

Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg)

# Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht

---

MANZ 

Stöger<sup>26</sup> zeigt auf, dass der französische Skandal um HIV-kontaminierte Blutprodukte und seine bis in die 1990er-Jahre andauernde gerichtliche Aufarbeitung die europarechtlichen Grundlagen für die nationalen Blutsicherheitsgesetze schuf und wäre es den Zweck dieser Bestimmungen ins Gegenteil verkehrend, würden Spender (eventuell sogar mit Risikoverhalten) ihren HIV-Status im Wege der Blutspende abklären lassen.

- 14 Verstöße gegen § 8 Abs 2, 3, 5, 6 oder 7 sind mit einer Verwaltungsstrafe bis zu EUR 7.720,- sanktioniert, ein Zuwiderhandeln gegen § 8 Abs 1 ist mit bis zu EUR 36.340,- Verwaltungsstrafe bedroht.

### Gesundheitliche Eignung

**§ 9. (1) Spender von Blut und Blutbestandteilen müssen für die Gewinnung von Blut oder Blutbestandteilen gesundheitlich geeignet sein.**

(2) Die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung von Spendern ist durch einen hiezu qualifizierten und zur selbständigen Berufsausübung in Österreich berechtigten Arzt vorzunehmen und hat dabei sowohl den Gesundheitsschutz des Spenders als auch die einwandfreie Beschaffenheit des entnommenen Blutes oder der entnommenen Blutbestandteile zu beachten.

*Stammfassung.*

**Literatur:** Stöger, Blutspende-Ausschluss Homosexueller diskriminierend? RdM 2015, 187.

- 1 Nach den Gesetzesmaterialien<sup>1</sup> ist wesentlich zur Sicherung des Spenderschutzes und zur Sicherheit der Transfusionskette, dass insb durch Erhebung einer Anamnese, einer Eignungsuntersuchung und entsprechende Laboruntersuchungen des Spenderblutes festgestellt wird, dass sowohl der Spender gesundheitlich geeignet, als auch die Beschaffenheit eines Blutes einwandfrei ist.

UE ist ein sicherer **Ausschluss von Risikogruppen** von der Blutspende überhaupt ein zentraler Punkt zur Erreichung der Ziele des BSG, insb des Empfängerschutzes.

Die **Entscheidung** und Verantwortung über die Zulassung zur Spende obliegt allein einem hiefür qualifizierten **Arzt**,<sup>2</sup> wenn auch **Teilbereiche der Prüfung** der gesundheitlichen Eignung durch **Angehörige nichtärztlicher Gesundheitsberufe** als hiezu qualifiziertes Personal übernommen werden können.<sup>3</sup>

Konkretisiert werden die Voraussetzungen in der gem § 21 erlassenen BSV.

- 2 Bereits in der Empfehlung des Rates vom 29. 6. 1998 über die Eignung von Blut- und Plasmaspendern und das Screening von Blutspenden in der Europäischen Gemeinschaft (98/463/EG) werden im Anhang II lit A die **physischen Zulassungskriterien** zum Schutz der Blut- und Plasmaspender dargestellt. Hier wird beispielsweise als physisches Zulassungskriterium das Alter des Spenders zwischen **18 und 65 Jahren** grundsätzlich empfohlen. Aus der Überschrift („Physische Zulassungskriterien“) des Anhangs II lit A und auch aus dem Umstand, dass von

26 Stöger, RdM 2015, 187.

1 ErläutRV 1430 BlgNR 20. GP 39.

2 Vgl §§ 6 f.

3 ErläutRV 1430 BlgNR 20. GP 39.

diesem (Alters-)Kriterium der Arzt Ausnahmen machen kann, ergibt sich uE, dass das Alterskriterium ein medizinisches, kein rechtliches ist. Auch wäre der Wegfall der Geschäfts-, Einsichts- oder Urteilsfähigkeit mit dem Erreichen des 65. Lebensjahres der (österreichischen) Rechtsordnung fremd.

In den Empfehlungen des Rates aus dem Jahr 1998 wird als Ausschlussgrund ua ein **Sexualverhalten**, bei dem ein hohes Risiko der Übertragung von Infektionskrankheiten besteht, darunter Geschlechtsverkehr gegen Geld oder Drogen, angeführt, was aus dem französischen Skandal um HIV-kontaminierte Blutprodukte resultieren dürfte. **3**

Auch in der RL der Kommission vom 22. 3. 2004 zur Durchführung der RL 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich bestimmter technischer Anforderungen für Blut- und Blutbestandteile<sup>4</sup> werden im Anhang III ausdrücklich die Zulassungskriterien für Spender von Vollblut und Blutbestandteilen konkretisiert; betreffend das Alter des Spenders werden hier grundsätzlich 18 bis 65 Jahre angegeben, wobei unter außergewöhnlichen Umständen von einem qualifizierten Angehörigen eines Gesundheitsberufs Ausnahmen gemacht werden können, woraus sich wiederum ergibt, dass das **Alter ein medizinisches Kriterium, kein juristisches** ist. Insofern schwer nachvollziehbar ist dann aber das im Anhang III der RL 2004/33/EG vorgesehene Kriterium der schriftlichen Zustimmung der Erziehungsberechtigten bei Spendern, die das 17. Lebensjahr (jedoch noch nicht das 18.) vollendet haben.

Die für die Praxis zentrale **Konkretisierung** der gesundheitlichen Eignung des Spenders erfolgte in der **BSV**. **4**

Gem § 9 Abs 2 hat die **Beurteilung** der gesundheitlichen **Eignung** eines Spenders aufgrund einer vor jeder Spende zu erhebenden Anamnese und einer durchzuführenden Untersuchung durch einen zur selbstständigen Berufsausübung in Österreich berechtigten **Arzt** zu erfolgen.

Die Anamnese ist in Form eines **Anamnesebogens** (oder eines Datenträgers) zu dokumentieren.<sup>5</sup> Die Vollständigkeit (und Richtigkeit) ist vom potentiellen **Spender** mit der **Unterschrift** zu bestätigen, diese ist auch vom **Arzt** gegenzuzeichnen.

Die umfassende Aufklärung (insb auch über die Risiken) ist mit Unterschrift des Spenders und des Arztes zu dokumentieren.<sup>6</sup>

Die Unterfertigung des Anamnesebogens auch durch den Spender ist dadurch gerechtfertigt, dass der Arzt bei Beurteilung allfälliger Ausschlussgründe nach der BSV auch auf die Angaben des Spenders angewiesen ist; es soll dem Spender durch seine Unterfertigung des Anamnesebogens die **Bedeutung dieser Angaben** vor Augen geführt werden, letztlich können falsche Auskünfte des Spenders während des Anamnesegespräches straf- und zivilrechtliche Haftungsfolgen haben.

Die (klinische und labordiagnostische) **Eignungsuntersuchung** des Patienten ist in § 4 BSV detailliert geregelt. Die Vornahme einzelner Tätigkeiten kann nach den berufsrechtlichen Vorschriften<sup>7</sup> auf nichtärztliches medizinisches Personal übertragen werden, wie beispielsweise die Messung des Körpergewichtes, Blutdruck, Pulsfrequenz. In diesem Zusammenhang vertritt das BMGFJ in einer detaillierten rechtlichen Stellungnahme den Standpunkt, dass die **Venenpunktion im Rahmen einer Blutspendezentrale** nach entsprechender ärztlicher Anordnung von dip- **5**

4 RL 2004/33/EG ABl L 2004/91, 25.

5 Vgl § 11 Abs 3 Z 4.

6 § 2 Abs 3 iVm 5 BSG.

7 GuKG, MTD-G.

lomierten Gesundheits- und Krankenschwestern/-pflegern und von biomedizinischen Analytikern ohne ärztliche Aufsicht sowie von medizinisch-technischen Fachkräften unter ärztlicher Aufsicht durchgeführt werden kann. Da Hebammen gem § 2 Abs 2 Z 11 HebG ärztlich angeordnete Maßnahmen – und damit auch die Blutabnahme aus der Vene – nur im Rahmen der Ausübung des Hebammenberufs durchführen dürfen, ist die Durchführung der Venenpunktion im Rahmen einer Blutspendezentrale nicht vom Tätigkeitsbereich der Hebamme umfasst.

Die (End-)Beurteilung der Befunde obliegt dem Arzt.<sup>8</sup> Dies entspricht auch einer rechtlichen Begründung des BM,<sup>9</sup> wonach nur ein Arzt mit *jus practicandi* und mit entsprechenden Kenntnissen sowie entsprechender Erfahrung die Anamnese erheben kann.

**6** In den §§ 5, 5 a und 6 unterscheidet die BSV zwischen **dauernden und zeitlich begrenzten Ausschlussgründen**.

Als **dauernde Ausschlussgründe** werden in § 5 BSV beispielsweise die Überschreitung des 65. Lebensjahres angeführt, wobei von diesem Ausschlussgrund (im Einzelfall) Ausnahmen aufgrund ärztlicher Beurteilung möglich sind.<sup>10</sup>

In § 5 Abs 1 lit s wird als „dauernder“ Ausschlussgrund „dauerndes“ Risikoverhalten für eine Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten, insb mit HIV und HBV, angeführt. International besteht Konsens darin, dass MSM-Kontakte<sup>11</sup> als Risikoverhalten einzustufen sind.

Mit der Frage, ob **MSM-Kontakte als dauerhafter Ausschlussgrund** von der Blutspende dem Diskriminierungsverbot wegen sexueller Orientierung nach Art 21 Abs 1 GRC entspricht, befasste sich kürzlich der EuGH.<sup>12</sup> Der EuGH vertrat hier die Rechtsansicht, dass ein derartiger dauerhafter Ausschluss nur erfolgen dürfte, wenn dies dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** entspricht; es muss aufgrund der gegenwärtigen medizinischen, wissenschaftlichen und epidemiologischen Erkenntnisse und Daten feststehen, dass ein bestimmtes Sexualverhalten für diese Person ein hohes Übertragungsrisiko birgt; zudem dürfen nicht weniger belastende Methoden als ein dauerhafter Ausschluss zur Verfügung stehen, wobei eine weniger belastende Methode insb auch eine gründliche Befragung des potentiellen Spenders durch eine qualifizierte Person wäre.

Stöger<sup>13</sup> interpretiert das Judikat uE zutreffend dahingehend, dass der lebenslange Ausschluss vom EuGH (zwischen den Zeilen) für überzogen betrachtet wird. Er weist auch zu Recht darauf hin, dass in **Österreich die Praxis<sup>14</sup> strenger ist als die Rechtslage**. Auch in Österreich ist nämlich (wie in Frankreich) ein Spender, der MSM-Kontakte hatte, dauerhaft von der Blutspende ausgeschlossen. Die Rechtslage gibt diesen dauernden Ausschluss jedoch nicht her, zumal § 5 Abs 1 lit s BSV auf „dauerndes“ Risikoverhalten für eine Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten abstellt, nicht auf zurückliegendes. Vielmehr wird dieses Risikoprofil in § 6 Abs 2 Z 15 BSV als **zeitlich begrenzter Ausschlussgrund** erfasst, konkret für 12 Monate nach „diesem Ereignis“ (gemeint: dem letzten MSM-Kontakt). Dieser zeitlich begrenzte Ausschluss ist uE wiederum **verhältnismäßig** und steht damit nicht in Widerspruch zum Diskriminierungsverbot

8 § 4 Abs 6 BSV.

9 GZ 22.313/9-VIII/D/21/01.

10 § 5 Abs 3 BSV.

11 Männer, die Sex mit Männern haben.

12 EuGH 29. 4. 2015, C-528/13, *Léger*.

13 *Stöger*, RdM 2015, 187.

14 [www.rotekreuz.at/blutspende/informationen-zur-blutspende/wer-darf-blutspenden/](http://www.rotekreuz.at/blutspende/informationen-zur-blutspende/wer-darf-blutspenden/) (abgefragt am 1. 12. 2015).