger belastender Methoden als ein Ausschluss, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau festzustellen, insbesondere durch
 - i. einen Fragebogen und
 - ii. eine persönliche Befragung zur Feststellung des individuellen risikohaften Sexualverhaltens.

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 66, zitiert nach juris.

¹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Tenor, zitiert nach juris.

5 Situationsanalyse Deutschland

Entsprechend dem Auslegungsurteil des EuGH soll im Folgenden die epidemiologische Situation hinsichtlich der HIV-Verbreitung in Deutschland untersucht werden. Überwiegend werden hierzu Berichte, Veröffentlichungen und Statistiken des Robert Koch-Instituts ausgewertet. Das RKI ist gemäß § 27 Abs. 2 TTG für die Epidemiologie des Transfusionswesens zuständig.

5.1 HIV

Bevor auf Zahlen, Daten und Fakten zur HIV-Verbreitung in Deutschland eingegangen wird, sollen zunächst die Folgen und Auswirkungen sowie die Tragweite des Virus HIV vorgestellt werden. HIV ist die Abkürzung für das Humane Immunodeficiency Virus und wurde erstmals von Luc Antoine Montagnier im Jahr 1983 entdeckt.¹⁶⁷ Durch eine Infektion mit dem HI-Virus kann AIDS verursacht werden. AIDS ist die Abkürzung für Acquired Immune Deficiency Syndrome (erworbenes Abwehrschwäche-Syndrom). Ist ein Mensch an AIDS erkrankt, schwächt die Krankheit das Immunsystem und die Abwehrfähigkeit des Körpers gegenüber anderen Krankheitserregern wie Viren und Bakterien.¹⁶⁸ Dank moderner Therapien und Medikamente kann der Ausbruch von Aids in Folge einer HIV-Infektion verschoben oder gar verhindert werden, da die Medikamente die Vermehrung der Hi-Viren hemmen können. Eine Heilung ist indes immer noch nicht möglich, da die HI-Viren nicht vollständig zerstört werden können.¹⁶⁹ Eine HIV-Infektion erfolgt durch das Eindringen HIV-infizierter Körperflüssigkeiten in die Blutbahn eines anderen. Übertragen wird das HI-Virus hauptsächlich durch ungeschützten Geschlechtsverkehr, da sich die HI-Viren in den Körperflüssigkeiten Blut, Samenflüssigkeit und Vaginalsekret konzentrieren.¹⁷⁰ Darüber hinaus überträgt sich das Virus auch bei gemeinsamem Gebrauch eines virusinfizierten Injektionsobjekts, z.B. einer Spritze. Auch bei der Geburt eines Kindes von einer HIV-positiven Mutter besteht die Gefahr, dass das Neugeborene sich mit HIV infiziert. Da insbesondere das Blut mit HI-Viren befallen ist, ist es möglich, sich durch infizierte Blutkonserven im Rahmen der Transfusion zu

¹⁶⁷ HIV Positiv Leben, HIV und AIDS.

¹⁶⁸ HIV Positiv Leben, HIV und AIDS.

¹⁶⁹ HIV Positiv Leben, Die HIV-Infektion.

¹⁷⁰ Weber, S. 25.

infizieren, sodass zum Schutz vor HIV für den Empfänger einer Blutspende notwendige Maßnahmen zur Minimierung des Risikos getroffen werden müssen.¹⁷¹ Dies wurde in Deutschland bereits erfolgreich umgesetzt, sodass das Risiko einer Übertragung von HIV im Rahmen einer Bluttransfusion sehr gering ist.¹⁷² Seit Beginn der Epidemie in den 1980er Jahren sind in Deutschland 27.600 Menschen in Folge einer HIV-Infektion gestorben. Auch im Jahr 2014 haben 480 Menschen ihr Leben durch eine HIV-Infektion verloren.¹⁷³ Diese Zahlen machen deutlich, dass trotz fortschrittlicher Therapiemöglichkeiten und moderner Medizin HIV-Infektionen immer noch tödlich verlaufen können. Damit zählt HIV zu den schwersten Infektionskrankheiten, deren Verbreitung verhindert werden muss.

5.1.1 HIV-Verbreitung

Das Robert Koch-Institut veröffentlicht regelmäßig Schätzungen zum Verlauf der HIV-Epidemie in Deutschland. Darüber hinaus ist das RKI für die Surveillance¹⁷⁴ von Infektionskrankheiten, insbesondere HIV, zuständig.¹⁷⁵

Das RKI geht Ende 2014 davon aus, dass insgesamt 83.400 Menschen mit HIV bzw. Aids in Deutschland leben. Davon sind dies 68.400 Männer und 15.100 Frauen. Die Aufschlüsselung nach Infektionswegen ergibt, dass sich 53.800 männliche Personen durch Sex zwischen Männern infiziert haben, 10.500 Infektionen sind infolge heterosexueller Kontakte und 7.900 Infektionen in Folge von intravenösem Drogenkonsum entstanden.¹⁷⁶ Die Tabelle weist auf einen weiteren interessanten Punkt hin: 450 Personen haben sich durch Blutprodukte mit HIV infiziert, wobei dies hauptsächlich

¹⁷¹ Für die ersten beiden Sätze und ersten Halbsatz des dritten Satzes, Weber, S. 25; HIV Positiv leben, die HIV-Infektion.

¹⁷² Näheres hierzu siehe Kapitel 5.2.1.

¹⁷³ Epidemiologische Kurzinformation des RKI, Stand: Ende 2014.

¹⁷⁴ Surveillance bezeichnet die epidemiologische Überwachung, das heißt die systematische und kontinuierliche Erfassung und Bewertung von Erkrankungen bzw. Infektionen in der Bevölkerung (RKI, Mitteilung des Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention zur Surveillance (Erfassung und Bewertung) von nosokomialen Infektionen (Umsetzung von § 23 IfSG)).

¹⁷⁵ RKI, FG 34 HIV/AIDS und andere sexuell oder durch Blut übertragbare Infektionen, http://www.rki.de/DE/Content/Insitut/OrgEinheiten/Abt3/FG34_node.html.

¹⁷⁶ Daten ergeben sich aus der Tabelle der Epidemiologischen Kurzinformation des RKI zu HIV/AIDS in Deutschland – Eckdaten der Schätzung, Stand: Ende 2014.

in der Zeit vor 1986 geschah.¹⁷⁷ Hier sei auf den Blutskandal in Kapitel 2.3 verwiesen. Allein die absoluten Zahlen weisen darauf hin, dass der Hauptinfektionsweg der Sex zwischen Männern ist.

Noch deutlicher wird diese Einschätzung, wenn der Anteil, der über Sex zwischen Männern infizierten Personen, an der Gesamtzahl der Infizierten herausgestellt wird: 74 % der Menschen, die Ende 2014 mit HIV/Aids in Deutschland leben und sich im Inland infiziert haben, taten dies durch Sex zwischen Männern. Dagegen haben sich nur 14 % über einen heterosexuellen Kontakt infiziert.¹⁷⁸

Bei der Betrachtung der geschätzten Zahlen der HIV-Neuinfektionen in Deutschland im Jahr 2014 ergibt sich ein ähnliches Bild: Im Jahr 2014 haben sich insgesamt 3.200 Menschen neu mit HIV infiziert. Davon sind dies 2.700 Männer und 460 Frauen.¹⁷⁹ Im Hinblick auf die Aufschlüsselung nach Infektionswegen ergeben sich Parallelen zur o.g. Schätzung: 2.300 Männer haben sich durch Sex zwischen Männern infiziert, das sind 72 % aller Neuinfizierten.¹⁸⁰

Interessant ist auch die Betrachtung des Verlaufs der geschätzten Gesamtzahlen der Neuinfektion mit HIV von 1975 bis 2014 (Abb. 1) im Inland.

¹⁷⁷ Epidemiologische Kurzinformation des RKI zu HIV/AIDS in Deutschland – Eckdaten der Schätzung, Fn. 3.

¹⁷⁸ So auch RKI, Schätzung der Prävalenz und Inzidenz von HIV-Infektionen in Deutschland, Stand Ende 2014, S. 480.

¹⁷⁹ Daten ergeben sich aus der Tabelle der Epidemiologischen Kurzinformation des RKI zu HIV/AIDS in Deutschland –Eckdaten der Schätzung, Stand: Ende 2014.

¹⁸⁰ So auch RKI, Schätzung der Prävalenz und Inzidenz von HIV-Infektionen in Deutschland, Stand Ende 2014, S. 478.

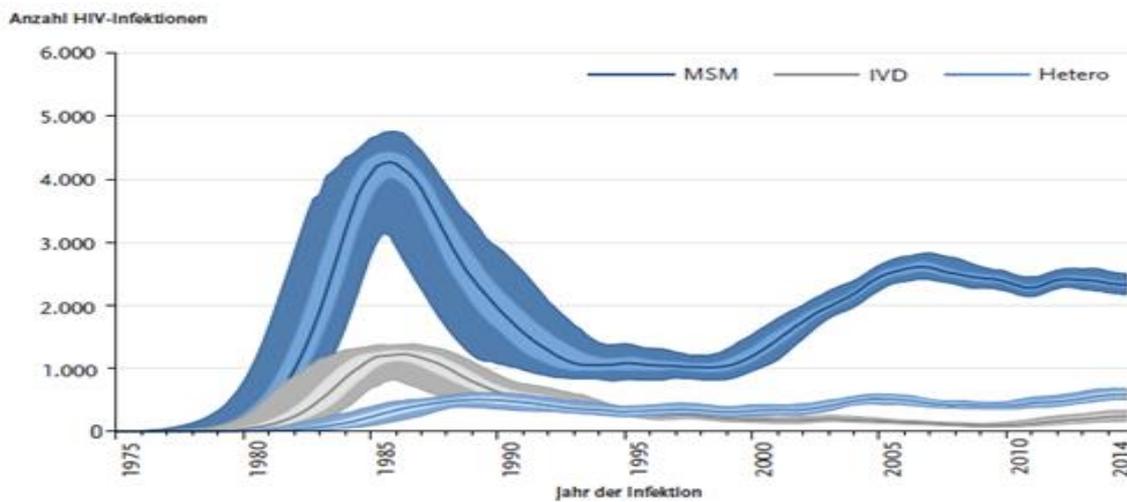


Abbildung 1: Verlauf der HIV-Neuinfektionen von 1975 bis 2014 unterschieden nach Transmissionsgruppen¹⁸¹

So zeigt sich deutlich, dass die Zahlen der Infektionsübertragungen durch Sex zwischen Männern verglichen mit den anderen Transmissionsgruppen in jedem Jahr die höchsten Werte annehmen. Nach einem steilen Anstieg ab Anfang der 80er Jahre, befindet sie der Höhepunkt der Neuinfektionen zwischen 1985 und 1986 bei ca. 4200 Ansteckungen pro Jahr. Danach fällt die Kurve stark ab und erreicht über die Jahre 1993 bis 1999 ein niedriges Plateau von ca. 1100 Ansteckungen pro Jahr. Allerdings steigt die Kurve dann wieder an und schwankt seit 2006 um einen Wert von 2500 Ansteckungen pro Jahr. Es entwickelt sich kein klarer zu- oder abnehmender Trend.¹⁸² Im Gegensatz dazu erreichte die Anzahl der Neuinfektionen bei heterosexuell verkehrenden Menschen nie die 1000er Grenze. Auch zeigt die Kurve keinen so ausgeprägten Verlauf wie die von MSM. Die Anzahl der Neuinfektionen durch heterosexuelle Kontakte steigt von 1980 bis 1989 auf etwa 500 pro Jahr an. Danach pendelte die Kurve leicht um diesen Wert. Ab 2009 ist wieder ein leichter Anstieg zu verzeichnen, der bei knapp 600 Ansteckungen pro Jahr in 2014 mündet.

Personen, die sich bei intravenösem Drogenkonsum infiziert haben, werden mit IVD abgekürzt. Ihre Kurve nimmt Anfang der 80er-Jahre einen ähnlichen Verlauf wie die der MSM an. Sie erreicht Mitte der 80er-Jahre ihren Höhepunkt. Danach sind die HIV-Neuinfektionen pro Jahr bis 2010 rückläufig. Danach steigen die HIV-Neudiagnosen leicht an. Daraus lässt

¹⁸¹ RKI, Schätzung der Prävalenz und Inzidenz von HIV-Infektionen in Deutschland, Stand Ende 2014, S. 478.

¹⁸² Ähnlich auch RKI, Schätzung der Prävalenz und Inzidenz von HIV-Infektionen in Deutschland, Stand Ende 2014, S. 479.

sich aber zu diesem Zeitpunkt noch keine genauere Entwicklung hervorsagen.¹⁸³

5.1.2 Risikogruppe

Aufgrund der vorliegenden epidemiologischen Daten zur Verteilung der HIV-Infektionen und HIV-Neuinfektion in Deutschland auf die unterschiedlichen Infektionswege lässt sich feststellen, dass MSM ein gegenüber der Allgemeinbevölkerung, insbesondere der heterosexuellen Bevölkerung, erhöhtes Risiko für HIV-Infektionen haben. Dies ist allerdings nicht mehr so hoch wie zu Beginn der HIV-Epidemie in den 80er-Jahren. Auch ist zu beachten, dass die Werte der HIV-Neuinfektionen unter MSM in den letzten Jahren um einen konstanten Wert pendeln. Grund für das erhöhte Infektionsrisiko für MSM ist nicht deren sexuelle Orientierung. Vielmehr resultiert das erhöhte Infektionsrisiko aus dem spezifischen Sexualverhalten der Personen, wie z.B. häufiger Wechsel der Sexualpartner und Sexualpraktiken wie Anal-oder Oralsex.¹⁸⁴

5.2 Blutspende in Deutschland

Die Blutspende ist ein wertvoller Dienst des Einzelnen für die Gesellschaft.¹⁸⁵ Blutspenden sind auch für die moderne Medizin unerlässlich, da bis heute kein gleichwertiger künstlicher Ersatz für Blut entwickelt werden konnte.¹⁸⁶ Der Weltblutspendetag am 14. Juni soll jedes Jahr auf die Notwendigkeit der Blutspende aufmerksam machen und gleichzeitig den aktiven Spendern den ihnen gebührenden öffentlichen Dank aussprechen. Am 14. Juni 2014 übernahm der Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe diese Aufgabe: „Ich danke allen Menschen, die bereit sind, Blut zu spenden. Ihre Blutspende kann helfen, Leben zu retten.“¹⁸⁷

Gerade weil die Blutspende lebenswichtig ist, ist es notwendig, diesen sensiblen Bereich zu kontrollieren. Wesentlicher Faktor der Sicherheit von Blut und Blutprodukten stellt die Verhinderung von transfusionsassoziiert-

¹⁸³ RKI, Schätzung der Prävalenz und Inzidenz von HIV-Infektionen in Deutschland, Stand Ende 2014, S. 479.

¹⁸⁴ WB-AK „Richtlinien Hämotherapie“, Erläuterungen zum Blutspende-Ausschluss von MSM.

¹⁸⁵ § 3 Abs. 2 TFG.

¹⁸⁶ Gemeinsame Pressemitteilung zum Weltblutspendetag des BMG und BzGA.

¹⁸⁷ Gemeinsame Pressemitteilung zum Weltblutspendetag des BMG und BzGA.

ten Infektionen, wie z.B. HIV, dar. Daher übernimmt das RKI die wichtige Aufgabe, die infektionsepidemiologischen Daten der Blutspender zu sammeln und zu analysieren.¹⁸⁸

5.2.1 Blutspende und HIV-Übertragungen

Durch eine kontaminierte Blutkonserve eine HIV-Infektion zu erleiden, ist in Deutschland ein sehr seltenes Ereignis. Das Restrisiko, trotz Sicherheitsmaßnahmen durch eine Bluttransfusion mit HIV infiziert zu werden, wird aktuell auf 1:5,3 Millionen¹⁸⁹ geschätzt. Von 1997 bis 2011 wurden insgesamt 6 transfusionsassoziierte HIV-Infektionen gemeldet. 2 von 5 Infektionsübertragungen, die zurückverfolgt werden konnten, entfallen auf MSM-Kontakte.¹⁹⁰ Hauptursache für das Restrisiko sei das sog. „diagnostische Fenster“. Das diagnostische Fenster beschreibt den Zeitraum, in dem eine frische Infektion noch nicht durch die Testverfahren erkannt werden kann, da sich z.B. noch keine Antikörper gebildet haben, der Betroffene aber dennoch hoch ansteckend ist.¹⁹¹ Durch die Einführung des HIV-1-Genomnachweises als Pflichttest, konnte das diagnostische Fenster geringfügig gekürzt werden. Nach Dr. R. Offergeld vom RKI müsse man bei dem Versuch, das ohnehin schon geringe Restrisiko zu minimieren, die Kosten, die weitere Testverfahren verursachen, berücksichtigen und eine Kosten-Nutzen-Analyse durchführen.¹⁹²

Gemäß § 22 TFG werden die epidemiologischen Daten an das RKI gemeldet, welches die Daten auswertet und die Häufigkeit von Infektionen sowie die demografischen Merkmale des Spenderkollektivs analysiert.¹⁹³ Die Daten werden seit 1998 regelmäßig veröffentlicht. Aktuell sind die Daten bis zum Jahr 2012 auf der Seite des RKI zu finden.

Die Daten werden zum einen nach Spendenart und Spendertyp und zum anderen nach Spendertyp und Geschlecht der Spender tabellarisch dargestellt. In dieser Arbeit wird die Differenzierung nach Spendenarten nicht berücksichtigt, sondern nur die gesamte Anzahl der Spenden, d.h. sowohl Vollblut als auch Plasmapherese und Zytapherese betrachtet. Weiterhin

¹⁸⁸ RKI, Infektionsepidemiologische Daten von Blutspendern 2006, S. 902.

¹⁸⁹ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 29.

¹⁹⁰ Ebd., S. 28.

¹⁹¹ Offergeld, Infektionen bei Blutspenden, S. 778.

¹⁹² Offergeld, Infektionen bei Blutspendern, S. 778.

¹⁹³ RKI, Infektionsepidemiologische Daten von Blutspendern 2006, S. 902.

werden die Spender nach ihrem Spendeverhalten kategorisiert. Unter Neuspender werden die Erstspendewilligen, die nach einer ersten Voruntersuchung keine Spende abgegeben haben, und die Erstspender, die nach der ersten Voruntersuchung eine Spende abgegeben haben, zusammengefasst.¹⁹⁴

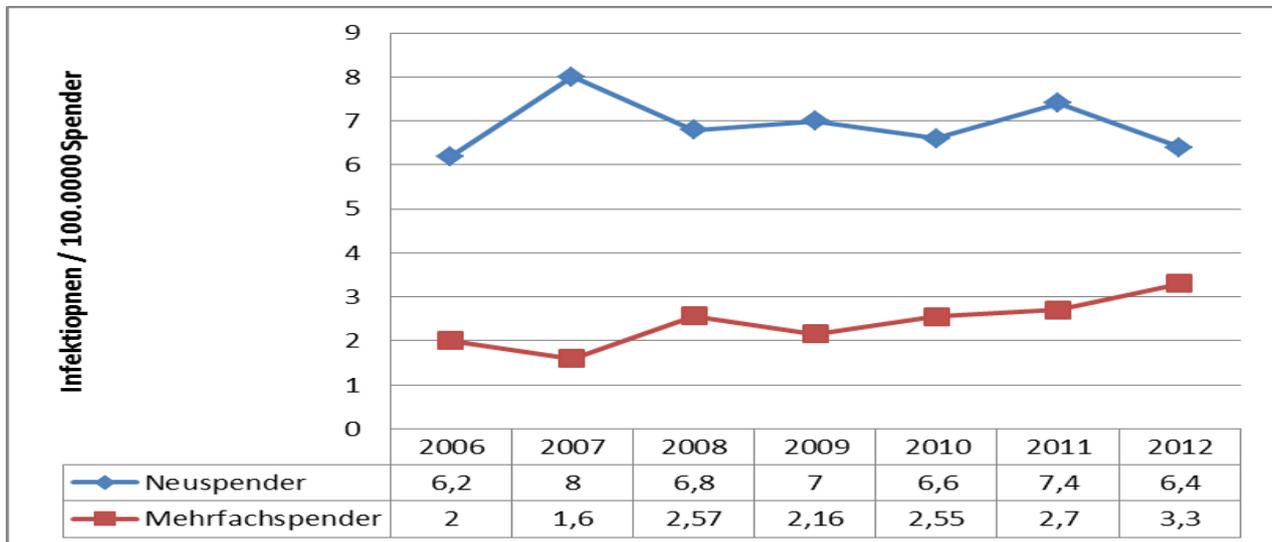


Abbildung 2: HIV-Infektionen differenziert nach Spendertyp von 2006-2012¹⁹⁵

Die epidemiologischen Daten der Neuspender weisen keinen signifikanten Trend auf (Abb. 2). Die HIV-Infektionen pro 100.000 Spender pendeln seit 2006 immer zwischen den Werten 6 und 8 Infektionen. Im Kollektiv der Mehrfachspender ist dagegen eine beunruhigende Entwicklung zu beobachten: 2011 (2,7) und 2012 (3,3) wurden neue Höchstwerte der Infektionen pro 100.000 Spender erreicht. Diese übertreffen noch die aus dem Bericht des RKI zu der Surveillance der Blutspender aus den Jahren 2008-2010 damaligen Höchstwerte von 2,57 (2008) und 2,55 (2010).¹⁹⁶ Damit setzt sich der ansteigende Trend von HIV-Neuinfektionen unter den Mehrfachspendern weiter fort.

¹⁹⁴ RKI, HIV-,HCV-, HBV- und Syphilissurveillance unter Blutspendern in Deutschland 2008-2010, Tabelle 1.

¹⁹⁵ Eigene Darstellung auf Grundlage der Daten des RKI aus: Infektionsepidemiologische Daten von Blutspendern 2006, Infektionsepidemiologische Daten von Blutspendern in Deutschland 2007, HIV-,HCV-, HBV- und Syphilissurveillance unter Blutspendern in Deutschland 2008-2010, HIV, HCV-, HBV- und Syphilis-Infektionen bei Blut- und Plasmaspendern 2011, HIV, HCV-, HBV- und Syphilis-Infektionen bei Blut- und Plasmaspendern 2012.

¹⁹⁶ RKI, HIV-, HCV-, HBV- und Syphilissurveillance unter Blutspendern in Deutschland 2008-2010, S. 908.

Die Betrachtung der HIV-Neuinfektionen getrennt nach Geschlecht ergibt, dass seit Beginn der Erfassung die HIV-Neuinfektionen signifikant häufiger bei männlichen Spendern als bei weiblichen Spendern auftreten.¹⁹⁷ Bei den männlichen Mehrfachspendern gab es 10-mal mehr neue HIV-Infektionen als bei weiblichen Mehrfachspenderinnen.¹⁹⁸ Unter Neuspendern verstärkte sich die Ungleichverteilung, da die HIV-Infektionen unter den Männern anstiegen während sie bei den Frauen sanken.¹⁹⁹ Im Vergleich der Altersgruppen ist festzustellen, dass die HIV-Neuinfektionen in den jüngeren Altersgruppen, d.h. von 18 bis 24 Jahren und 25 bis 34 Jahren am höchsten waren.²⁰⁰

Im Bericht zur HIV-, HCV-, HBV- und Syphilissurveillance unter Blutspendern in Deutschland 2008-2010 werden Erklärungen für die höhere Infektionsrate bei männlichen Blutspendern, insbesondere bei den männlichen Mehrfachspendern angeführt. Der Anstieg der HIV-Infektionen bei den Mehrfachspendern sei ausschließlich auf den Anstieg der Infektionen bei Männern in den jüngeren Altersgruppen zurückzuführen.²⁰¹ Grund für diese erhöhte Anzahl von HIV-Infektionen unter Mehrfachspendern könnte sein, dass sich unter den Mehrfachspendern Personen befinden, die ein erhöhtes Infektionsrisiko durch eine Exposition aufweisen, die sie nicht freiwillig in der Voruntersuchung angeben, um sich durch die regelmäßige Blutspende auf HIV testen zu lassen. Diese Spender werden Testseeker genannt.²⁰²

5.2.2 Test-Seeking als Motiv der Blutspende

Bei HIV-positiven Spendern wird versucht, den wahrscheinlichen Infektionsweg mit Hilfe von Aufklärungsgesprächen sowie Angaben des Spenders und Einschätzungen des medizinischen Personals ausfindig zu machen.²⁰³ So gaben knapp 50% der HIV-positiven Spender an, sich über Se-

¹⁹⁷ RKI, HIV-, HCV-, HBV- und Syphilissurveillance unter Blutspendern in Deutschland 2008-2010, S. 909.

¹⁹⁸ Ebd.

¹⁹⁹ Ebd.

²⁰⁰ Ebd., S. 908.

²⁰¹ Ebd., S. 912.

²⁰² Ebd.

²⁰³ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 17.

xualkontakte mit Männern infiziert zu haben²⁰⁴, wobei diese Daten nur bedingt aussagekräftig sind.²⁰⁵ Dies bedeutet wiederum, dass es eine Vielzahl von Männern gibt, die vor der Blutspende ihren Sexualkontakt mit Männern verschweigen, um Blut spenden zu können. Das Ergebnis eines anonymen Fragebogens unter HIV-negativen Spendern ergab, dass 2,2 % der HIV-negativen Spender, Sexualkontakte mit Männern hatten.²⁰⁶ Das RKI schätzt den Anteil der MSM unter den aktiven Spendern auf 1 bis 3%.²⁰⁷ Dieses Verhalten kann zum einen auf das fehlende Verständnis für den Ausschluss von MSM von der Blutspende zurückzuführen sein, da sich die Person selbst nicht einer Risikogruppe zugehörig fühlen und zum anderen mit dem Motiv verbunden sein, ein HIV Testergebnis kostengünstig zu erhalten.²⁰⁸ „Bei einem geschätzten Anteil von 3 bis 5% MSM in der männlichen Allgemeinbevölkerung ist der Selektionseffekt der Spenderauswahl für dieses Ausschlusskriterium unzureichend.“²⁰⁹ Das Ergebnis einer HIV-Fall-Kontroll-Studie unter Blutspendern des RKI ergab, dass „Test Seeking als Motiv für die Blutspende [...] signifikant häufiger bei HIV-positiven Spendern als bei unauffällig getesteten Spendern [war].“²¹⁰

5.3 Testmöglichkeiten für HIV

In Deutschland muss gemäß der Hämotherapie-Richtlinie jede Blutspende vorher auf einige Infektionskrankheiten, insbesondere HIV getestet werden. Momentan sind die Blutspendeneinrichtungen dazu verpflichtet, die Blutspenden mittels der HIV-1/2-Antikörper-Testung, dem serologischen Test, und seit dem 01.05.2004 auch mittels des HIV-Genomnachweises, dem sog. NAT-Test, auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu untersu-

²⁰⁴ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 17.

²⁰⁵ Die Angaben werden direkt nach der Diagnose gemacht und berücksichtigen eventuell nicht alle Faktoren, die zu einer Infektion führen könne. Auch der Hinweis einiger Blutspendeneinrichtungen, dass Falschangaben vor der Spende strafrechtliche Folgen haben können, kann die Angaben der Spender beeinflussen. AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 17.

²⁰⁶ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 23.

²⁰⁷ Ebd., S. 36.

²⁰⁸ Ebd.

²⁰⁹ Ebd.

²¹⁰ Ebd., S. 23.

chen.²¹¹ Durch die Kombination der beiden Testverfahren konnte das diagnostische Fenster auf 2 bis 3 Wochen verkürzt werden.²¹² Jeder weitere Versuch, das diagnostische Fenster weiter zu verkürzen, könnte mit einem hohen Kostenaufwand verbunden sein. Fraglich ist dann, inwiefern die Kosten in einem angemessenen Verhältnis zum Erfolg stehen.²¹³ Denn die Sicherheit der Testverfahren hängt nicht nur vom diagnostischen Fenster ab, sondern auch von weiteren Faktoren. So sind Fehler bei der Durchführung der Tests nie ganz auszuschließen. Darüber hinaus ist es möglich, dass die Tests aufgrund der Veränderung des Genotypen bzw. der Variante des Virus versagen.²¹⁴ Eine 100%-Sicherheit durch die Testverfahren kann somit nie gegeben sein. Daher ist es notwendig, weiterhin die zweite Säule der Sicherheit der Blutspenden in Deutschland, die Spenderauswahl, zu optimieren.²¹⁵

5.4 Spenderfragebogen

Vor der Aufnahme der Spendertätigkeit einer Person muss gemäß der Hämotherapie-Richtlinie die Spendereignung und Spendertauglichkeit im Rahmen einer Voruntersuchung festgestellt werden. Die Voruntersuchung umfasst mitunter eine ärztliche Anamnese. Teil der Anamnese ist neben einer persönlichen Befragung durch einen Arzt auch das Ausfüllen eines Fragebogens.²¹⁶ Seit dem 22.01.2015 steht den Blutspendeneinrichtungen ein bundeseinheitlicher Spenderfragebogen durch das PEI zur Verfügung. Dieser wurde in Zusammenarbeit des Arbeitskreises Blut und Vertretern der Deutschen Gesellschaft für Transfusionsmedizin und Immunhämatologie sowie dem Berufsverband der Deutschen Transfusionsmediziner entwickelt und getestet.²¹⁷ Das Ergebnis einer Studie durch den Arbeitskreis Blut zur Einführung des bundeseinheitlichen Fragebogens fiel überaus positiv aus: Die Spenderakzeptanz und die Praxistauglichkeit erwiesen sich

²¹¹ Offergeld, Infektionen bei Blutspendern, S. 776; AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 28; Oetzel, PZ, Sicherheit geht vor, 29/2014.

²¹² AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 29.

²¹³ Offergeld, Infektionen bei Blutspendern, S. 778.

²¹⁴ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 30.

²¹⁵ Ebd.

²¹⁶ Siehe hierzu Kapitel 2.2.2 (S. 6); ähnlich auch Votum 41 AK Blut, S. 862.

²¹⁷ PEI, Einheitlicher Blut- und Plasmaspenderfragebogen verfügbar.

als sehr hoch. Auch die Spenderauswahl hinsichtlich Vorerkrankungen und Risikoverhalten funktionierte signifikant besser als mit den vorherigen Fragebögen.²¹⁸ In Folge dieser Ergebnisse empfiehlt der Arbeitskreis Blut die Verwendung des einheitlichen Spenderfragebogens zur Feststellung der Spendertauglichkeit.²¹⁹ Denn bisher hat jede Spendeneinrichtung einen eigenen Fragebogen unter Berücksichtigung der Spenderauswahlkriterien gemäß der Hämotherapie-Richtlinie erstellt, welcher vom PEI auf die juristisch korrekte Umsetzung geprüft und zugelassen worden ist.²²⁰

Der bundeseinheitliche Blut- und Plasmaspenderfragebogen berücksichtigt alle Spenderauswahlkriterien der Hämotherapie-Richtlinie und setzt diese in einfache, leicht verständliche Fragen um. Die Fragen sind thematisch sortiert und werden ggf. durch Erläuterungen, die den Sinn und Zweck der Frage erklären, ergänzt.

16.	Über den Sexualverkehr können Infektionen, wie z.B. HIV oder Hepatitis, übertragen werden. Direkt nach der Ansteckung mit HIV und/oder Hepatitis kann ein Spender ohne es zu wissen infiziert sein und durch sein Blut den Empfänger der Spende anstecken. Leider können Labortests eine Infektion zum Teil erst bis zu 4 Monate nach der Ansteckung nachweisen. Daher schützen Sie mit Ihrer ehrlichen Antwort die Empfänger Ihrer Spende.	
Hatten Sie in den letzten 4 Monaten Sexualverkehr		
<ul style="list-style-type: none"> • mit einer neuen Partnerin / einem neuen Partner? • mit einer Person, die eine schwere Infektionskrankheit (z.B. AIDS oder Hepatitis) hat oder haben könnte? • für den Sie Geld oder andere Leistungen (Unterkunft, Drogen) bezahlt haben? • Nur für Frauen: mit einem bisexuellen Mann? 		
	□ ja	□ nein
<ul style="list-style-type: none"> • Haben Sie schon einmal Geld oder andere Leistungen für Sexualverkehr erhalten? • Nur für Männer: Hatten Sie schon einmal Sexualverkehr mit einem anderen Mann? 		
	□ ja	□ nein

Abbildung 3: Ausschnitt aus dem bundeseinheitlichen Spenderfragebogen des PEI²²¹

Die Erläuterungen zu Frage 16 sollen die Akzeptanz des Auswahlkriteriums „Sexualverhalten“ erhöhen und an die Ehrlichkeit der Personen appellieren, um eine bessere Spenderauswahl zu ermöglichen und damit das Übertragungsrisiko einer schweren Infektionskrankheit durch Blutprodukte zu verringern.

²¹⁸ Vgl. Votum 41 AK Blut, S. 862.

²¹⁹ AK Blut, Votum 41, S. 862.

²²⁰ PEI, Einheitlicher Blut- und Plasmaspenderfragebogen verfügbar.

²²¹ Siehe Anhang 1.

6 Lösungsvorschläge

6.1 Spannungsfeld

Der Ausschluss von der Blutspende für Männer, die Sexualbeziehungen zu Männern haben, steht im Spannungsfeld zwischen Diskriminierung und notwendigen Vorsichtsmaßnahmen zum Schutz der Empfänger von Blutspenden vor durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten. Einerseits knüpft das Ausschlusskriterium an die sexuelle Orientierung von Männern an und kann somit eine Diskriminierung im Sinne von Art. 21 Charta²²², andererseits gehören MSM zu einer Risikogruppe für HIV-Übertragungen²²³, die nach den Hämotherapie-Richtlinien²²⁴, basierend auf EU-Vorgaben, von der Blutspende auszuschließen sind, um die Sicherheit der Blutprodukte und die Gesundheit der Empfänger zu gewährleisten.

In seinem Auslegungsurteil zur Rechtssache C-528/13 stellt der EuGH fest, dass „der Ausschluss von der Blutspende für Männer, die sexuelle Beziehungen zu Männern hatten, im Hinblick auf die in dem betreffenden Mitgliedsstaat herrschende Situation gerechtfertigt sein [kann].“²²⁵ Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob der vorgesehene Ausschluss von MSM gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.²²⁶ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird regelmäßig als Maßstab zur Prüfung einer Rechtfertigung einer Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung herangezogen.²²⁷

Daher wird im Folgenden unter Berücksichtigung des Auslegungsurteils des EuGH C-528/13 zunächst eine Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses von MSM vorgenommen und in diesem Zusammenhang Handlungsalternativen, die weniger belastend sind, erörtert.²²⁸ Auch ist die Frage zu klären, inwieweit die Abkehr von einem dauerhaften Ausschluss für MSM von der Blutspende mit den gesetzlichen Regelungen, insbesondere den europäischen Vorgaben, vereinbar ist oder ob hier noch Handlungsbedarf seitens der EU zu einer Harmonisierung der Richtlinien im Bereich des Transfusionswesens besteht.

²²² Siehe Kapitel 3.3.2 zu Artikel 21 der Charta und 4.3 zur Entscheidung des EuGH.

²²³ Siehe Kapitel 5.1.2.

²²⁴ Siehe Kapitel 2.2.2.

²²⁵ Siehe Kapitel 4.3.

²²⁶ Siehe Kapitel 4.3.

²²⁷ Siehe Kapitel 3.3.1 zu Art. 14 EMRK, Kapitel 3.3.2 zu Art. 21 GRC, Kapitel 3.3.3 zu Art. 3 Abs. 1 GG.

²²⁸ Siehe Kapitel 4.3.

6.2 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nicht im Gesetz normiert. Dennoch zählt er zu den bedeutendsten Elementen des Grundgesetzes und der Rechtsanwendung in Deutschland.²²⁹ Denn er wird als Verfassungsgebot aus dem Wesen der Grundrechte und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.²³⁰ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gibt das Maß vor, an dem Maßnahmen des Staates, die in die Rechtsposition eines Einzelnen eingreifen, gemessen werden müssen²³¹ und verlangt, „dass ein Grundrechtseingriff einem legitimen Zweck dient und als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist.“²³²

Daraus ergeben sich folgende Prüfungspunkte:

1. Legitimer Zweck
2. Geeignetheit
3. Erforderlichkeit
4. Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).²³³

Der EuGH entwickelte in seiner Rechtsprechung einer dem Bundesverfassungsgericht sehr ähnlichen Formel für die Verhältnismäßigkeit: „Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs [dürfen] die Handlungen der Unionsorgane nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei zu beachten ist, dass dann, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und die verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen dürfen.“²³⁴

6.3 Klärung des Prüfungsmaßstabes

Das Verhältnis von europäischen und nationalen Grundrechten ist ein äußerst brisantes und umstrittenes Thema.²³⁵ Regeln soll dies Art. 53 der

²²⁹ Gröpl, § 7 III 3., Rn. 533.

²³⁰ Vgl. BVerfGE, 61, 126, (134); so auch Wienbracke, ZJS, 2013, S. 148.

²³¹ Gröpl, § 7 III 3., Rn. 534.

²³² BVerfGE 120, 274 (318 f.); so auch Wienbracke, ZJS, 2013, S. 148.

²³³ Vgl. Manssen, § 8 IV 5. Rn. 184 ff.

²³⁴ EuGH, Urteil C-283/11, Rn. 50, ähnlich auch in EuGH, Urteil vom 29. April 2015 – C-528/13, Rn. 58, zitiert nach juris.

²³⁵ Meyer/Borowsky, Art. 53, Rn. 1.

Charta, der bestimmt, dass „keine Bestimmung dieser Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte oder Grundfreiheiten auszulegen ist, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union [...] sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.“ Damit wird in manchen Fällen eine Meistbegünstigungsklausel hervorgerufen.²³⁶ Nämlich dann, wenn sich die Anwendungsbereiche der einzelnen Grundrechtsinstrumente überschneiden. In so einem Fall kommt das jeweils günstigere Recht zur Anwendung.²³⁷ Dies ist bei Maßnahmen, z.B. Richtlinienumsetzungen, der Mitgliedsstaaten zur Durchführung des Unionsrechts möglich.²³⁸ Die Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht fallen gemäß Art. 51 GRC unter den Anwendungsbereich der Charta.²³⁹ Wird den Mitgliedsstaaten zusätzlich bei der Umsetzung einer Richtlinie ein gesetzgeberischer Spielraum oder Ermessen eingeräumt, sind die nationalen Instanzen gleichzeitig auch an die jeweiligen mitgliedstaatlichen Grundrechte gebunden. Es kommt eine sog. „doppelte Grundrechtsbindung“ in Betracht, sodass das „Günstigkeitsprinzip“ zu beachten ist.²⁴⁰ Im vorliegenden Fall räumt der EuGH ein, dass den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung von Nr. 2.1 des Anhang III der Richtlinie 2004/33/EG ein Wertungsspielraum zukommt.²⁴¹ Daraus ergibt sich, dass im Folgenden sowohl die Bestimmungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union als auch des Grundgesetzes beachtet werden müssen. Das EuGH stellt fest, dass der Ausschluss von MSM eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung darstellt und damit gegen Art. 21 GRC verstoßen kann und auf die Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden muss. Diese Beeinträchtigung knüpft an ein personenbezogenes Merkmal an. Dieses kann von der betroffenen Person nicht beeinflusst bzw. geändert werden. Daher werden an den Grund, der die Beeinträchtigung bzw. die Diskriminierung rechtfertigen soll, auch im Rahmen der Prüfung des Allgemeinen Gleichheitsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG die Anforderungen einer eher strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung gestellt.²⁴²

²³⁶ Meyer/Borowsky, Art. 53, Rn. 14.

²³⁷ Meyer/Borowsky, Art. 53, Rn. 14.

²³⁸ Meyer/Borowsky, Art. 53, Rn. 14 a.

²³⁹ Ergibt sich aus EuGH, Urteil vom 29. April - C-528/13, Rn. 46, 47, zitiert nach juris.

²⁴⁰ Meyer/Borowsky, Art. 53, Rn. 14 a.

²⁴¹ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 – C-528/13, Rn. 39, zitiert nach juris.

²⁴² Zur Prüfungsintensität des Art. 3 Abs. 1 GG siehe Kapitel 3.4.3.

6.3.1 Legitimer Zweck - Schutz der öffentlichen Gesundheit

Damit man in die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Zweck-Mittel-Relation, einsteigen kann, muss die staatliche Maßnahme zunächst einen legitimen Zweck verfolgen. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein weiterer Gestaltungsspielraum zu, sodass ein legitimer Zweck sich nicht nur aus der Verfassung ergeben kann, sondern im Prinzip aus der gesamten Fülle der Staatsaufgaben.²⁴³

Der Ausschluss für MSM von der Blutspende soll das Risiko einer Infektionsübertragung durch kontaminierte Blutkonserven auf den Empfänger verringern. Damit reiht sich diese Regelung im Kontext der Hämotherapie-Richtlinie und dem TFG in die Maßnahmen ein, die die Sicherheit und Qualität der Blutspende garantieren sollen. Durch das TFG soll das Blutspende- und Transfusionswesen sicherer werden und das Risiko der Übertragung von Infektionskrankheiten durch Blutprodukte vermindert werden.²⁴⁴ Dadurch, dass in § 5 TFG zur Auswahl der Spender ausdrücklich auf die Richtlinien der Bundesärztekammer verwiesen wird, ist anzunehmen, dass diese Zielsetzung auch auf die Hämotherapie-Richtlinien und deren Regelungen zutrifft. Der Gesetzgeber verfolgt damit den Schutz der öffentlichen Gesundheit. Dies ist als ein legitimer Zweck zu qualifizieren. Auch der EuGH erkennt an, dass der Schutz der öffentlichen Gesundheit ein von der Union anerkanntes Ziel i.S.v. Art. 52 Abs. 1 GRC darstellt.²⁴⁵

6.3.2 Geeignetheit

Die Maßnahme muss weiterhin geeignet sein. „Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt. Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu.“²⁴⁶ Dadurch, dass Männer, die Sexualbeziehungen mit Männern hatten, nicht zur Blutspende zugelassen werden, wird das Risiko einer schweren Infektionskrankheit durch eine Blutspende der Risikogruppe MSM minimiert. Denn das Risiko einer Infektionsübertragung

²⁴³ Näher Manssen, § 8 IV 5. Rn. 184; auch zu finden bei Wienbracke, ZJS, 2013, 149

²⁴⁴ BT-Drs. 13/9594, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Transfusionswesens, A Zielsetzung.

²⁴⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 57, zitiert nach juris.

²⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 28. März 2006 – 1BvR 1054/01, Rn. 112 (1-162) m.w.N., zitiert nach juris.

durch Blut hängt maßgeblich von der Häufigkeit der Infektion im Kollektiv der Blutspender ab.²⁴⁷ Wenn also MSM nicht zum Kollektiv der Blutspender gehören, erhöhen MSM, die eine erhöhte Prävalenz²⁴⁸ von HIV aufweisen, nicht die Häufigkeit von HIV in der Gruppe der Blutspender. Auch wenn das Risiko damit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, z.B. aufgrund Falschangaben der Personen oder anderer Risikofaktoren,²⁴⁹ so trägt der Ausschluss von MSM von der Blutspende zumindest dazu bei, das Risiko einer Infektionsübertragung zu verringern und somit die Sicherheit der Blutprodukte zu steigern. Die Maßnahme ist auch insbesondere unter der Beachtung der Einschätzungsprärogative des Staates geeignet.

6.3.3 Erforderlichkeit

Die Maßnahme „ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.“²⁵⁰ An dieser Stelle werden die vom EuGH angeführten Alternativen wie „wirksame Testverfahren“ und „Identifizierung des tatsächlichen Sexualverhaltens“ zum ersten Mal im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Höhe des Gesundheitsschutzniveaus erläutert. „Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass HIV mit wirksamen Techniken nachgewiesen werden kann, die geeignet sind, ein hohes Gesundheitsschutzniveau für Empfänger sicherzustellen.“²⁵¹ Falls dies nicht zutrifft ist weiterhin fraglich, „ob es nicht weniger belastende Methoden als den Ausschluss von der Blutspende gibt, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau der Empfänger sicherzustellen.“²⁵² Wenn die angesprochenen Maßnahmen nicht die gleiche Höhe des Gesundheitsschutzniveaus garantieren können, ist der dauerhafte Ausschluss erforderlich. Ist dies der Fall, sind die alternativen Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit weiter zu prüfen.

²⁴⁷ Offergeld, Infektionen bei Blutspendern, S. 776.

²⁴⁸ Prävalenz bezeichnet die Zahl der Menschen, die mit einer Infektion leben. RKI, Schätzung der Prävalenz und Inzidenz von HIV-Infektionen in der Bevölkerung, Stand Ende 2014, S. 475.

²⁴⁹ Siehe Kapitel 5.2.1, 5.2.2 und 5.3.

²⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 16. März 1971 – 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, Rn. 64 (1-114) m.w.N., zitiert nach juris.

²⁵¹ Pressemitteilung Nr. 46/15.

²⁵² Pressemitteilung Nr. 46/16.

6.3.3.1 Wirksame Testverfahren

Wie schon in Kapitel 5.3 ausgeführt, werden Blutspenden in Deutschland bereits durch einen serologischen und einen NAT-Test auf das Vorliegen einer HIV-Infektion getestet. Damit konnte das diagnostische Fenster auf 2-3 Wochen verkürzt werden. Der EuGH verweist in seinem Urteil auf die Prüfung einer Kosten-Nutzen Relation vor der Einführung weiterer Testverfahren.²⁵³ Dass die Kosten der Einführung neuer Testverfahren außer Verhältnis zu ihrem Nutzen, der Verbesserung der Sicherheit, stehen könnten, äußerte bereits R. Offergeld²⁵⁴ in ihrem Artikel „Infektionen bei Blutspendern“. Eine 100%-Sicherheit kann es aufgrund weiterer Fehlerquellen, die nicht ausgeschlossen werden können, nicht geben.²⁵⁵ Es ist daher nicht möglich, nur durch die Einführung neuer Testverfahren oder die Verbesserung der bestehenden Testverfahren ein gleich hohes Gesundheitsschutzniveau herzustellen. Denn die Sicherheit des Blutes und der Blutprodukte beruht auf der Kombination von Testverfahren und Spenderauswahl.²⁵⁶ Ohne die Spenderauswahl ist auch bei besseren Testverfahren das Erreichen des hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht zu realisieren.

6.3.3.2 Identifizierung des riskanten Sexualverhaltens

Nachdem keine wirksamen Techniken zum Nachweis von HIV vorliegen, die ein gleich hohes Gesundheitsschutzniveau herstellen können, ist zu prüfen, ob es nicht weniger belastende Methoden als den Ausschluss von der Blutspende gibt.²⁵⁷ Hier weist das Gericht insbesondere auf die Möglichkeit hin, das riskante Sexualverhalten im Rahmen der vorgeschriebenen Anamnese anhand des Fragebogens und der persönlichen Befragung durch einen qualifizierten Angehörigen des Gesundheitsdienstes zu identifizieren.²⁵⁸ Aufgrund des individuellen Sexualverhaltens könne dann beispielsweise entschieden werden, ob die Person von der Blutspende ausgeschlossen oder zurückgestellt wird. Diese Handlungsoption wirft einige Probleme auf:

²⁵³ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 - C-528/13, Rn. 64, zitiert nach juris.

²⁵⁴ R. Offergeld ist die Leiterin der Abteilung für Infektionsepidemiologie am RKI.

²⁵⁵ S. Kapitel 5.3.

²⁵⁶ Offergeld, Blut-aber sicher!, S. 905; Offergeld, Infektionen bei Blutspendern, S. 779; AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 4.

²⁵⁷ Siehe Kapitel 4.3.

²⁵⁸ Siehe Kapitel 4.3.

1. Ehrlichkeit der Spender: Das Problem, dass die Personen nicht wahrheitsgemäße Angaben im Fragebogen machen und ihr Sexualverhalten absichtlich verschweigen, um zur Blutspende zugelassen zu werden, ist bereits im Rahmen des Ausschlusses bekannt.²⁵⁹ Es ist daher fraglich, ob durch weitere Fragen bezüglich des Sexualverhaltens die Ehrlichkeit der Spender steigt.
2. Erinnerungsvermögen der Spender: Die genauere Identifikation des riskanten Sexualverhaltens stützt sich auf die Angaben der Personen. Fragen nach dem letzten sexuellen Kontakt, der mit einem erhöhten Risiko für die Übertragung einer schweren Infektionskrankheit verbunden ist, können aufgrund mangelnder Erinnerung, sei es auch nur aufgrund von Vergesslichkeit, falsch beantwortet werden. Beispielsweise erinnert sich die Person an einen Sexualkontakt vor 3 Monaten, vergisst aber den letzten Sexualkontakt vor 5 Wochen, da ihm dieser aus persönlichen Gründen nicht so präsent ist.
3. Bereitschaft der Spender: Es ist nicht zu vergessen, dass das Sexualverhalten ein sehr sensibles Thema ist, dass nicht jeder preisgeben möchte. Hierfür kann es viele Gründe geben. Beispielsweise hat sich die Person noch nicht geoutet und möchte dies selbst vor einer ärztlichen Person nicht tun. Oder aber die Person lebt eigentlich in einer heterosexuellen Beziehung, hatte aber zuletzt einen homosexuellen Sexualkontakt. Die genauere Befragung der Personen könnte diese in eine unangenehme Situation hineindrängen.
4. Abschreckung der Spender: In Anbetracht der Tatsache, dass die Blutspende freiwillig ist und als wichtigen Dienst für die Gesellschaft zu qualifizieren ist²⁶⁰, könnte es als unangemessen angesehen werden, Personen in eine verlegene Situation wie die unter 3. Beschriebene zu bringen. Fragen zum Sexualverhalten können mitunter in sehr intime Persönlichkeitssphären eindringen. Dies könnte Personen von der Blutspende abschrecken.²⁶¹

Diese Punkte deuten darauf hin, dass es schwierig ist, das individuelle Sexualverhalten zu identifizieren und anhand dessen ein gleich hohes Gesundheitsschutzniveau wie mit einem dauerhaften Ausschluss zu erreichen.

²⁵⁹ Siehe Kapitel 5.2.2.

²⁶⁰ Vgl. § 3 Abs. 2 TFG.

²⁶¹ Ähnliche Problematik sieht auch der WB-AK „Richtlinien Hämotherapie“, Erläuterungen zum Blutspende-Ausschluss für MSM, S. 12 f.

Diese Überlegungen werden gestützt durch das Ergebnis von Modellrechnungen, die die Auswirkungen einer Änderung der Spenderauswahlkriterien von einem Ausschluss zu einer Rückstellung abschätzen sollten. So wurde festgestellt, dass sich das Risiko einer Infektionsübertragung minimal erhöht.²⁶² Ein gleich hohes Gesundheitsschutzniveau, wie bei einem dauerhaften Ausschluss, kann also nicht durch weniger belastenden Methoden wie die Verbesserung der Testverfahren und auch nicht durch die genauere Identifizierung des riskanten Sexualverhaltens erreicht werden. Der dauerhafte Ausschluss ist daher erforderlich. Damit ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung des dauerhaften Ausschlusses von MSM von der Blutspende aber noch nicht abgeschlossen. Es ist nun vielmehr eine Frage der Angemessenheit bzw. der Zumutbarkeit, ob der Ausschluss von MSM dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.

6.3.4 Angemessenheit

Ist das eingesetzte Mittel geeignet und erforderlich, muss es zudem auch angemessen sein. Die Prüfung der Angemessenheit besteht im Kern aus einer Abwägung aller relevanten Rechtspositionen und Interessen.²⁶³ Denn „dieses Gebot verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamt abwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf [...] Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, dass ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel zur Durchsetzung von Allgemeininteressen nicht angewandt werden darf, weil die davon ausgehende Grundrechtsbeeinträchtigung schwerer wiegt als die durchzusetzenden Interessen.“²⁶⁴

6.3.4.1 Beteiligte Interessen

Auf der einen Seite verfolgt der Staat mit dem Ausschluss von MSM für die Blutspende das Ziel, die Sicherheit von Blut und Blutprodukten zu steigern. Damit steht auf dieser Seite der Schutz des Empfängers von Blutspenden und somit im weiteren Sinne der Schutz der öffentlichen Gesund-

²⁶² AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 11.

²⁶³ Gröpl, § 7 III 3, Rn. 540.

²⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 – 1BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 125 (1-184), m.w.N., zitiert nach juris.

heit als schutzwürdiges Gemeinschaftsgut.²⁶⁵ Art. 2. Abs. 2 Satz 1 GG sichert jedem das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu. Empfänger von Blutspenden können sich daher auf den grundrechtlich verankerten Schutz des menschlichen Lebens aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG berufen.

Auf der anderen Seite steht das Interesse der homosexuellen Männer Blut zu spenden, um ihren Beitrag zur gesicherten Versorgung der Gesellschaft mit Blut und Blutbestandteilen zu leisten. Die Blutspende ist eine Möglichkeit sich gemeinnützig in die Gesellschaft einbringen zu können, da die Blutspende als ein wertvoller Dienst für die Gemeinschaft gewertet wird.²⁶⁶ Nach Auffassung der Bundesärztekammer gibt es kein Recht auf Blutspende.²⁶⁷ Allerdings können sich homosexuelle Männer, die von der Blutspende ausgeschlossen werden, auf das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung aus Art. 21 GRC bzw. das Verbot der Ungleichbehandlung aus Art. 3 Abs.1 GG berufen. Denn dadurch, dass die Hämotherapie-Richtlinie für den Fall, dass Männer sexuelle Beziehungen zu Männern haben, einen dauerhaften Ausschluss vorsieht, erhalten homo- und bisexuelle Männer eine weniger günstige Behandlung als heterosexuelle Männer.²⁶⁸ Das Ausschlusskriterium stellt dabei auf die sexuelle Orientierung ab, obwohl das Risiko einer Infektionsübertragung von dem speziellen Sexualverhalten abhängt.²⁶⁹ Damit steht dem Schutz der öffentlichen Gesundheit das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung bzw. das Recht auf Gleichbehandlung gegenüber.

6.3.4.2 Gewichtung der Interessen

Nach Feststellung der sich gegenüberstehenden Interessen ist deren Gewichtung der nächste Schritt innerhalb der Prüfung der Angemessenheit.²⁷⁰ In einem Urteil im Zusammenhang mit kontaminierten Blutprodukten aus den 80er-Jahren erklärte der BGH:

²⁶⁵ Siehe Kapitel 6.1.1.

²⁶⁶ § 3 Abs. 3 TFG.

²⁶⁷ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 31.

²⁶⁸ Dass das Ausschlusskriterium für den Fall, dass Männer sexuelle Beziehungen zu Männern haben, an die sexuelle Orientierung anknüpft wurde bereits an verschiedenen Stellen dargestellt. Siehe Kapitel 3.5 und 4.3.

²⁶⁹ Siehe Kapitel 5.1.2.

²⁷⁰ Vgl. Manssen, § 8 IV 5. d), Rn. 192.

„Selbstverständlich hatte das Universitätskrankenhaus E. bei den auf Verringerung des Risikos einer HIV-Kontaminierung gerichteten Maßnahmen auch auf diese Rechte [Persönlichkeitsrechte] Rücksicht zu nehmen. Im Spannungsverhältnis mit den ebenfalls grundrechtlich geschützten Lebensgütern der Empfänger der Blutkonserven sowie deren Kontaktpersonen kommt jedoch angesichts des erheblichen Gefahrenpotentials und des überragenden Schutzes menschlichen Lebens deren existentiellen Belangen grundsätzlich der Vorrang vor einer Belastung der Intimsphäre der Blutspender und der Möglichkeit einer öffentlichen Diskriminierung als Angehörige der Risikogruppen zu.“²⁷¹ Zwar kann das Urteil nicht mehr für die heutige Situation gelten, da zum Zeitpunkt des Urteils noch keine Tests für HIV zur Verfügung standen, dennoch gibt es Anhaltspunkte für die Gewichtung der in Rede stehenden Güter. So ist grundsätzlich der Schutz des menschlichen Lebens aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG über die Rechte des Einzelnen auf Gleichbehandlung bzw. Schutz vor Diskriminierung aus Art. 3 Abs. 1 GG zu stellen.

6.3.4.3 Beeinträchtigung der Interessen

Nach der Gewichtung der beteiligten Interessen wird untersucht, wie stark die einzelnen Interessen durch die Maßnahmen beeinträchtigt werden.²⁷²

Der Ausschluss für MSM von der Blutspende betrifft nur eine bestimmte Personengruppe der Bevölkerung, im Zweifel handelt es sich um einzelne Personen, die Blutspenden möchten, dies aber aufgrund der Regelungen der Hämotherapie-Richtlinie nicht können. Demgegenüber steht das erhöhte Infektionsrisiko der potentiellen Empfänger, welche auf die Blutspende angewiesen sind. Die Blutspende ist in Deutschland freiwillig.²⁷³ Sicherlich ist es gesellschaftlich anzuerkennen, dass jemand Blut spenden möchte.²⁷⁴ Dies sollte hinreichend gewürdigt werden und jedem sollte dazu die Möglichkeit gegeben werden. Doch es herrscht in Deutschland kein gesellschaftlicher Druck Blut zu spenden, sodass ein Nicht-Blutspender keine Konsequenzen aus seinem Unterlassen fürchten müsste. Auf der anderen Seite sind Blutspenden essentiell wichtig für das medizinische Versorgungssystem. Auch die heutige moderne Medizin vermag es nicht, ohne gespendetes Blut oder Blutbestandteile zu operieren. Auch einige Krank-

²⁷¹ BGH, Urteil vom 30.04.1991 - VI ZR 178/90, Rn. 50 (1-66), zitiert nach juris.

²⁷² Manssen, § 8 IV 5. d) Rn. 192.

²⁷³ § 1 TFG.

²⁷⁴ Ergibt sich aus § 3 Abs. 3 TFG.

heiten, wie die Bluter-Krankheiten, erfordert eine ständige Versorgung mit Blutspenden.²⁷⁵ Vor diesem Hintergrund hängen von jeder Blutspende das Leben der spendebedürftigen Personen ab. Diese haben keine andere Wahl, als Blutspenden anzunehmen. Daher erscheint es zunächst nur folgerichtig, die Gesundheit bzw. das Leben der Empfänger vor den Wunsch Blut zu spenden zu stellen. Der Schutz der Gesundheit der Empfänger bzw. der Schutz der öffentlichen Gesundheit stellt grundsätzlich einen ausreichend gewichtigen Grund dar, um die Beeinträchtigung zu rechtfertigen.

Auf der anderen Seite knüpft das Ausschlusskriterium für den Fall, dass Männer sexuelle Beziehungen zu Männern haben, an die sexuelle Orientierung der Personen an. Die sexuelle Orientierung ist ein personenbezogenes Merkmal. Auch wenn diese nicht ausdrücklich durch das Grundgesetz geschützt wird, so ist dennoch eine eher strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung in Anknüpfung an den Allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG durchzuführen.²⁷⁶ Auch die europäischen Grundrechte, insbesondere der Art. 21 GRC, schützen vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung²⁷⁷, sodass auch auf Seiten der Blutspender schutzwürdige Interessen durch den dauerhaften Ausschluss von MSM beeinträchtigt werden.

Wie weit das Ausschlusskriterium für MSM reicht, verdeutlicht das folgende Beispiel: Ein Mann, 50 Jahre alt, hatte in seiner Jugend eine sexuelle Beziehung zu einem Mann. Heiratete danach aber eine Frau und lebt seitdem in einer ausschließlich heterosexuellen Beziehung. Auch eine HIV-Infektion wurde bei ihm bis heute nicht festgestellt. Sein aktuelles und tatsächliches Sexualverhalten ist damit nicht risikobehaftet. Dennoch muss er nach einer strikten Anwendung der Regelung der Hämotherapie-Richtlinie aufgrund seines einmaligen sexuellen Kontaktes zu einem Mann von der Blutspende ausgeschlossen werden. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass die Regelung der Hämotherapie-Richtlinie in seiner Ausgestaltung nicht risikobezogen ist. Der Ausschluss für MSM beeinträchtigt weit mehr Personen als nur diejenigen, die tatsächlich ein hohes Übertragungsrisiko für HIV bergen. Der momentan geregelte Ausschluss schließt jeden Mann von der Blutspende aus egal, wann und wie weit die sexuelle Beziehung zu einem Mann zurückliegt. Selbst wenn der Mann inzwischen in einer heterosexuellen Beziehung lebt, ist er konsequenter Weise von der Blutspende

²⁷⁵ Gemeinsame Pressemitteilung zum Weltblutspendetag des BMG und BzGA.

²⁷⁶ Siehe Kapitel 3.4.3.

²⁷⁷ Siehe Kapitel 3.4.2.

gemäß Nr. 2.2 auszuschließen. Das tatsächliche Infektionsrisiko hängt jedoch von mehr Faktoren als die Zugehörigkeit einer Person zu MSM ab.²⁷⁸

6.3.4.4 Verhältnis der Beeinträchtigungen

Kern der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nun die Abwägung der Interessen. Es muss festgestellt werden, in welchem Verhältnis das mit dem Ausschluss von MSM erreichte Maß an Sicherheit mit der daraus resultierenden Diskriminierung homo- und bisexueller Männer steht. Darüber hinaus ist weiter das Verhältnis der Nachteile, die durch die alternativen, weniger belastenden Maßnahmen bedingt werden, zu den daraus aus diesen Maßnahmen bedingten Vorteilen zu analysieren. Im konkreten Fall stellen sich daher die Fragen: Wie hoch ist das aktuelle Risiko der transfusionsassoziierten HIV-Übertragung bzw. wie hoch ist das Gesundheitsschutzniveau der Blutspende in Deutschland und wie verändert sich dieses Risiko bei weniger belastenden Maßnahmen, wie bessere Testergebnisse und Veränderung der Spenderauswahl anhand des tatsächlichen Sexualverhaltens?

In Deutschland liegt das Restrisiko sich bei einer Bluttransfusion mit HIV zu infizieren bei 1:53 Millionen.²⁷⁹ Dieses sehr geringe Restrisiko zeugt von einem hohen Gesundheitsschutzniveau im Rahmen der Blutspende. Nach Meinungen der Experten beruht dieses auf der Kombination von wirksamen Testverfahren und einer wirksamen Spenderauswahl.²⁸⁰ Ohne die Spenderauswahl und nur durch Testungen der Spenden kann das derzeitige Schutzniveau nicht gewährleistet werden. Modellrechnungen zu Folge würde eine Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss zu einer befristeten Rückstellung anhand des individuellen risikohaften Sexualverhaltens das Restrisiko nur minimal erhöhen.²⁸¹ Angesichts der Tatsache, dass die Rückstellung anhand des individuellen risikobehafteten Sexualverhaltens deutlich weniger belastend bzw. diskriminierend wäre, ist zu diskutieren, ob die Rückstellung in einem besseren Verhältnis von Schutz des Empfängers zum Eingriff bzw. der Diskriminierung als der dauerhafte Ausschluss steht und damit angemessener ist.

²⁷⁸ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 37 f.

²⁷⁹ Siehe Kapitel 5.2.1.

²⁸⁰ Offergeld, Blut-aber sicher!, S. 905; Offergeld, Infektionen bei Blutspendern, S. 779; AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 4.

²⁸¹ Siehe Kapitel 6.2.3.2.

6.3.4.4.1 Kein Ausschluss und keine Rückstellung für MSM

Dass MSM weder von der Blutspende ausgeschlossen noch für einen bestimmten Zeitraum zurückgestellt werden, ist nicht möglich, da in jedem Fall aufgrund der epidemiologischen Daten für MSM zumindest ein „Risiko“ für eine durch Blut übertragbare Infektionskrankheit besteht, und diese daher zumindest unter die Ausgestaltung der Nr. 2.2.2 der RL 2004/33/EG fallen würden.

6.3.4.4.2 Rückstellung

Eine Alternative zum dauerhaften Ausschluss von MSM für die Blutspende ist die Rückstellung von MSM für die Blutspende für einen begrenzten Zeitraum nach dem letzten risikohaften Sexualkontakt. Voraussetzung für die Möglichkeit der Rückstellung ist, dass man das tatsächliche Sexualverhalten und das damit verbundene Risiko einer durch Blut übertragbaren Infektionskrankheit ermittelt. Dies beinhaltet insbesondere den Zeitpunkt des letzten Sexualkontaktes zu einem Mann und die Häufigkeit der Wechsel der Sexualpartner. Diese Regelung bringt sowohl Nachteile als auch Vorteile mit sich.

Zu den Nachteilen gehört, dass durch eine zeitlich befristete Rückstellung das Restrisiko für eine transfusionsbedingte Infektionskrankheit minimal ansteigen kann. Weiterhin besteht dadurch, dass man das tatsächliche Sexualverhalten ermitteln muss, eine noch größere Abhängigkeit in Bezug auf die wahrheitsgemäßen Angaben der Spender, da die Details des Sexualverhaltens die Grundlage für die Bewertung des Risikos darstellen und über die Dauer der Rückstellung entscheiden. Aufgrund der Sensibilität des Fragenbereichs ist auf einen äußerst vertrauensvollen Umgang mit den Spendern zu achten. Diese Problematik wurde bereits unter der Prüfung der Erforderlichkeit erörtert und unterstreicht, dass die Rückstellung nicht das gleiche Maß an Sicherheit garantiert wie der Ausschluss. Nichts destotrotz ist auch hier zu beachten, dass nach Modellrechnungen das Restrisiko nur minimal ansteigt.

Der größte Vorteil der Rückstellung ist, dass die Regelung nunmehr an das tatsächliche Sexualverhalten anknüpft. Damit stellt die Rückstellung eine deutlich geringere Beeinträchtigung der Interessen homosexueller Männer dar. Sie verstößt damit nicht gegen ein Diskriminierungs- bzw. Ungleichbehandlungsverbot. Weiterhin werden durch den Wechsel von einem Ausschluss zu einer Rückstellung mehr Personen zur Spende zugelassen. Dies trägt dazu bei, dass die Selbstversorgung der Gesellschaft mit Blut und

Blutbestandteilen ansteigt. Die Förderung der Selbstversorgung ist ein anerkanntes Ziel des TFG.²⁸² Gerade in Hinblick auf den demografischen Wandel, der sich auch auf die Blutversorgung auswirken wird, ist es wichtig, in Zukunft mehr Spender für die Blutspende zu generieren, um eine gesicherte Versorgung der Gesellschaft mit Blut und Blutbestandteilen zu garantieren.²⁸³ Weitere positive Nebeneffekte können die bessere Nachvollziehbarkeit der Regelung sowie die Anerkennung der Notwendigkeit der Regelung und in Folge dessen die Beachtung der Regelung sein. Diese Faktoren beeinflussen zusätzlich das Restrisiko im positiven Sinn.²⁸⁴ Denn wie in Kapitel 5.2.1 festgestellt, wird der Ausschluss von MSM von einigen Betroffenen absichtlich missachtet. Dies kann auf das Motiv „Test-Seeking“ oder aber die fehlende Akzeptanz und das Unverständnis der Regelung zurückzuführen sein. Derartiges Verhalten schmälert die Wirksamkeit des Ausschlusses und erhöht das Restrisiko für die Empfänger. Durch die Umstellung auf eine Rückstellung könnte dieser Effekt abgemildert werden.

Wägt man die Vorteile, insbesondere den Aspekt, dass eine Rückstellung auf dem tatsächlichen Sexualverhalten und dem damit verbundenen Risiko einer Infektionsübertragung basiert und nicht an die sexuelle Orientierung anknüpft, mit der minimalen Steigerung des Restrisikos, die durch die Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss zu einer befristeten Rückstellung verursacht wird, gegenüber dem Ausschluss, der gegen das Diskriminierungsverbot verstößt, ab, so lässt sich feststellen, dass die Rückstellung angemessener als der Ausschluss von der Blutspende für MSM ist.

6.4 Regelungen in anderen Ländern

Andere Länder haben bereits von dem dauerhaften Ausschluss für MSM von der Blutspende Abstand genommen. So gibt es in Neuseeland, Großbritannien, Australien, Schweden, Südafrika, Italien, Estland, Lettland und Spanien unterschiedliche Regelungen zur Rückstellung für MSM von der Blutspende. Auch die USA will zukünftig MSM nicht mehr von der Blut-

²⁸² § 1 TFG.

²⁸³ Vgl. Offergeld, Demografie und Spenderaktivität, S. 922.

²⁸⁴ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 45.

spende ausschließen sondern unter der Bedingung einer 12-monatigen sexuellen Enthaltensamkeit zur Blutspende zulassen.²⁸⁵

6.5 Stellungnahmen der Fachkreise

Auch die Bundesärztekammer kommt in ihren neuesten Beratungen zum Blutspende-Ausschluss bzw. zur Rückstellung von Personen, deren Sexualverhalten ein Risiko für Empfänger von Blutprodukten birgt, zu dem Ergebnis, „dass der dauerhafte Ausschluss von der Blutspende infolge Sexualverhaltens mit hohem Risiko²⁸⁶ in eine zeitlich befristete Zurückstellung für ein Jahr geändert werden sollte.“²⁸⁷ Damit ist auch aus wissenschaftlicher Sicht eine Änderung der Auswahlkriterien möglich. Dies bekräftigt das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung und stellt die Vereinbarkeit der Umstellung mit medizinischen und wissenschaftlichen Stand der Technik heraus. Der Arbeitskreis Blut des BMG nimmt dieses Ergebnis der Bundesärztekammer zustimmend zur Kenntnis. „Er stimmt mit der grundsätzlichen Aussage überein, dass unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten eine befristete Rückstellung von der Spende statt eines Dauerausschlusses nach Beendigung des sexuellen Risikoverhaltens ausreichend wäre, um mindestens eine vergleichbare Sicherheit der Blutprodukte zu erzielen.“²⁸⁸

Sowohl die Bundesärztekammer als auch der Arbeitskreis Blut lassen offen, ob die Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss zu einer befristeten Rückstellung für MSM mit den europäischen Richtlinien vereinbar ist und welche Schritte ggf. einzuleiten sind.²⁸⁹

6.6 Rechtliche Umsetzung der Umstellung

Die rechtliche Vereinbarkeit einer Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss für MSM von der Blutspende zu einer befristeten Rückstellung

²⁸⁵ Ärzteblatt, USA erlaubt (sexuell enthaltensamen) MSM die Blutspende.

²⁸⁶ Zu Personen, deren Sexualverhalten mit einem hohen Risiko verbunden ist, werden in den Ausführungen der Bundesärztekammer auf Seite 42 Männer, die Sexualverkehr mit Männern haben.

²⁸⁷ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 46.

²⁸⁸ AK Blut, Stellungnahme, S. 1340.

²⁸⁹ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 47; AK Blut, Stellungnahme, S. 1341.

für MSM in Abhängigkeit des letzten sexuellen Risikoverhaltens mit den europäischen Vorgaben, insbesondere der RL 2004/33/EG, ist umstritten. Pühler und Hübner sind der Ansicht, dass die europarechtlichen Vorgaben aufgrund ihrer Inkongruenzen einer nationalen Umsetzung entgegenstehen.²⁹⁰ Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ihrer Argumentation ist das Tatbestandsmerkmal der „schweren“ Infektionskrankheit. Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33/EG regelt, dass Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt, von der Blutspende auszuschließen sind. Dagegen regelt Nr. 2.2.2, dass Personen mit einem Verhalten oder einer Tätigkeit, das/die ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten für einen bestimmten Zeitraum nach Beendigung des Risikoverhaltens zurückzustellen sind. Hier wurde auf das Merkmal „schwer“ verzichtet. Was unter einer schweren Infektionskrankheit und einer Infektionskrankheit zu subsumieren sei, ergebe sich aus der Systematik der Richtlinie. So sei HIV als eine schwere Infektionskrankheit zu klassifizieren.²⁹¹ Eine Rückstellung von MSM, die ein erhöhtes Risiko für HIV aufweisen, sei somit nicht mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar.

Pühler und Hübner stellen damit nur auf den Wortlaut der deutschen Fassung der Richtlinie ab. Es lässt sich jedoch feststellen, dass sich die sprachlichen Fassungen der einzelnen Länder voneinander unterscheiden. So differenzieren die deutsche, englische, niederländische und italienische²⁹² Sprachfassungen in Nr. 2.1 und Nr. 2.2.2 nach „schweren Infektionskrankheiten“ für den dauerhaften Ausschluss und „Infektionskrankheiten“ für eine Rückstellung.²⁹³ Dagegen stellen die französische, spanische, und dänische²⁹⁴ Fassungen sowohl für den Ausschluss als auch für die Rückstellung den Tatbestand der „schweren Infektionskrankheit“ auf. Eine Auslegung der Vereinbarkeit von einer Rückstellung von MSM für die Blutspende mit europarechtlichen Vorgaben kann sich nicht nur auf die deutsche Fassung gründen. Denn „die Bestimmungen des Unionsrechts müssen nämlich – im Licht der Fassung in allen Sprachen der Europäischen Union – einheitlich ausgelegt und angewandt werden. Weichen die verschiedenen Sprachfassungen eines Textes des Unionsrechts voneinander ab, muss die fragliche Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und

²⁹⁰ Pühler/Hübner, MedR, 2015, 701.

²⁹¹ Vgl. Pühler/Hübner, MedR, 2015, 701.

²⁹² Siehe Tabelle Anlage 2.

²⁹³ Ebd.

²⁹⁴ Ebd.

dem Zweck der Regelung ausgelegt werden.²⁹⁵ Demnach besteht an dieser Stelle Klärungsbedarf durch die Europäische Union.²⁹⁶

Auch in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „hohes Risiko“ bzw. „Risiko“ einer Infektionsübertragung existieren unterschiedliche Sprachfassungen. Diese Problematik hat der EuGH bereits in seinem Urteil Léger erkannt und eine einheitliche Auslegung festgelegt. Demnach sind Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten gemäß Nr. 2.1 der RL 2004/33/EG darstellen, von der Blutspende auszuschließen. Die Rückstellung gemäß Nr. 2.2.2 bezieht sich dagegen auf ein geringeres Risiko.²⁹⁷

Um die Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss von MSM zu einer befristeten Rückstellung mit dem Tatbestandsmerkmal des „hohen Risikos“ bzw. „Risikos“ zu vereinbaren, lässt sich folgende Argumentation anbringen: Es galt bisher für die Gruppe der MSM, dass diese ein gegenüber der Allgemeinbevölkerung erhöhtes Risiko für eine HIV-Infektionen aufweisen. Wird nun aber bei der Rückstellung auf das individuelle Sexualverhalten abgestellt und nicht mehr nur auf die Zugehörigkeit zur Gruppe der MSM, so lässt sich aufgrund der individuellen Merkmale ein geringeres Risiko für eine HIV-Infektion feststellen, sodass das Tatbestandsmerkmal des „Risikos“ der Rückstellung gemäß Nr. 2.2.2. erfüllt ist.

Doch es finden sich noch weitere Unstimmigkeiten zu den Regelungsoptionen der Nr. 2.1 und Nr. 2.2.2 der Richtlinie. So bestehen nicht nur für die Tatbestandsmerkmale „(hohes) Risiko“ und „(schwere) Infektionskrankheit“ des Ausschlusses bzw. der Rückstellung von der Blutspende Unterschiede in den einzelnen Sprachfassungen, sondern zusätzlich für das Tatbestandsmerkmal „des Verhaltens oder der Tätigkeit“. Bezüglich der Subsumtion des „Sexualverhaltens“ existieren zwei Meinungen: Auf der einen Seite wird die Meinung vertreten, das „Sexualverhalten“ könnte unter die allgemeine Regelung der Nr. 2.2.2 subsumiert werden und eine Änderung der Auswahlkriterien ermöglichen.²⁹⁸ Auf der anderen Seite wird davon ausgegangen, dass Nr. 2.1. eine spezielle Regelung enthalte und der

²⁹⁵ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 – C-528/13, zitiert nach juris.

²⁹⁶ Ähnlich auch Pühler/Hübner, MedR, 2015, 702; diese beziehen sich nur auf die Unstimmigkeit in Bezug auf „hohes Risiko“ und „Risiko“.

²⁹⁷ EuGH, Urteil vom 29. April 2015 – C-528/13, Rn. 38, zitiert nach juris; siehe auch Kapitel 4.

²⁹⁸ Pühler/Hübner, MedR, 2015, 702.

Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“²⁹⁹ anzuwenden sei. Somit wird die Subsumtion des Sexualverhaltens unter Nr. 2.2.2 verschlossen und stünde damit der Regelung der Rückstellung von MSM entgegen.³⁰⁰

Die Meinungen stellen auf den Wortlaut der deutschen Fassungen ab, wonach in Nr. 2.1 das „Sexualverhalten“ geregelt ist und in Nr. 2.2.2 „das Verhalten oder eine Tätigkeit“, wobei hier keine genauere Differenzierung und Ausgestaltung des Tatbestandmerkmals erfolgt. Auch hier lohnt sich ein Blick auf die verschiedenen Sprachfassungen:

So wird in der deutschen, englischen, niederländischen und dänischen³⁰¹ von „Verhalten oder Tätigkeit“ gesprochen. Dagegen wird in der französischen³⁰² Sprachfassung von „Sexualverhalten und Berufstätigkeit“ sowie in der italienischen und spanischen³⁰³ Sprachfassung von „Verhalten und sexuelle Aktivität“ gesprochen. Damit ergibt sich, dass nicht in allen Sprachfassungen in Nr. 2.2.2 eine allgemeine Regelung enthalten ist. Mitunter wird auch hier explizit das Sexualverhalten bzw. die sexuelle Aktivität einbezogen. So ergibt sich auch hier, dass die Regelung einer einheitlichen Auslegung und Klarstellung auf europäischer Ebene bedarf.

Insgesamt weisen die Regelungen der RL 2004/33/EG zum Ausschluss und der Rückstellung für Personen von der Blutspende einige systematische Unstimmigkeiten auf. Der EuGH kommt in seinem Urteil zur Rechtsache Léger zu dem Schluss, „dass die Mitgliedsstaaten vor dem Hintergrund der jeweiligen epidemiologischen Situation über den Blutspende-Ausschluss oder die Rückstellung von MSM entscheiden.“³⁰⁴ Dabei hat er in Hinblick auf die Vorlegungsfrage insbesondere die unterschiedlichen Sprachfassungen in Bezug auf das Vorliegen eines „hohen Risikos“ oder „Risikos“ untersucht.³⁰⁵ Doch dies ist nicht die einzige Unstimmigkeit. Angesichts der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist eine Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss von MSM zu einer befristeten Rückstellung notwendig. Bevor diese jedoch in Deutschland rechtlich umgesetzt werden kann, ist eine Klärung der europäischen Vorgaben im Hinblick auf die Regelungsoptionen, die an dieser Stelle nicht erfolgen kann, ratsam.³⁰⁶ Dabei

²⁹⁹ Pühler/Hübner, MedR, 2015, 702.

³⁰⁰ Pühler/Hübner, MedR, 2015, 702.

³⁰¹ Siehe Tabelle Anhang 2.

³⁰² Ebd.

³⁰³ Ebd.

³⁰⁴ Pühler/Hübner, MedR, 2015, 705.

³⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 29. April 2015 – C-528/13, Rn. 31, zitiert nach juris.

³⁰⁶ So auch Pühler/Hübner, MedR, 2015, 705.

ist es gleichzeitig erforderlich, dass der europäische Gesetzgeber einen Mindeststandard für die Qualität und Sicherheit von Blut und Blutprodukten festlegt.³⁰⁷ Zwar schafft das Urteil C-528/13 über die Anforderungen, unter denen ein Ausschluss von der Blutspende nach den europäischen Vorgaben vorgesehen werden kann, Rechtsklarheit,³⁰⁸ allerdings bleibt die rechtliche Vereinbarkeit der Regelung einer Rückstellung für den Fall, dass Männer sexuelle Beziehungen zu Männern haben, im Dunkeln.

6.7 Weitere Maßnahmen

Die Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss für MSM von der Blutspende zu einer befristeten Rückstellung in Abhängigkeit von dem letzten sexuellen Risikokontakt ist nicht nur eine rechtliche Frage, sondern erfordert auch die Ergänzung des Fragebogens. Weiterhin werden von Fachkreisen Maßnahmen zur Steigerung der Spenderadhärenz³⁰⁹ und Verringerung der Test-Seeker empfohlen, um den Schutz der Empfänger zu verbessern.³¹⁰ Eine Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss auf eine befristete Rückstellung bietet dazu eine gute Gelegenheit. Zum einen wird die Umstellung eine gewisse mediale Aufmerksamkeit erhalten und zum anderen werden die Vertreterverbände Homosexueller die Änderung begrüßen und für eine Zusammenarbeit offener sein.

6.7.1 Fragebogenoptimierung

Dadurch, dass nunmehr zur Beurteilung des Übertragungsrisikos das individuelle und tatsächliche Sexualverhalten herangezogen werden soll, erfordert dies eine Modifizierung der bisherigen Anamnese. Diese besteht grundsätzlich aus einem Fragebogen und einer persönlichen Befragung durch eine ärztliche Person. Das Sexualverhalten ist ein überaus intimer Bereich. Daher empfiehlt es sich Informationen über das Sexualverhalten eher über den Fragebogen als über die persönliche Befragung einzuho-

³⁰⁷ Vgl. Pühler/Hübner, MedR, 2015, 705.

³⁰⁸ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/102, Stenografischer Bericht, Anlage 2, 9772 (C).

³⁰⁹ Der Begriff Adhärenz bezeichnet die Bereitschaft von Patienten den Anweisungen und Empfehlungen einer medizinischen Fachpersonen Folge zu leisten. (Vgl. WHO, Adherence to long-term therapy, S. 12 f.)

³¹⁰ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 38.

len.³¹¹ Denn das Ausfüllen eines Fragebogens ist mit einer geringeren Hemmschwelle verbunden als die direkten Fragen einer anderen Person bezüglich des eigenen Sexualverhaltens zu beantworten. Wichtig ist in erster Linie, wann der letzte sexuelle Kontakt zu einem Mann stattgefunden hat. Denn die Rückstellung erfolgt für einen bestimmten Zeitraum nach der Beendigung des Risikoverhaltens.³¹²

<p>Über den Sexualverkehr können Infektionen, wie z.B. HIV oder Hepatitis, übertragen werden. Direkt nach der Ansteckung mit HIV und/oder Hepatitis kann ein Spender ohne es zu wissen infiziert sein und durch sein Blut den Empfänger der Spende anstecken. Leider können Labortests eine Infektion zum Teil erst bis zu 4 Monate nach der Ansteckung nachweisen. Daher schützen Sie mit ihrer ehrlichen Antwort die Empfänger Ihrer Spende.</p>		
<p>Nur für Männer: Hatten Sie schon einmal Sexualverkehr mit einem anderen Mann?</p>	<p>Ja</p>	<p>Nein</p>
<p>Männer, die sexuelle Beziehung zu Männern hatten, waren bisher von der Blutspende ausgeschlossen. Von dieser Regelung wurde aufgrund des diskriminierenden Charakters Abstand genommen. Vielmehr soll nun anhand des individuellen Sexualverhaltens über eine Zulassung oder eine Rückstellung der Spende entschieden werden. Hierzu werden allerdings genauere Angaben zu Ihrem Sexualverhalten benötigt. Uns ist bewusst, dass dies sehr intime Fragen sind und verweisen auf den verantwortungsvollen Umgang mit Ihren Angaben. Auf den vertraulichen Selbstausschluss sei an dieser Stelle ausdrücklich hingewiesen.</p>		
<p>• Wie lange ist ihr sexueller Kontakt zu einem Mann her?</p>		

Abbildung 4: Modifizierter Ausschnitt des Blut- und Plasmaspenderfragebogens³¹³

Abbildung 4 zeigt eine mögliche Fragebogenvariante. Die weiterführenden Fragen zum Sexualverhalten werden durch eine ausführliche Erläuterung eingeleitet. Diese erklärt den Hintergrund der zusätzlichen Fragen. Damit soll die Spenderadhärenz und die Spenderehrlichkeit zusätzlich gesteigert werden. Auch die Sensibilität der Thematik wird verdeutlicht und auf den verantwortungsbewussten Umgang hingewiesen, sodass sich Spender vor der Beantwortung der Frage nicht fürchten müssen. Angesichts dessen, dass der vertrauliche Selbstausschluss nur wenig genutzt wurde, soll an dieser Stelle ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen werden, seine Spende von der Weiterverwendung auszuschließen.

³¹¹ Dieser Ansicht ist auch der WB-AK „Richtlinien Hämotherapie“, Blutspende-Ausschluss von MSM, S. 12.

³¹² Nr. 2.2.2.

³¹³ Darstellung basiert auf dem bundeseinheitlichen Fragebogen und wurde um weitere Fragen selbstständig ergänzt.

6.7.2 Spenderadhärenz steigern und Test-Seeking bekämpfen

Ein weiterer entscheidender Faktor der Sicherheit der Spenden ist die Spenderadhärenz.³¹⁴ Mangelndes Verständnis für den dauerhaften Ausschluss von MSM führte häufig zur Missachtung dieser Regelung. Häufig wurde darin anstatt der medizinischen Notwendigkeit die Diskriminierung homo- und bisexueller Männer gesehen. Die neue Regelung der Rückstellung bietet nun die Chance, durch Kampagnen in Zusammenarbeit mit den Vertreterverbänden die neuen Rückstellungskriterien zu erläutern und auf die Relevanz dieser hinzuweisen. Dadurch, dass nunmehr der Vorwurf der Diskriminierung ausgeräumt werden kann, ist die Konzentration auf die Ehrlichkeit der Spenderangaben möglich.

Die epidemiologischen Daten von Blutspendern zeigen, dass die Anzahl der HIV-Infektionen unter den Mehrfachspendern in den letzten Jahren Höchstwerte erreicht haben. Dies ist unter anderem auf das Problem „Test-Seeking“ zurückzuführen. Als Test-Seeker werden Personen bezeichnet, die nur Blut spenden, um günstig und anonym ein HIV-Testergebnis zu erreichen.³¹⁵ Damit wird die Sicherheit der Blutprodukte immens gefährdet. Auch hier sollten Kampagnen und Möglichkeiten geschaffen werden, auf andere Weise ein günstiges und anonymes HIV-Ergebnis erreichen zu können.

³¹⁴ AK Blut/ BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten, S. 38.

³¹⁵ Siehe Kapitel 5.2.2.

7 Schlussbetrachtung

7.1 Ergebnisse

Die von der Bundesregierung verfolgte Argumentation, der Ausschluss für MSM von der Blutspende sei risikobezogen gefasst und daher komme eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung nicht in Betracht, ist aufgrund der ergangenen Entscheidung des EuGH in der Sache „Léger“ und der Verhältnismäßigkeitsprüfung dieser Arbeit nicht länger haltbar. Der Ausschluss von MSM für die Blutspende knüpft dadurch, dass nur homo- und bisexuelle Männer durch die Regelung in Nr. 2.2.1 der Hämotherapie-Richtlinie von der Blutspende ausgeschlossen werden, sehr wohl an die sexuelle Orientierung an. Zwar hat die Auswertung der epidemiologischen Daten ergeben, dass MSM ein deutlich erhöhtes Infektionsrisiko von HIV gegenüber der Allgemeinbevölkerung haben, doch unter Berücksichtigung der Auslegung des EuGH hat sich herausgestellt, dass der dauerhafte Ausschluss für MSM von der Blutspende nicht angemessen und damit nicht rechtmäßig ist. Wägt man die Vorteile, insbesondere den Aspekt, dass eine Rückstellung auf dem tatsächlichen Sexualverhalten und dem damit verbundenen Risiko einer Infektionsübertragung basiert und nicht an die sexuelle Orientierung anknüpft, mit der minimalen Steigerung des Restrisikos, die durch die Umstellung von einem dauerhaften Ausschluss zu einer befristeten Rückstellung verursacht wird, gegenüber dem Ausschluss, der gegen das Diskriminierungsverbot verstößt, ab, so lässt sich feststellen, dass die Rückstellung angemessener als der Ausschluss von MSM ist.

Probleme dagegen bereitet die rechtliche Umsetzung der Umstellung von einem Ausschluss für MSM zu einer befristeten Rückstellung in Abhängigkeit von dem letzten sexuellen Risikokontakt. Die Richtlinie 2004/33/EG, die die europarechtlichen Vorgaben der Spenderauswahl festlegt, weist in Nr. 2.1 und Nr. 2.2.2 einige regelungssystematische Unstimmigkeiten auf. Die einzelnen Sprachfassungen unterscheiden sich in Bezug auf die Höhe des von dem Verhalten ausgehenden Risikos einer Infektionsübertragung, auf die Qualifizierung der Schwere der Infektionskrankheit und auf den Regelungstatbestand des Verhaltens bzw. des Sexualverhaltens. Eine Antwort, ob die Rückstellung für MSM, die ein erhöhtes Risiko für HIV Infektionen haben, mit der Richtlinie 2004/33/EG vereinbar ist, kann an dieser Stelle nicht gegeben werden. Hier ist die EU dazu aufgerufen, Rechtsklarheit zu schaffen.

7.2 Ausblick

Das Urteil vom 29. April 2015 zur Rechtssache C-528/13 des EuGH hat eine Überprüfung des Ausschlusses für MSM von der Blutspende ins Rollen gebracht. Ergebnis dessen ist, dass der Ausschluss für MSM nicht verhältnismäßig ist. Mit diesem durch den EuGH hervorgerufenen neuen Blickwinkel werden weitere Probleme in Bezug auf die Spenderauswahl hervorgerufen. Es bleibt abzuwarten, ob der deutsche Gesetzgeber auf eine Klärung der Diskrepanzen der europäischen Vorgaben in der RL 2004/33/EG hinwirkt, oder ob eine Umstellung, wie in anderen europäischen Ländern, im Rahmen der kontinuierlichen Richtlinienanpassung durch die BÄK erfolgt. In jedem Fall ist der deutsche Gesetzgeber durch das EuGH-Urteil dazu aufgerufen, das Kriterium „Männer, die sexuelle Beziehungen mit Männern haben“ für die Spenderauswahl zu überarbeiten.

Literaturverzeichnis

- Adamietz, Laura** Geschlecht als Erwartung. In: Baer, Susanne/ Eckertz-Höfer, Marion/ Limbach, Jutta/ Pfarr, Heide/ Sacksofsky, Ute Hrsg. Schriften zur Gleichstellung. Band 34. 2011
- AK Blut** Befristete Rückstellung von der Blutspende bei Personen mit sexuellem Risikoverhalten. Stellungnahme des Arbeitskreises Blut (S12) zum Beratungsergebnis der Bundesärztekammer. In: Bundesgesundheitsblatt 56/2013. 1340-1341 (zitiert: AK Blut, Stellungnahme)
- AK Blut** Verwendung eines einheitlichen Fragbogens für Blut- und Plasmaspender. Votum 41. In: Bundesgesundheitsblatt 53/2010. 862-862 (zitiert: AK Blut, Votum 41)
- Antidiskriminierungsstelle des Bundes** Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“. 1. Auflage. 2014
- Brockhaus** Deutsches Wörterbuch. 9. Auflage. 2011 (zitiert: Brockhaus)
- Duden** Das Synonymwörterbuch. 4. Auflage. Band 8. 2007.
- EuGH** Pressemitteilung Nr. 46/15. 29. April 2015.
- Grabenwarter, Christoph;** Europäische Menschenrechtskonvention.
Pabel, Katharina 5. Auflage. München. 2012
- Grabitz, Eberhard;** Das Recht der Europäischen Union. Lose-
Hilf, Meinhard blatt-Kommentar. Band III. Stand August 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf)
- Gröpl, Christoph** Staatsrecht I. Staatsgrundlagen Staatsorganisation Verfassungsprozess. 7. Auflage. 2015.

- Hirschfeld-Eddy-Stiftung** Die Yogyakarta-Prinzipien. In: Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung. Band 1. 2008. (zitiert: Yogyakarta-Prinzipien)
- Kluth, Winfried** Grundrechte. 2. Aufl. Halle/Saale. 2012.
- Lippert, H.-D.; Flegel, W.A.** Kommentar zum Transfusionsgesetz (TFG) und den Hämotherapie-Richtlinien. 1. Aufl. 2002 (zitiert: Lippert/Flegel)
- Manssen, Gerrit** Staatsrecht II. Grundrechte. 12. Auflage. 2015
- Meyer, Jürgen** Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar. 3. Aufl. 2011 (zitiert: Meyer/Bearbeiter)
- Meyer, Jürgen** Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar. 4. Auflage. 2014 (zitiert: Meyer/Bearbeiter, 4. Auflage)
- Offergeld, R.** Blut – aber sicher! In: Bundesgesundheitsblatt. 8/2012. 905-906
- Offergeld, R.; Ritter, S.; Quabeck, L.; Hamouda, O.** Infektionsepidemiologische Daten von Blutspendern in Deutschland 2007. In: Bundesgesundheitsblatt 11/2010. 1199-1196
- Offergeld, R.; Stark, K.; Hamouda, O.** Infektionen bei Blutspendern. In: Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung - Gesundheitsschutz. 9/2003. 775-779 (zitiert: Offergeld, Infektionen bei Blutspendern)
- Pechstein, Matthias** EU-Prozessrecht. 4. Aufl. Tübingen. 2011
- Plötscher, Stefan** Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht. In: Magiera, Siegfried / Merten, Detlef Hrsg. Schriften zum Europäischen Recht. Band 90. 2012
- Pühler, Wiebke; Hübner, Marlis** Ausschluss oder Rückstellung von der Blutspende – aktuelle Entwicklungen. MedR. Band 33 (2015). 699-705

- Ritter, S.; Hamouda, O.; Offergeld, R.** Demografie und Spendeaktivität von Blut- und Plasmaspendern in Deutschland. Update 2010 und 5-Jahres-Vergleich. In: Bundesgesundheitsblatt 55/2012. 914-922 (zitiert: Offergeld, Demografie und Spendeaktivität)
- Robert Koch-Institut** Infektionsepidemiologische Daten von Blutspendern 2006. In: Bundesgesundheitsblatt 8/2008. 902-914
- Robert Koch-Institut** Mitteilung der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention zur Surveillance (Erfassung und Bewertung) von nosokomialen Infektionen (Umsetzung von § 23 IfSG). In: Bundesgesundheitsblatt 44/2011. 523-36
- Robert Koch-Institut** Schätzung der Prävalenz und Inzidenz von HIV-Infektionen in Deutschland, Stand Ende 2014. Epidemiologisches Bulletin. Nr. 45/2015. 475
- Sauer, Heiko** Staatsrecht III. Auswärtige Gewalt. Bezüge des Grundgesetzes zu Völker- und Europarecht. 3. Auflage. 2015
- Von Auer, Friedger** Zum Verständnis der Rechtsverordnungsermächtigung nach § 12 Transfusionsgesetz (TFG) und der Richtlinienkompetenz nach § 12 a TFG. Transfusion Medicine and Hemotherapy. Band 38 (2011). 331-333
- Weber, Hedda** HIV-Infektionen und AIDS im öffentlichen Dienstrecht. In: Europäische Hochschulschriften. Reihe 2. Rechtswissenschaften. Bd. 3475. 2002
- Wienbracke, Milke** Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. ZJS. 2/2013. 148-155

Internetquellen

AK Blut / Bundesärztekammer Erläuterungen und Regelungsoptionen zum Blutspende-Ausschluss bzw. zur Rückstellung von Personen, deren Sexualverhalten ein Risiko für den Empfänger von Blutprodukten birgt. Stand 2016-05-09. URL: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Blutspende_24052013.pdf. Stand: 2016-05-09 (zitiert: AK Blut/BÄK, Blutspende-Ausschluss von Personen mit sexuellem Risikoverhalten)

Ärzteblatt USA erlaubt (sexuell enthaltsamen) MSM die Blutspende. URL: <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/65219>. Stand 2016-05-09 (zitiert: Ärzteblatt, USA erlaubt (sexuell enthaltsamen) MSM die Blutspende)

ÄrzteZeitung HIV-Skandal um Blutprodukte: Seehofer zerschlägt BGA. URL: http://www.aerztezeitung.de/panorama/k_specials/30jahre/article/813013/hiv-skandal-blutprodukte-seehofer-zerschlaegt-bga.html. Stand: 2016-05-09 (zitiert: ÄrzteZeitung, HIV-Skandal um Blutprodukte)

BMG / BzgA Gemeinsame Pressemitteilung. Weltblutspendetag: „Deine Blutspende rettet Leben – Danke“. Online im Internet. URL: http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Pressemitteilungen/2015/2015_02/150611_PM__Weltblutspendetag_2015.pdf. Stand 2016-05-09 (zitiert: BMG/BzGA, Gemeinsame Pressemitteilung)

Bruns, Manfred Dauerausschluss aller MSM für die Blutspende. Urteil des EuGH vom 29.04.2015 in der Rechtssache Léger – C-528/13. Brief an den Präsidenten der BÄK. URL: <https://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Doku>

mente/Recht3/Bundesaerztekammer-150506.pdf. Stand 2016-05-09 (zitiert: Bruns, offener Brief)

Deutsche Aids-Hilfe

Stiftung für HIV-infizierte Bluter droht das Geld auszugehen. URL: <http://aidshilfe.de/de/aktuelles/meldungen/stiftung-fuer-hiv-infizierte-bluter-droht-das-geld-auszugehen>. Stand: 2016-05-09 (zitiert: Deutsche Aids-Hilfe, Stiftung für HIV-infizierte Bluter droht das Geld auszugehen)

EU

Erläuterungen zur Charta der Grundrechte. 2007/ C 303/02. ver. 14.12.2007. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:de:PDF>. Stand: 2016-05-09 (zitiert: Erläuterungen)

Focus Magazin

Aids-Skandal – Tödlicher Cocktail. URL: http://www.focus.de/politik/deutschland/aids-skandal-toedlicher-cocktail_aid_148531.html. Stand: 2016-05-09 (zitiert: Focus Magazin, Aids-Skandal)

HIV Positiv Leben

HIV und AIDS. URL: <https://www.hiv.de/hiv-und-aids.html>. Stand 2016-04-26 (zitiert: HIV Positiv Leben, HIV und AIDS)

HIV Positiv Leben

Die HIV-Infektion. URL: <https://www.hiv.de/die-hiv-infektion.html?url=3>, Stand 2016-05-09 (zitiert: HIV Positiv Leben, Die HIV-Infektion)

Janker, Karin

EU-Studie zu Homosexuellen. „Ich werde gedemütigt, geschlagen und beschimpft“. SZ. URL: <http://www.sueddeutsche.de/leben/eu-studie-zu-homosexuellen-ich-wurde-gedemuertigt-geschlagen-und-beschimpft-1.1675334>. Stand: 2016-05-09 (zitiert: Jancker, EU-Studie zu Homosexuellen)

- LSVD** Chronik der LSVD-Kampagne zur Ergänzung von Artikel 3. URL: <http://www.artikeldrei.de/chronik/>. Stand: 2016-05-09 (zitiert: LSVD, Chronik Artikel 3)
- Oetzel, Stefan** Sicherheit geht vor. PZ. Ausgabe 29/2014. URL: <http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=53188>. Stand: 2016-05-09 (zitiert: Oetzel, Sicherheit im Internet, PZ, Ausgabe 29/2014)
- Paul Ehrlich-Institut** Einheitlicher Blut- und Plasmaspenderfragebogen verfügbar. URL: <http://www.pei.de/DE/infos/pu/zulassung-humanarzneimittel/verfahren/blut-blutkomponenten/spenderfragebogen/spenderfragebogen-blutspende-node.html>. Stand: 2016-05-09 (zitiert: PEI, Einheitlicher Blut- und Plasmaspenderfragebogen)
- Robert Koch-Institut** HIV/AIDS in Deutschland – Eckdaten der Schätzung. Epidemiologische Kurzinformation des Robert Koch-Instituts Stand: Ende 2014. URL: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/H/HIVAIDS/Epidemiologie/Daten_und_Berichte/Eckdaten_Deutschland.pdf?__blob=publicationFile. Stand 2016-05-08. Stand 2016-05-09
- Robert Koch-Institut** HIV, HC-, HBV- und Syphilis-Infektionen bei Blut- und Plasmaspendern 2011. URL: http://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Blut/Transfusionsmedizin/Infektionsdaten/Infektionsdaten_2011.pdf?__blob=publicationFile. Stand 2016-05-09
- Robert Koch-Institut** HIV, HC-, HBV- und Syphilis-Infektionen bei Blut- und Plasmaspendern 2012. URL: http://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Blut/Transfusionsmedizin/Infektionsdaten/Infektionsdaten_2012.pdf?__blob=public

cationFile. Stand 2016-05-09

WB-AK „Richtlinie Hämotherapie“

Erläuterungen zum Blutspende-Ausschluss von Männern, die Sexualverkehr mit Männern haben (MSM) im Kontext der Zweiten Richtlinienanpassung 2010 der Richtlinie zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen und zur Anwendung von Blutprodukten (Hämotherapie). 31.03.2010. URL: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Haemotherapie_MSM_Erlaeuterung_final.pdf. Stand 2016-05-09 (zitiert: WB-AK „Richtlinie Hämotherapie“, Blutspende-Ausschluss von MSM)

WHO

Adherence to long-term therapy: Evidence for action. 2003. URL: http://www.who.int/chp/knowledge/publications/adherence_introduction.pdf. Stand 2016-05-08. Stand 2016-05-09 (zitiert: WHO, Adherence to long-term therapy)

ZEIT ONLINE

Die meisten Homosexuellen verheimlichen ihre Neigung. URL: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2013-05/homosexualitaet-transgender-diskriminierung-studie>. Stand: 2016-05-09 (zitiert: Zeit Online, die meisten Homosexuellen verheimlichen ihre Neigung)

Drucksachen

Bundestag

Antwort der Bundesregierung. Zum Ausschluss schwuler Männer und zum Datenschutz bei der freiwilligen Blutspende. BT-Drs. 17/3568. ver. 29.10.2010

Bundestag

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Transfusionswesens. BT-Drs. 13/9594. ver. 13.01.1998

Bundestag

Kleine Anfrage. Zum Ausschluss schwuler Männer und zum Datenschutz bei der freiwilligen Blutspende. BT-Drs. 17/3165. ver. 04.10.2010

Bundestag

Stenografischer Bericht zur 102. Sitzung. Plenarprotokoll 18/102. Berlin. 06.05.2015

Anlagen

1. Spenderfragebogen³¹⁶

Einheitlicher Blut- und Plasmaspenderfragebogen (Version 2) – Stand 13.01.2015

Fragen zu Ihrem allgemeinen Gesundheitszustand			
1.	<ul style="list-style-type: none"> Fühlen Sie sich krank oder sind Sie krankgeschrieben? Haben Sie heute schon gegessen und getrunken? * Wiegen Sie mindestens 50kg? * 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
2.	Hatten Sie in der letzten Woche <ul style="list-style-type: none"> einen unkomplizierten Infekt (z. B. Schnupfen, Erkältung, Harnwegsinfekt) ohne Fieber, eine zahnärztliche Behandlung oder professionelle Zahnreinigung, eine Verletzung oder einen kleinen operativen Eingriff? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
3.	Hatten Sie in den letzten 4 Wochen Durchfall, anhaltende Bauchschmerzen, Erbrechen, eine Entzündung oder Fieber?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
4.	Waren Sie in den letzten 4 Monaten im Krankenhaus, beim Arzt oder beim Heilpraktiker?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
5.	Haben oder hatten Sie eine oder mehrere der folgenden Erkrankungen (<u>ggf. unterstreichen</u>): <ul style="list-style-type: none"> Herz- oder Gefäßerkrankung (z. B. Thrombose, Herzrhythmusstörung, Schlaganfall, Herzinfarkt), Nervenerkrankung (z.B. Epilepsie), Erkrankung von Haut, Blut, Lunge (z. B. Asthma), Leber, Niere, Magen oder Darm; chronische Erkrankungen wie Allergien, Zuckerkrankheit, Tumor (z.B. Krebs)? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
6.	<ul style="list-style-type: none"> Ist Ihnen schon einmal gesagt worden, dass Sie kein Blut spenden dürfen? Hat es bei einer früheren Blutentnahme/Blutspende Komplikationen gegeben? Spenden Sie auch in anderen Blutspende-Einrichtungen? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
7.	Konsumieren Sie Medikamente oder Rauschmittel missbräuchlich?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
8.	Werden Sie in den nächsten 12 Stunden Tätigkeiten in Beruf oder Hobby ausüben, die Sie oder andere gefährden könnten (z. B. Personenbeförderung, Tätigkeit mit Absturzgefahr oder erheblicher körperlicher Belastung)	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
9.	<ul style="list-style-type: none"> Sind Sie schwanger oder stillen Sie? Waren Sie jemals schwanger? Wenn ja, wann zuletzt? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
Fragen zu Infektionskrankheiten, die durch Blut übertragen werden können			
10.	Wurde bei Ihnen jemals <ul style="list-style-type: none"> eine Leberentzündung („Gelbsucht“), z. B. Hepatitis A, Hepatitis B oder Hepatitis C festgestellt? eine Infektion mit HIV (AIDS) oder HTLV nachgewiesen? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
11.	<ul style="list-style-type: none"> Hatten Sie in den letzten 4 Monaten eine Akupunktur? Haben Sie sich in den letzten 4 Monaten tätowieren lassen oder einer anderen Maßnahme unterzogen, die Haut oder Schleimhaut verletzt wie Piercing, Ohrlochstechen, Botoxspritzen, permanentes Make-up, Body Modification? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
12.	Haben Sie in den letzten 4 Monaten mit einer Person in einem Haushalt gelebt, bei der eine Leberentzündung (Hepatitis) festgestellt wurde?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
13.	Sind Sie in den letzten 4 Monaten in Berührung mit Blut einer anderen Person gekommen, z.B. über die Schleimhaut (auch Auge) oder durch eine Verletzung mit einem Instrument (z.B. Injektionsnadel)?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
14.	Haben Sie innerhalb der letzten 2 Jahre eine Blutübertragung (rote Blutkörperchen, Blutplättchen, Blutplasma - auch Eigenblut) erhalten?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
15.	Hatten Sie in den letzten 4 Monaten eine Operation, eine Gewebetransplantation, eine Endoskopie (z. B. Magen-, Blasen-, Darm- oder Gelenkspiegelung), eine Katheteranwendung oder wurde Ihnen Gewebe entnommen (Biopsie)?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein

Seite 1 von 2

³¹⁶ Online im Internet abrufbar unter http://www.pei.de/SharedDocs/Downloads/blut/spenderfragebogen/pei-spenderfragebogen.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Einheitlicher Blut- und Plasmaspenderfragebogen (Version 2) – Stand 13.01.2015

16.	Über den Sexualverkehr können Infektionen, wie z.B. HIV oder Hepatitis, übertragen werden. Direkt nach der Ansteckung mit HIV und/oder Hepatitis kann ein Spender ohne es zu wissen infiziert sein und durch sein Blut den Empfänger der Spende anstecken. Leider können Labortests eine Infektion zum Teil erst bis zu 4 Monate nach der Ansteckung nachweisen. Daher schützen Sie mit Ihrer ehrlichen Antwort die Empfänger Ihrer Spende.		
	Hatten Sie in den letzten 4 Monaten Sexualverkehr		
	<ul style="list-style-type: none"> • mit einer neuen Partnerin / einem neuen Partner? • mit einer Person, die eine schwere Infektionskrankheit (z.B. AIDS oder Hepatitis) hat oder haben könnte? • für den Sie Geld oder andere Leistungen (Unterkunft, Drogen) bezahlt haben? • Nur für Frauen: mit einem bisexuellen Mann? 	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
	<ul style="list-style-type: none"> • Haben Sie schon einmal Geld oder andere Leistungen für Sexualverkehr erhalten? • Nur für Männer: Hatten Sie schon einmal Sexualverkehr mit einem anderen Mann? 	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
17.	Haben Sie schon einmal Drogen gespritzt, oder geschnupft?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
18.	Waren Sie innerhalb der letzten 4 Monate in Haft?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
19.	Haben Sie in den letzten 4 Monaten Spritzen erhalten, die nicht vom Arzt verschrieben wurden (z.B. Muskelaufbaupräparate)?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
20.	<ul style="list-style-type: none"> • Haben Sie jemals Frischzellen, bzw. Gewebe (Transplantate) oder Gewebeextrakte von Tieren erhalten? • Sind Sie in den letzten 12 Monaten nach Tierkontakt gegen Tollwut geimpft worden? • Erhielten Sie in den letzten 12 Monaten tierisches Serum (z.B. gegen Schlangenbisse)? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
21.	<ul style="list-style-type: none"> • Sind Sie außerhalb Europas geboren? • Haben Sie jemals länger als 6 Monate außerhalb Europas gelebt? • Wenn ja, wo? Wann? • Waren Sie in den letzten 6 Monaten, auch kurzfristig, im Ausland? • wo? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
22.	Wurde bei Ihnen jemals eine Malaria festgestellt?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
23.	Haben oder hatten Sie eine Tuberkulose, Osteomyelitis, Syphilis, Rheumatisches Fieber, Toxoplasmose, Salmonelleninfektion (Typhus- oder Paratyphus), Q-Fieber?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
24.	Wurde bei Ihnen jemals eine der folgenden seltenen Erkrankungen festgestellt: Chagas-Krankheit (Trypanosomiasis), Brucellose, Babesiose, Leishmaniose, Lepra, Melioidose, Rückfallfieber, Hasenpest (Tularämie), Fleckfieber oder andere Rickettsiosen?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
Fragen zu möglichen Rückständen von Arzneimitteln im Blut			
25.	Haben Sie innerhalb der letzten 4 Wochen Tabletten o.a. Medikamente eingenommen, wie z.B. Antibiotika, Schmerzmittel (auch Aspirin, ASS), Mittel gegen Bluthochdruck oder andere?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
	Wenn ja, welche?		
26.	Haben Sie jemals Tabletten zur Behandlung von Schuppenflechte oder schwerer Akne eingenommen (z.B. Tigason®, Neo-Tigason®, Roaccutan®)?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
27.	Wurden Sie in den letzten 4 Wochen geimpft?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
	Wenn ja, gegen welche Erkrankungen?		
Fragen nach übertragbaren Hirnerkrankungen			
28.	Wurde bei Ihnen oder einem Ihrer Blutsverwandten die Creutzfeldt-Jakob-Krankheit oder eine ähnliche Erkrankung festgestellt oder bestand jemals ein Verdacht auf eine dieser Erkrankungen?	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein
29.	<ul style="list-style-type: none"> • Wurden Sie vor 1986 mit Hormonen der Hirnanhangdrüse, z.B. wegen Wachstumsstörungen, Unfruchtbarkeit, Endometriose behandelt? • Haben Sie jemals Hornhaut -, Hirnhaut - oder andere Transplantate erhalten? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein
30.	<ul style="list-style-type: none"> • Haben Sie sich in der Zeit zwischen dem 01.01.1980 und 31.12.1996 insgesamt länger als 6 Monate im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland aufgehalten? • Sind Sie im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland nach dem 01.01.1980 operiert worden oder haben Sie dort eine Blutübertragung (rote Blutkörperchen, Blutplättchen, Blutplasma) erhalten? 	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> nein <input type="checkbox"/> nein

* Aufnahme der Fragen in den Spenderfragebogen ist nicht verpflichtend.
 Die gelb hinterlegten Zusatzangaben des Spenders müssen nicht auf einem selbst auszufüllenden Fragebogen dokumentiert werden, sondern können auch im Gespräch mit dem ärztlichen Spendepersonal erfragt und dokumentiert werden.

2. Übersicht einzelner mitgliedstaatlicher Übersetzungen der Richtlinie 2004/33/EG³¹⁷

	Wortlaut Nr. 2.1	Übersetzung
1. Deutsch	Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.	
2. Dänisch	Personer, som på grund af deres seksuelle adfærd er udsat for stor risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kann overføres med blodet.	Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.
3. Englisch	Persons whose sexual behaviour puts them at high risk of acquiring severe infectious diseases that can be transmitted by blood.	Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.
4. Französisch	Sujets dont le comportement sexuel les expose au risqué de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang.	Personen, deren Sexualverhalten ein Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.
5. Italienisch	Persone il cui comportamento sessuale le espone ad alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue.	Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.
6. Niederländisch	Personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen.	Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.
7. Spanisch	Personas cuya conducta sexual supone un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre.	Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.

³¹⁷ Die verschiedenen Sprachfassungen können online im Internet unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1462699279471&uri=CELEX:32004L0033> abgerufen werden.

	Wortlaut Nr. 2.2.2	Übersetzung
1. Deutsch	Personen mit einem Verhalten oder einer Tätigkeit , das/die ein hohes Risiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten birgt.	
2. Dänisch	Personer, som på grund af deres adfærd eller aktivitet er udsat for risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres gennem blodet.	Personen mit einem Verhalten oder Tätigkeit , das/die ein Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.
3. Englisch	Persons whose behavior or activity places them at risk of acquiring infectious diseases that may be transmitted by blood.	Personen mit einem Verhalten oder einer Tätigkeit , das/die ein Risiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten birgt.
4. Französisch	Individus dont le comportement sexuel ou l'activité professionnelle les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang.	Personen mit einem Sexualverhalten oder einer Berufstätigkeit , das/die ein Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.
5. Italienisch	Persone il cui comportamento o attività sessuale le espone al rischio di contrarre malattie infettive trasmissibili col sangue.	Personen mit einem Verhalten oder einer sexuellen Aktivität , das/die ein Risiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten birgt.
6. Niederländisch	Personen die als gevolg van hun gedrag of activiteit een risico hebben een bloedoverdraagbare infectieziekte op te lopen.	Personen mit einem Verhalten oder einer Tätigkeit , das/die ein Risiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten birgt.
7. Spanisch	Personas cuya conducta o actividad sexual supone alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves que pueden ser transmitidas por la sangre.	Personen mit einem Verhalten oder einer sexuellen Aktivität , das/die ein Risiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.