

Nationalrat Ausschuss für Petitionen und Bürgerinitiativen

Parlament
1017 Wien

06.09.2020

Betrifft: 18/PET, 19/PET

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir danken für Ihre freundliche Einladung und erlauben uns, zu den angeführten Petitionen Stellung zu nehmen wie folgt.

Faktum 1:

Der **Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)** hat die Frage der Zulässigkeit eines generellen Ausschlusses von MSM von Blutspenden bereits im Jahr 2015 unionsweit entschieden (*Urteil Geoffrey Léger* 29. April 2015 C-528/13).

Dieses Urteil, das zur Auslegung der „Blutsicherheits-Durchführungsrichtlinie“ 2004/33/EG iVm der EU-Grundrechte-Charta erging, ist auf Grund des Fundamentalprinzips des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht in allen Mitgliedstaaten rechtsverbindlich und – ungeachtet allfällig entgegenstehender innerstaatlicher Gesetze –

KURATORIUM → em. Univ.-Prof. Dr. **Josef Christian Aigner** → Abg. z. NR a.D. Mag. **Thomas Barmüller**, Liberales Forum; → NRBg. **Petra Bayr**, SPÖ; → Univ.-Prof. Dr. **Nikolaus Benke**, Legal Gender Studies, Univ. Wien; → NRBg & LAbg. a.D. Dr. **Christian Brünner**, Prof. f. Staats- u. Verwaltungsrecht, Univ. Graz → Dr. **Erik Buxbaum**, vorm.Generaldirektor f.d. öff. Sicherheit; → stv.Klubobfrau NRBg. Dr. **Ewa Ernst-Dziedzic**, Grüne → BM a.D. NR Abg. a.D. Dr. **Caspar Einem**, SPÖ; → **Sandra Frauenberger**, Stadträt. Wien a.D., Gf. Dachv.Wr.Sozialeinr. → Univ.-Prof. Dr. **Max Friedrich**, Vorstand der Univ.-Klinik für Neuropsychiatrie des Kindes- u. Jugendalters, AKH Wien; → Univ.-Prof. Dr. **Bernd Christian Funk**, Inst. f. Staats- u. Verwaltungsrecht, Univ. Wien; stv. Vors. Menschenrechtsbeirat BMI → Mag. **Karin Gastinger**, BM für Justiz a.D.; → Dr. **Marion Gebhart**, Kinder- u. Jugendanwältin d. Stadt Wien a.D.; → Dr. **Irmgard Griss**, Verfassungsrichterin, vorm. Präsidentin des OGH; → NRBg.a.D. **Gerald Grosz**, BZÖ; → Dr. **Alfred Gusenbauer**, Bundeskanzler a.D.; → BM a.D. Dr. **Hilde Hawlicek**, SPÖ; → Dr. **Barbara Helige**, vorm. Präs. Richtervereinigung, Präsidentin Öst. Liga für Menschenrechte; → **Michael Heltau**, Kammerschauspieler & Doyen des Wiener Burgtheaters; → NRBg. a.D. Dr. **Elisabeth Hlavac**, SPÖ; → Dr. **Lilian Hofmeister**, Verfassungsrichterin und CEDAW-Expertin; → Univ.-Prof. Dr. **Elisabeth Holzeithner**, Legal Gender Studies, Univ. Wien; → Dr. **Judith Hutterer**, Generalsekr. Öst. Aids Gesellschaft; → Hon.-Prof. Dr. **Udo Jesionek**, vorm. Präs. Jugendgerichtshof, Präs. Weisser Ring; → Mag. **Christian Kern**, Altbundeskanzler; → **Gery Keszler**, Life-Ball; → Abg. z. NR a.D. Dr. **Volker Kier**, Liberales Forum; → Univ.-Prof. Dr. **Christian Köck**; → Dir. Dr. **Franz Kronsteiner**, vorm.Vorstandsvorsitzender D.A.S. Österreich; → NRBg.a.D. **Mario Lindner**, vorm. Präs. d. Bundesrates → **Thomas Mader**, Bezirksvorst.Stv. Wien-Döbling → Univ.-Prof. DDr. **Heinz Mayer**, emer. Dekan Rechtswiss. Fakultät Univ. Wien; → Prof. Dr. **Roland Miklau**, Ehrenpräs. Öst. Juristenkommission → Dr. **Michael Neider**, Sektionschef BMJ iR → Univ.-Prof. Dr. **Manfred Nowak**, Ludwig-Boltzmann-Institut f. Menschenrechte, UN-Sonderberichterstatter; Vizepräs. Verwaltungsrat EU-Grundrechteagentur → Mag. **Heinz Patzelt**, Generalsekretär, Amnesty International Österreich; → Univ.-Prof. Mag. Dr. **Rotraud A. Perner**, Sexualwissenschaftlerin; → LAbg. a.D. MMag.Dr. **Madeleine Petrovic**, Präs. Wr. Tierschutzv.; → Univ.-Doz. Dr. **Arno Pilgram**, Institut für Rechts- u. Kriminalsoziologie, Univ. Wien; → DSA **Monika Pinterits**, Kinder- u. Jugendanwältin d. Stadt Wien i.R.; → Dr. **Elisabeth Rech**, Vizepräs. Rechtsanwaltskammer Wien; → MEP Mag. **Andreas Schieder**, → Dr. **Anton Schmid**, vorm. Kinder- u. Jugendanwalt der Stadt Wien; → BRAbg. **Marco Schreuder**, Die Grünen; → Dr. **Elisabeth Steiner**, vorm. Richterin EGMR → NRBg.a.D. Mag.a **Terezija Stoitsits**, Volksanwältin a.D.; → Dr. **Peter Tischler**, SenPräs OLG Ibk i.R.; → Univ.-Prof. Dr. **Hans Tretter**, Ludwig-Boltzmann-Institut f. Menschenrechte; → Univ.-Prof. Dr. **Alexander Van der Bellen**, Bundespräsident; → Univ.-Lekt. Mag. **Johannes Wahala**, Österr. Gesellschaft f. Sexualwissenschaften; → Univ.-Prof. Dr. **Ewald Wiederin**, Institut f. Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Univ. Salzburg; → Dr. **Mia Wittmann-Tiwald**, Präs. Handelsgericht Wien, Co-Vorsitzende FG Grundrechte der Richtervereinigung → stv. Klubobfrau NRBg.a.D. Mag. **Gisela Wurm**

von allen Gerichten und Verwaltungsbehörden unmittelbar anzuwenden.

Der EuGH hat in diesem Urteil ausgesprochen, dass auf Grund der unionsrechtlichen (Fundamental)Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Diskriminierungsverbots ein genereller Ausschluss von MSM nur dann zulässig wäre, wenn es weder wirksame Techniken zum Nachweis einer Infektion gibt noch – wo es solche wirksamen Techniken nicht gibt – durch gelindere Mittel als durch einen dauerhaften Ausschluss, bspw. durch persönliche Befragungen der spendenden Personen, ein hohes Gesundheitsschutzniveau der empfangenden Personen durch Hintanhaltung eines hohen (!) Ansteckungsrisikos sichergestellt werden kann (par. 38, 65, 68).

Da das Unionsrecht die Testung jeder (!) Blutspende mit den neuesten wissenschaftlichen und technischen Verfahren vorschreibt (par. 61-64) und mit den heute gängigen Testmethoden (HIV-Antikörper- und PCR-Tests) HIV-Infektionen spätestens sechs Wochen nach der Infektion nachgewiesen werden können, sind Ausschlüsse wegen länger als sechs Wochen zurückliegenden Verhaltens schon alleine deshalb unzulässig.

Weniger als sechs Wochen zurückliegendes (also innerhalb des diagnostischen Fensters gesetztes, par. 62, 65) gleichgeschlechtliches Risikoverhalten kann durch persönliche Befragung der spendenden Personen (par. 67: „zur Beständigkeit der Beziehung ... oder zum Schutz in der sexuellen Beziehung“) ebenso identifiziert werden wie verschiedengeschlechtliches. Auf diese Weise kann das Risiko gezielt (par. 67) festgestellt werden, „das individuell durch den jeweiligen Spender aufgrund seines eigenen Sexualverhaltens besteht“ (par. 67; Hervorhebung durch RKL).

Ein Ausschluss wegen gleichgeschlechtlicher Sexualkontakte an sich, erst recht solcher, die länger als sechs Wochen zurückliegen und/oder gar nicht

ansteckungsfähig sind (bspw. gegenseitige Masturbation) vermag hingegen zur Verhinderung von Infektionen rein gar nichts beizutragen. Ein solcher Ausschluss, wie er in Österreich immer noch praktiziert wird, erweist sich als unzulässig, weil es „möglich (ist), die Höhe des Risikos zu bewerten, das individuell durch den jeweiligen Spender aufgrund seines eigenen Sexualverhaltens besteht.“ (par. 67).

Faktum 2:

Darüber hinaus ist der in Österreich praktizierte generelle Ausschluss von MSM (ohne Rücksicht auf ein tatsächliches Ansteckungsrisiko) schon deshalb unzulässig, weil er in Österreich – anders als nach den damaligen französischen Gesetzen im Ausgangsfall des Urteils *Léger* des EuGH – **nicht (!) gesetzlich vorgesehen** ist (par. 23, 52, 53). Keine Gesetzesbestimmung in Österreich sieht diesen Ausschluss vor. Die gesamte staatliche Verwaltung darf aber nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden (Art. 18 Abs 1 B-VG).

Faktum 3:

Bei nur rund 3.000 Hiv-positiven MSM und 3.763.193 männlicher Bevölkerung über 14 Jahren ist die **HIV-Inzidenzrate bei MSM** (die nicht nur homosexuelle Männer sondern auch alle bisexuellen und auch alle experimentierenden heterosexuellen Männer ebenso inkludiert wie alle Arten von Sex zwischen Männern, nicht nur Anal- und Oralverkehr) so **verschwindend gering (im Promillebereich)**, dass kein hohes (!) Risiko durch Blutspenden dieser (!) Bevölkerungsgruppe gegeben ist, weshalb der generelle (!) Ausschluss aller MSN auch schon deshalb unzulässig ist (par. 38, 65, 68). Hiv-positive MSM sind auf Grund ihrer Infektion ohnehin ebenso ausgeschlossen wie andere Hiv-positive Menschen.

Faktum 4:

Bei **heterosexuell agierenden Personen führt selbst ansteckungsgefährdender ungeschützter Sexualkontakt zu keinem Ausschluss**, wenn dieser nicht im Austausch von Geld oder Drogen erfolgt

oder mit Personen aus Ländern mit einer erhöhten AIDS-Rate (bei letzteren jedoch nur der Erstkontakt mit Personen aus solchen Ländern: vier Monate nach dem Erstkontakt entfällt der Ausschluss trotz laufender Sexualkontakte zu Personen aus solchen Ländern) (standardisierter Anamnesebogen der Blutkommission des BMG). **MSM hingegen sind allgemein und pauschal ausgeschlossen, selbst wenn sie geschützt verkehren, nur sexuelle Kontakte ohne Ansteckungsmöglichkeit praktizieren (wie bspw. gegenseitige Onanie) oder monogam leben. Das gleiche gilt sogar für Frauen, die mit MSM sexuelle Kontakte haben.** Wobei diese Frauen, um die Absurdität auf die Spitze zu treiben, nur 4 Monate ausgeschlossen sind, MSM jedoch 12 Monate! Begründung?

Faktum 5:

Dass in jenen Ländern (in und außerhalb Europas), die (zT seit Jahrzehnten) keinen solchen generellen Ausschluss praktizieren, das Gesundheitsrisiko beim Blutspenden deshalb größer sei, wird nicht behauptet. Obwohl das Rote Kreuz selbst den generellen Ausschluss für MSM mitunter über Jahre ausgesetzt hat, ist es zu keiner Infektion durch von MSM gespendetes Blut gekommen. Der einzigste Fall der letzten Jahre einer HIV-Infektion mit Spenderblut erfolgte beim Roten Kreuz durch Spendeblut einer Frau, die sich bei heterosexuellem Verkehr angesteckt hatte (Oma infiziert: HIV-Spende kam von Frau, oe24.at, 03.03.2013; Wienerin durch Blutkonserve mit HIV angesteckt, Kurier, 28.02.2013).

Faktum 6:

Es wurde bis heute auch kein einziger Fall einer HIV-Übertragung durch MSM-Personen bekannt, bei welchem nach dem Ableben eine **Organtransplantation** durchgeführt wurde (§ 5 OTPG). In all diesen Fällen, wo naturgemäß kein Fragebogen von Verstorbenen ausgefüllt werden kann und die Feststellung von MSM-Personen somit unmöglich ist, müsste es laut den Befürworter der aktuellen MSM-Diskriminierung, in hoher Weise zu Ansteckungen kommen. Das Gegenteil ist jedoch der Fall, wodurch auch

bei Lebenden eine Befragung nach allen MSM-Kontakten der letzten 12 Monate samt Ausschluss grundlos erscheint.

Faktum 7:

Völlig absurd wirkt auch die Tatsache, dass sich Spendezentren von **Stammzellen und Blutplasma** (wie z.B. Uni Wien oder BioLife) ebenso wie bei der reinen Blutspende, dem standardisierten Anamnesebogen der Blutkommission des BMG unterwerfen. Dies hat zur Folge, dass etwa **einem krebserkrankten Kind nicht geholfen werden kann, obwohl sein kerngesunder spendewilliger genetischer Zwilling vorhanden sein könnte, dieser aber als MSM-Person aufgrund des Ausschlusses beim BMG-Fragebogens es nicht einmal in das Stammzellenregister schafft.** Gleiches gilt für die aktuell medial häufig beworbenen und fraglos lebensrettenden **Plasmaspenden** von Personen **nach überstandener Coronainfektion**. Hier sind ebenso so gut wie jegliche MSM-Personen (alle, die in den letzten 12 Monaten nicht sexuell abstinert waren) von vorneherein aufgrund des BMG-Fragebogens ausgeschlossen, was öffentlich weitgehend unbekannt ist.

Faktum 8:

Während alle MSM und ihre Partnerinnen, wie dargelegt, ausgeschlossen sind (auch wenn sie stets Safer Sex hatten oder Kontakte ohne Risiko, wie wechselseitiges Onanieren, und auch wenn sie seit 30 Jahren in einer monogamen Partnerschaft leben), ist verschiedengeschlechtlicher (Risiko)Sex kein (!) Ausschlussgrund (standardisierter Anamnesebogen der Blutkommission des BMG). **Während also eine Frau, die einmal mit einem Mann geschützten Sex hatte, der mit 13 Jahren einmal mit einem Gleichaltrigen flüchtig onaniert hatte, vier Monate lang kein Blut mehr spenden darf, darf der heterosexuelle Mann, der wöchentlich (oder sogar öfter) ungeschützten Sex mit unbekanntem Gelegenheitspartnerinnen hat, jederzeit problemlos spenden (!).**

Diese Praktik ist es, die eine Gefahr darstellt. Der einzige Fall der letzten Jahre einer Übertragung durch Blutkonserven erfolgte, wie dargelegt, durch das Rote Kreuz mit einer Spende einer Frau, die sich durch heterosexuellen Verkehr infiziert hatte (siehe oben).

Zusammenfassung:

Anhand der obigen acht Fakten geht hervor, dass die aktuell in Österreich geübte Praxis des MSM-Ausschlusses unionsrechtswidrig ist und zudem auch fachlich unbegründet. Wie dargestellt hat der EuGH 2015 ausgesprochen, dass ein genereller Ausschluss von MSM nur innerhalb des diagnostischen Fensters und auch innerhalb dessen nur dann zulässig wäre, wenn ein hohes Ansteckungsrisiko auch durch gezielte Befragung zu den jeweiligen individuellen Risiken durch das jeweils eigene Sexualverhalten des jeweiligen Spenders nicht ausgeschlossen werden könnte.

Das kann es jedoch bei MSM ebenso wie es bei verschiedengeschlechtlichen Sexualkontakten möglich ist und tatsächlich auch praktiziert wird. **Schließlich basiert der General-Ausschluss von MSM auch lediglich auf Befragungen. Warum sollte dann nicht nach den tatsächlichen Risiken gefragt und der Ausschluss darauf gegründet werden können?!**

Die Blutkommission des BMG spricht in ihrem standardisierten Anamnesebogen durchgehend von MSM-Risikoverhalten, gründet ihren Ausschluss jedoch auf bloßes MSM-Verhalten, ohne darauf abzustellen, ob damit ein Risiko verbunden ist oder nicht.

Österreich diskriminiert mit seiner hartnäckig (und sogar entgegen dem bereits 2015 ergangenen Urteil des EuGH idS Sache *Léger*) aufrechterhaltenen Blutspendepaxis auf Grund des Geschlechts und auf Grund sexueller Orientierung, weshalb wir die beiden Petitionen vollinhaltlich unterstützen und um unverzügliche Umsetzung ersuchen.

Ein bloß allgemeines Verbot von „Diskriminierung“ oder „diskriminierenden Formulierungen“ erscheint jedoch nicht geeignet, den Pauschalausschluss von MSM wirksam zu beenden, weil dessen Befürworter eine Diskriminierung regelmäßig bestreiten und das Vorliegen einer sachlich gerechtfertigten Differenzierung behaupten.

Für eine wirklich wirksame Beendigung des Pauschalausschlusses muss **bundesgesetzlich** bestimmt werden, dass Ausschlüsse nicht auf Grund des Geschlechts oder sexueller Orientierung (weder unmittelbar noch mittelbar) differenzieren dürfen.

Für das Rechtskomitee Lambda (RKL)

Dr. Helmut Graupner e.h.
Präsident

Walter Dietz e.h.
Generalsekretär