Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 17. Juli 2014[1]

Rechtssache C-528/13

Geoffrey Léger
gegen
Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes
und
Établissement français du sang

(Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal administratif de Strasbourg [Frankreich])

„Öffentliche Gesundheit — Blutspende — Zulassungskriterien für Spender — Kriterien für einen Ausschluss oder eine Rückstellung — Endgültiger Ausschluss von Männern, die sexuelle Beziehungen zu einem anderen Mann hatten — Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung — Verhältnismäßigkeit“

Inhaltsverzeichnis

I – Rechtlicher Rahmen 2
A – Unionsrecht 2
B – Französisches Recht 3
II – Ausgangsverfahren und Vorlagefrage 4
III – Verfahren vor dem Gerichtshof 5
IV – Rechtliche Würdigung 5
A – Zusammenfassung des Standpunkts der französischen Regierung 5
B – Würdigung 7
1. Zur Auslegung von Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 8

1 — Originalsprache: Französisch.

a) Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie kann nur durchgeführt werden, wenn ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten vorliegt. 8

b) Stellt der Umstand, dass ein Mann sexuelle Beziehungen zu einem anderen Mann hatte oder hat, ein Sexualverhalten im Sinne von Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 dar? 9

2. Zum Wertungsspielraum, den die Richtlinie 2004/33 den Mitgliedstaaten einräumt, und zu der diesen zuerkannten Möglichkeit, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen 11

a) Die Beachtung der Bestimmungen des Vertrags als Grenze für die Ausübung nationaler Befugnisse 11

b) Die Ministerialverordnung enthält eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Verbindung mit der sexuellen Ausrichtung 12

c) Ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt und verhältnismäßig? 13

V – Ergebnis 16

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen wirft eine heikle Frage auf, nämlich die der Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme, die Männer, die sexuelle Beziehungen zu anderen Männern hatten oder haben, dauerhaft von der Blutspende ausschließt, mit dem Unionsrecht.

I – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

2. Der unionsrechtliche Rahmen kann wie folgt zusammengefasst werden.

3. Die auf der Grundlage von Art. 152 Abs. 4 Buchst. a EG (jetzt Art. 168 Abs. 4 Buchst. a AEUV) erlassene Richtlinie 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG [2] geht darauf zurück, dass der Unionsgesetzgeber eine Situation feststellte, in der „die Qualität und Sicherheit [von Vollblut, Plasma und Blutzellen menschlichen Ursprungs], sofern sie zur Transfusion vorgesehen sind und nicht als solche verarbeitet werden, durch keinerlei verbindliche Rechtsvorschrift der Gemeinschaft geregelt wird“ [3]. Der Unionsgesetzgeber teilte deshalb seine Absicht mit, Vorschriften zu erlassen, die gewährleisten, dass „Blut und seine Bestandteile unabhängig von ihrem Verwendungszweck in allen Mitgliedstaaten in der gesamten Bluttransfusionskette von gleicher Qualität und Sicherheit sind“, wobei die Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards dazu beitragen soll, das Vertrauen der Öffentlichkeit zu stärken [4]. Die Richtlinie 2002/98 soll somit Qualitäts- und Sicherheitsstandards für menschliches Blut und Blutbestandteile festlegen mit dem

2 — ABl. 2003, L 33, S. 30.

3 — Dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/98.

4 — Dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/98.

Ziel, ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten [5]. Sie hat die Mitgliedstaaten u. a. verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass nur Einrichtungen, die ordnungsgemäß benannt und anerkannt worden sind, Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von Blut und Blutbestandteilen ausüben und dass sie verschiedenen Inspektionen und Kontrollmaßnahmen unterzogen werden [6]. Sie hat außerdem die Grundsätze der Rückverfolgbarkeit des Blutes, der Unentgeltlichkeit und Freiwilligkeit der Blutspende sowie der Pflicht zur Testung jeder Blutspende festgelegt [7].

4. Dagegen wurden die Anforderungen an die Eignung von Blut- und Plasmaspendern, d. h. insbesondere die Kriterien für einen Ausschluss und die Kriterien für eine Rückstellung, nicht durch die Richtlinie 2002/98 erlassen, sondern vielmehr durch die Richtlinie 2004/33/EG der Kommission vom 22. März 2004 zur Durchführung der Richtlinie 2002/98 hinsichtlich bestimmter technischer Anforderungen für Blut und Blutbestandteile [8] in Anwendung des Ausschussverfahrens nach Art. 28 der Richtlinie 2002/98 [9].

5. Somit sind diese Anforderungen in der Richtlinie 2004/33 festgelegt. In deren Anhang III sind die Eignungskriterien für Spender von Vollblut oder Blutbestandteilen festgelegt. Nr. 2 des Anhangs III regelt die Ausschlusskriterien für diese Spender.

6. In Nr. 2.1 des Anhangs III sind in einer Tabelle die Ausschlusskriterien für Fremdblutspender aufgezählt [10]. Das in der Tabelle aufgeführte Sexualverhalten wird wie folgt beschrieben: „Personen, deren Sexualverhalten ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt“.

7. In Nr. 2.2 des Anhangs III sind die Rückstellungskriterien für Fremdblutspender aufgezählt, und Nr. 2.2.2 dieses Anhangs betrifft insbesondere die Rückstellungskriterien im Zusammenhang mit einer Exposition gegenüber dem Risiko, an einer durch Transfusionen übertragbaren Infektion zu erkranken. Für die in der Tabelle aufgeführten „Personen mit einem Verhalten oder einer Tätigkeit, das/die ein hohes Risiko für durch Blut übertragene Infektionskrankheiten birgt“, gilt die folgende Regelung: „Rückstellung nach Beendigung des Risikoverhaltens für einen Zeitraum, der je nach Krankheit und Verfügbarkeit geeigneter Tests festgelegt wird“.

B – *Französisches Recht*

8. Die Ministre de la Santé et des Sports erließ am 12. Januar 2009 eine Verordnung über die Kriterien für die Auswahl von Blutspendern [11] (im Folgenden: Ministerialverordnung).

9. Art. 1 der Ministerialverordnung legt die Bedingungen fest, unter denen eine Blutspende durchgeführt werden kann. Nach Art. 1 Abschnitt V Nr. 1, der die klinischen Merkmale des Spenders betrifft, ist es Sache der zur Auswahl der Spender berechtigten Person, die Möglichkeit einer Spende im Hinblick auf Kontraindikationen und deren Dauer, ihr früheres Vorhandensein und ihre Entwicklung anhand von Fragen zu beurteilen, die den Fragebogen im Vorfeld der Spende ergänzen [12].

5 — Art. 1 der Richtlinie 2002/98.

6 — Art. 5 und 8 der Richtlinie 2002/98.

7 — Art. 14, 20 und 21 sowie Anhang IV der Richtlinie 2002/98.

8 — ABl. L 91, S. 25.

9 — Vgl. Art. 29 der Richtlinie 2002/98.

10 — D. h. Blutspenden zur Verwendung bei anderen Personen und nicht beim Spender selbst; nur diese interessieren uns im Rahmen der vorliegenden Rechtssache (vgl. Nr. 2 des Anhangs I der Richtlinie 2004/33).

11 — JORF vom 18. Januar 2009, S. 1067.

12 — Der Fragebogen kann unter der folgenden Adresse eingesehen werden: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

Diese Fragen werden gegebenenfalls in dem Gespräch gestellt, das systematisch vor einer Spende geführt wird. Diese Vorschrift bestimmt weiter, dass eine Blutspende aufgeschoben wird, wenn auf den Spender eine in einer der Tabellen des Anhangs II der Ministerialverordnung aufgeführte Kontraindikation zutrifft. Es ist vorgesehen, dass die Gesundheitsbehörden Kontraindikationen für Blutspenden entsprechend besonderen epidemiologischen Situationen oder den Daten der Hämovigilanz ändern, hinzufügen oder streichen können.

10. Anhang II der Ministerialverordnung enthält Tabellen mit den Kontraindikationen. Konkret enthält Tabelle B die Kontraindikationen im Fall eines Risikos für den Empfänger. Der Teil der Tabelle B, der das Risiko der Übertragung einer Virusinfektion betrifft, stellt sich wie folgt dar:

Übertragung einer Virusinfektion	Gefahr der Ansteckung des Blutspenders mit einer sexuell übertragbaren Infektionskrankheit	ungeschützter Geschlechtsverkehr mit einem Gelegenheitspartner	KI[*] von vier Monaten nach dem letzten ungeschützten Geschlechtsverkehr
		Mehrere Sexualpartner: mehr als ein Partner in den letzten vier Monaten	KI von vier Monaten nach Beendigung dieser Partnerschaften
		Mann, der sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatte	dauerhafte KI
		Ungeschützter Geschlechtsverkehr mit einem neuen Partner seit weniger als zwei Monaten	KI von vier Monaten nach dem letzten ungeschützten Geschlechtsverkehr
	Gefahr der Ansteckung des Sexualpartners des Blutspenders mit einer sexuell übertragbaren Infektionskrankheit	Partner, der selbst mehr als einen Partner in den letzten vier Monaten hatte	KI von vier Monaten
		Partner, der Drogen oder Dopingsubstanzen mittels Injektion verwendet hat, wenn der serologische HIV[**]- und HBV-Status nicht bekannt ist	KI von vier Monaten nach dem letzten Geschlechtsverkehr
		Partner mit positiver Serologie für HIV, HTLV, HCV, HBV (HBs-Ag +)	KI von vier Monaten nach dem letzten Geschlechtsverkehr …
		Partner, der in der letzten Zeit eine sexuell übertragbare Krankheit hatte oder dagegen behandelt wird	KI von vier Monaten nach der Gesundung des Partners

* KI: Kontraindikation.
** HIV: Humanes Immundefizienz-Virus.

II – **Ausgangsverfahren und Vorlagefrage**

11. Am 29. April 2009 lehnte der Arzt des Établissement français du sang (EFS) die Blutspende, die Herr Léger abgeben wollte, mit der Begründung ab, dass Letzterer angegeben hatte, homosexuell zu sein.

12. Der Arzt des EFS wandte bei seiner ablehnenden Entscheidung die Ministerialverordnung an, nach der die Tatsache, dass ein Mann sexuelle Beziehungen zu einem anderen Mann hatte, als dauerhafte Kontraindikation für Blutspenden angesehen wird.

13. Herr Léger erhob beim vorlegenden Gericht Klage auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung. Er trägt u. a. vor, dass die Ministerialverordnung dadurch, dass sie die oben erwähnte dauerhafte Kontraindikation festlege, die Richtlinie 2004/33 und insbesondere ihren Anhang II Teil B [13] und ihren Anhang III Nr. 2.1 verletze. Die Ministerialverordnung verletze im Übrigen auch die Art. 3, 8 und 14 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) sowie den Gleichheitsgrundsatz.

14. Da das Tribunal administratif de Strasbourg Zweifel hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts hegt, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof mit einer am 8. Oktober 2013 bei dessen Kanzlei eingegangenen Vorlageentscheidung gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Stellen im Licht 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, das den dauerhaften Ausschluss von Personen mit einem solchen Sexualverhalten von der Blutspende rechtfertigt, oder sind sie lediglich geeignet, je nach den Umständen des Einzelfalls ein Sexualverhalten mit einem hohen Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare Infektionskrankheiten darzustellen, das die vorübergehende Rückstellung von der Blutspende für eine bestimmte Dauer nach Beendigung des Risikoverhaltens rechtfertigt?

III – **Verfahren vor dem Gerichtshof**

15. Nur die französische Regierung und die Europäische Kommission haben beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen abgegeben.

IV – **Rechtliche Würdigung**

A – *Zusammenfassung des Standpunkts der französischen Regierung*

16. Nach Ansicht der französischen Regierung verwehrt die Richtlinie 2004/33 einem Mitgliedstaat nicht, sexuelle Beziehungen eines Mannes zu einem anderen Mann (MSM) [14] als Sexualverhalten mit einem hohen Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten anzusehen, das einen dauerhaften Ausschluss von einer Blutspende rechtfertigt.

17. Erstens stelle ein Sexualverhalten eines Mannes, der sexuelle Beziehungen zu einem anderen Mann habe, als solches ein Sexualverhalten dar, das einen dauerhaften Ausschluss von der Blutspende rechtfertige. Die Richtlinie 2002/98 gehöre in einem weiteren Sinne in den Kontext der Einführung einer gemeinsamen Gesundheitspolitik; mit ihr werde nach verschiedenen Fällen der Infektion durch Transfusion bezweckt, durch ein koordiniertes Vorgehen bei der Sicherheit von Blut hohe Qualitäts- und Sicherheitsstandards festzulegen – Ziele, die in der Richtlinie allgegenwärtig seien. Dementsprechend sei die Richtlinie 2002/98 auf der Grundlage von Art. 152 Abs. 4 Buchst. a EG

13 — Teil B des Anhangs II der Richtlinie 2004/33 betrifft die Informationen, die die Blutspendeeinrichtungen bei jeder Blutspende von den Spendern einzuholen haben.

14 — Das Akronym MSM („men having sex with men“) wurde in den 1990er Jahren von Epidemiologen zur Beschreibung von Männern entwickelt, die sexuelle Beziehungen zu anderen Männern haben, gleichgültig, ob sie auch sexuelle Beziehungen zu Frauen oder eine in persönlicher oder sozialer Hinsicht bi- oder homosexuelle Identität haben (Quelle: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, revidierte Fassung, Oktober 2011, S. 19).

erlassen worden. Vorrangiges Ziel sei außerdem der Schutz des Empfängers der Blutspende, und insoweit werde in der Richtlinie betont, dass die Blutspenden von Personen gewonnen werden müssten, deren Gesundheitszustand schädliche Folgen aufgrund der Blutspende ausschließe, und dass das Risiko einer Übertragung von Infektionskrankheiten so weit wie möglich reduziert werden müsse [15]. Die Auswahl der Spender sei gerade einer der drei Wege, um das Risiko zu verringern [16].

18. Die Richtlinie 2004/33 sehe zwar vor, dass Personen, deren Sexualverhalten das hohe Risiko einer Übertragung von durch Blut übertragbaren schweren Infektionskrankheiten berge, dauerhaft von der Blutspende ausgeschlossen werden müssten, doch definiere sie diesen Begriff nicht. Außerdem werde dasselbe Risikoverhalten von Nr. 2.2.2 des Anhangs III erfasst, die die Kriterien für Rückstellungen nenne. Im Übrigen gebe es Unterschiede in den anderen Sprachfassungen. In einem solchen Fall müssten nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs die Systematik und die Zielsetzung der Richtlinie herangezogen werden, die nach Ansicht der französischen Regierung in der größtmöglichen Begrenzung des Risikos und der Einführung hoher Sicherheits- und Qualitätsstandards besteht. In diesem Kontext rechtfertige ein vorübergehendes Risiko eine Rückstellung, während ein höheres Risiko, das eine strengere Maßnahme rechtfertigen könne, ein Grund für einen Ausschluss sein müsse. Da die Union in diesem Bereich ergänzend zu den Mitgliedstaaten und unter Beachtung der Verantwortung Letzterer [17] tätig werde, sei es Sache der Mitgliedstaaten, das Risiko entsprechend ihrer eigenen epidemiologischen Situation zu beurteilen.

19. In diesem Zusammenhang verweist die französische Regierung auf statistische Daten, die zeigten, dass der Anteil der mit HIV lebenden Personen [18] in der Gruppe der MSM 65-mal höher sei als in der restlichen Bevölkerung. Was die Inzidenz der HIV-Infektionen betreffe [19], so hätten im Jahr 2008 von 6 940 erfassten Neuinfektionen 3 320 Personen zur Gruppe der MSM gehört. In Anbetracht der Fensterphase, in der HIV-1- und HIV-2-Viren im Rahmen des Screenings nicht entdeckt werden könnten – 12 bzw. 22 Tage –, sei eine solche Situation besonders problematisch für Blutspenden. Der Europarat habe in seiner Resolution vom 27. März 2013 [20] im Übrigen bestätigt, dass für die Gruppe der MSM ein hohes Ansteckungs- und somit Übertragungsrisiko hinsichtlich durch Blut übertragbarer schwerer Infektionskrankheiten bestehe.

20. Zweitens trägt die französische Regierung vor, dass angesichts dieser Informationen eine bloße Rückstellung nicht möglich sei. So empfehle der Europarat, eine zeitlich begrenzte Kontraindikation nur dann anzuwenden, wenn festgestellt worden sei, dass das betreffende Verhalten kein hohes Risiko berge. Bei der Beurteilung der Auswirkungen von Blutspenden aus der Gruppe der MSM auf die Transfusionssicherheit sei der Europarat aber zu dem Schluss gekommen, dass sich das Risiko der Übertragung von HIV erhöhe [21]. Nach Ansicht der französischen Regierung birgt das Verhalten der MSM ein erhöhtes, nicht vorübergehendes Risiko, wie die bereits erwähnten statistischen Daten belegten. Sie führt weiter aus, dass das Restrisiko einer Ansteckung mit HIV – d. h. das Verhältnis der infizierten Spenden zur Gesamtzahl der Spenden – bei einer potenziell infizierten Spende von 2 900 000 liege und dass die Hälfte der mit HIV infizierten Spenden aus der Gruppe der MSM stamme, die trotz der dauerhaften Kontraindikation immer häufiger dazu tendiere, Blut zu spenden. Der Übergang von einem Ausschluss zu einer Rückstellung würde ein falsches Signal an die Gruppe

15 — 24. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/98.

16 — Zusammen mit dem Testen jeder Blutspende und einer virenhemmenden Behandlung.

17 — Die französische Regierung erwähnt hier Art. 168 Abs. 7 AEUV.

18 — D. h. die Verbreitung, die herkömmlicherweise definiert wird als der Anteil von Personen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt mit HIV in einer bestimmten Bevölkerungsgruppe leben (Quelle: *Guide terminologique de l'ONUSIDA*, S. 23).

19 — D. h. die Zahl der Personen, die sich in einem bestimmten Zeitraum in einer bestimmten Bevölkerungsgruppe neu mit HIV infiziert haben (Quelle: *Guide terminologique de l'ONUSIDA*, S. 16).

20 — Resolution CM/Res(2013)3 des Ministerkomitees des Europarates vom 27. März 2013 betreffend sexuelle Verhaltensweisen von Blutspendern, die sich auf die Transfusionssicherheit auswirken.

21 — Die französische Regierung stützt sich in diesem Punkt auf die Resolution CM/Res(2013)3.

der MSM senden, die trotz allem gegenwärtig dazu neige, sich von der Transfusionskette selbst auszuschließen, und brächte die Gefahr mit sich, dass die Blutspende in eine zusätzliche Möglichkeit des HIV-Screenings umgewandelt und die Bedeutung der allgemeinen Diskussion über die HIV-Prävention bagatellisiert werde.

21. Die französische Regierung trägt ferner vor, dass Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 die praktische Wirksamkeit genommen würde, wenn entschieden würde, dass der dauerhafte Ausschluss der MSM gegen diese Richtlinie verstoße. Es gebe zwar weitere sexuelle Verhaltensweisen, bei denen ein Ansteckungsrisiko bestehe [22], doch bei all diesen sei das Risiko der Ansteckung mit durch Blut übertragbaren schweren Infektionskrankheiten geringer als bei der Gruppe der MSM, wie die oben angeführten statistischen Daten belegten. Wenn ein solches Risiko nicht dem in Nr. 2.1 des Anhangs III genannten Fall entspreche, sei fraglich was diesem Fall dann wohl entsprechen könne. Die französische Regierung kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass für die Gruppe der MSM nur ein dauerhafter Ausschluss möglich sei.

22. Drittens könne ein Mitgliedstaat, selbst wenn Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 dahin auszulegen wäre, dass für die Gruppe der MSM nur eine Rückstellung vorgesehen werden könne, jederzeit stärker schützende Maßnahmen anwenden und entscheiden, dass ein derart hohes Übertragungsrisiko einen Ausschluss rechtfertige. Die französische Regierung weist auf Art. 6 Buchst. a AEUV und Art. 168 Abs. 4 Buchst. a AEUV hin. Letzterer sehe vor, dass die Mitgliedstaaten solche Maßnahmen beibehalten oder einführen könnten, worauf nicht nur im 22. Erwägungsgrund, sondern auch in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2002/98 hingewiesen werde, in dem es heiße, dass diese Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen, sofern diese im Einklang mit dem Vertrag stünden. Da der Schutz der menschlichen Gesundheit und des Lebens von Personen nach ständiger Rechtsprechung an erster Stelle der von der Union geschützten Güter und Interessen stehe und es den Mitgliedstaaten freistehe, über das Schutzniveau und die Art und Weise seiner Erreichung zu entscheiden, sei ein Mitgliedstaat durch nichts daran gehindert, die Auffassung zu vertreten, dass die Gruppe der MSM wegen des hohen Risikos, dem Spender in dieser Gruppe ausgesetzt seien – ein Risiko, das durch die von der französischen Regierung vorgelegten epidemiologischen Daten bestätigt werde –, dauerhaft vom Spenden ausgeschlossen werden müsse. Somit sei die strengere Schutzmaßnahme, die ein solcher dauerhafter Ausschluss darstelle, im Hinblick auf das verfolgte legitime Ziel verhältnismäßig.

B – *Würdigung*

23. Als Erstes ist zu prüfen, ob sexuelle Beziehungen eines Mannes zu einem anderen Mann ein „Sexualverhalten“ darstellen, das ein hohes Übertragungsrisiko für schwere Infektionskrankheiten im Sinne von Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 birgt.

24. Falls dies nicht der Fall sein sollte, ist als Zweites zu prüfen, ob ein Mitgliedstaat in Wahrnehmung des Wertungsspielraums, der ihm im Bereich der öffentlichen Gesundheit herkömmlicherweise eingeräumt ist, eine Maßnahme erlassen kann, die die öffentliche Gesundheit stärker schützt, wie den dauerhaften Ausschluss der Gruppe der MSM von der Blutspende.

22 — Etwa ungeschützte sexuelle Beziehungen zu einem Gelegenheitspartner oder einem neuen Partner seit weniger als zwei Monaten, sexuelle Beziehungen zu mehr als einem Partner in den letzten vier Monaten oder sexuelle Beziehungen zu einem Partner, der in den letzten vier Monaten selbst mehr als einen Partner gehabt habe.

1. Zur Auslegung von Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33

a) Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie kann nur durchgeführt werden, wenn ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten vorliegt.

25. Die Frage, wie der Ausschlussgrund in Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 auszulegen ist, ist umstritten, zumal, wie die französische Regierung unterstrichen hat, einer der in Nr. 2.2.2 dieses Anhangs aufgezählten Gründe für eine Rückstellung gleich formuliert ist, da er die „Personen mit einem Verhalten oder einer Tätigkeit, das/die ein *hohes Risiko* für durch Blut übertragene Infektionskrankheiten *birgt*“ [23], nennt. Es kann offensichtlich nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, vorzusehen, dass ein Verhalten, das gleich definiert wird, sowohl zu einem Ausschluss als auch zu einer Rückstellung führen kann. Die französische Regierung und die Kommission haben in diesem Punkt auf Unterschiede in den verfügbaren Sprachfassungen des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 hingewiesen.

26. Nach den betrachteten Sprachfassungen ist entweder die Rückstellung nur bei einem einfachen, der Ausschluss dagegen bei einem hohen Risiko vorgesehen [24], oder Anhang III spricht in beiden Fällen von einem hohen Risiko [25], oder er bezieht sich, wie in der französischen Fassung, ebenfalls in beiden Fällen nur auf den Begriff „Risiko“, ohne dies zu präzisieren [26]. Das Erfordernis einer einheitlichen Auslegung des Unionsrechts schließt aber aus, dass im Zweifelsfall der Wortlaut einer Vorschrift isoliert betrachtet wird, sondern gebietet vielmehr eine Auslegung im Licht auch der anderen amtlichen Sprachfassungen – ein Vergleich, der, wie wir gesehen haben, nicht mehr Klarheit bringt – und anhand der allgemeinen Systematik und des Zweckes der Regelung, zu der die Vorschrift gehört [27]. Mit anderen Worten, die bloße Tatsache, dass Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 in der französischen Fassung nur die Personen nennt, deren Sexualverhalten sie einem „einfachen“ Risiko der Ansteckung mit schweren Infektionskrankheiten aussetzt, ist für sich allein nicht ausreichend, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der im nationalen Recht vorgesehene dauerhafte Ausschluss mit der Richtlinie vereinbar ist.

27. Da die Richtlinie 2004/33 die technischen Anforderungen der Richtlinie 2002/98 präzisiert, verfolgt sie den gleichen Zweck wie diese. Wie die französische Regierung dargelegt hat, hat der Gesetzgeber die Verbesserung der Qualität und der Sicherheit der Transfusionskette zu einer Priorität der Richtlinie 2002/98 gemacht.

28. Ihr Erlass erfolgte in einem Kontext, in dem es zuvor in den Mitgliedstaaten zu Ausfällen ihrer Überwachungs- und Sicherungssysteme für die Transfusionskette gekommen war. Infolgedessen griffen die supranationalen Behörden sowohl auf der Ebene des Europarats [28] als auch auf Unionsebene die Frage auf. Aber erst mit der Richtlinie 2002/98, deren Rechtsgrundlage Art. 152 Abs. 4 Buchst. a EG ist, in dem der Erlass von „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards … für Blut“ vorgesehen war, schuf die Union ihre ersten verbindlichen

23 — Hervorhebung nur hier.

24 — Vgl. z. B. die italienische, die griechische, die englische und die portugiesische Sprachfassung.

25 — Vgl. z B. die spanische und die deutsche Sprachfassung.

26 — Eine Ungenauigkeit gibt es auch hinsichtlich des Wortlauts von Nr. 2.2.2 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33. Die französische Fassung nennt das Sexualverhalten oder die Berufstätigkeit, die spanische und die italienische Sprachfassung erwähnen nur das Verhalten oder die sexuelle Aktivität, während die portugiesische Sprachfassung nur das Verhalten oder die Aktivität nennt, ohne deren Natur zu präzisieren, um nur von diesen Sprachfassungen der Richtlinie 2004/33 zu sprechen.

27 — Vgl. aus einer umfangreichen Rechtsprechung Urteile Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung) und Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

28 — Ich werde z. B. die Empfehlung Nr. R(95) 14 des Ministerkomitees des Europarats vom 12. Oktober 1995 über den Gesundheitsschutz von Spendern und Empfängern bei Bluttransfusionen zitieren.

Vorschriften in diesem Bereich [29]. Das Ziel der Qualität und Sicherheit ist darin allgegenwärtig [30]. Es geht darum, die Übertragung von Krankheiten zu verhindern [31], indem sichergestellt wird, dass die Spenden von Personen kommen, deren Gesundheitszustand schädliche Folgen aufgrund der Blutspende ausschließt und jegliches Risiko einer Übertragung so weit wie möglich reduziert [32], um dadurch das Vertrauen der Bevölkerung zu stärken [33]. Dieselben Anliegen finden sich auch in der Richtlinie 2004/33 [34], deren erklärtes Ziel die Gewährleistung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus ist [35].

29. Es ist somit offensichtlich, dass die Anhänge der Richtlinie 2004/33 im Licht dieses Zieles auszulegen sind. Meines Erachtens muss – wie auch die französische Regierung in ihren Schriftsätzen anerkennt – Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 dahin ausgelegt werden, dass Personen, deren Sexualverhalten ein *hohes* Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt, endgültig von der Blutspende ausgeschlossen werden. Eine solche Auslegung erscheint nicht nur angebracht, damit die vom Unionsgesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen den Gründen für eine Rückstellung und den Gründen für einen Ausschluss ihre volle Relevanz behält, sondern steht offenkundig auch mit dem ebenfalls in der Richtlinie vorhandenen Gedanken einer größtmöglichen Reduzierung jeglichen Übertragungsrisikos im Einklang. Demnach führt ein hohes Risiko zu einem Ausschluss, während ein geringeres, beschränkteres Risiko nur eine Rückstellung zur Folge hat.

b) Stellt der Umstand, dass ein Mann sexuelle Beziehungen zu einem anderen Mann hatte [36] oder hat, ein Sexualverhalten im Sinne von Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 dar?

30. Zwar scheint sich die Grenze zwischen Rückstellung und Ausschluss in Anbetracht der vorstehenden Ausführungen klarer abzuzeichnen, doch ist noch zu klären, was ein „Sexualverhalten“ mit hohem Ansteckungsrisiko sein kann.

31. Was diese Frage betrifft, enthalten die dem Gerichtshof vorgelegten Unterlagen keine Angaben zu den Vorarbeiten zur Richtlinie 2004/33, aus denen sich ergeben könnte, was der Gesetzgeber unter „Sexualverhalten“ verstehen wollte, und die Richtlinie enthält insoweit keine Definition. Eine Prüfung der Dokumente des Europarats bringt auch keine Klarheit, da das Ministerkomitee sich darauf beschränkt hat, ein sexuelles Risikoverhalten als „Sexualverhalten, durch das die betroffenen Personen einem Risiko oder einem hohen Risiko der Ansteckung mit durch Blut übertragbaren schweren Infektionskrankheiten ausgesetzt sind“, zu definieren [37]. Man muss deshalb auf den allgemeinen Wortsinn zurückgreifen.

32. Rein wörtlich betrachtet bezeichnet das „Verhalten“ die Art und Weise, wie eine Person sich verhält, ihre Art, sich zu benehmen; es handelt sich um die Gesamtheit ihrer Reaktionen, d. h. um ihr Benehmen [38]. Der Begriff des Verhaltens führt *a priori* zu einer subjektiven Bewertung, und das Sexualverhalten wäre demnach durch die sexuellen Gewohnheiten und Praktiken der betroffenen Person gekennzeichnet, mit anderen Worten, durch die konkreten Bedingungen, unter denen die fragliche(n) sexuelle(n) Beziehung(en) stattfindet (stattfinden).

29 — Vgl. dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/98. Zu den nicht verbindlichen Aktionen, die die Organe unternommen haben, vgl. die Erwägungsgründe 6 bis 9 der Richtlinie.

30 — Vgl. die Erwägungsgründe 1, 3 und 5 sowie Art. 1 der Richtlinie 2002/98.

31 — Erwägungsgründe 1 und 2 der Richtlinie 2002/98.

32 — 24. Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/98.

33 — Erwägungsgründe 3 und 6 der Richtlinie 2002/98.

34 — Vgl. u. a. Erwägungsgründe 2 und 4 sowie Art. 4 und 6 der Richtlinie 2004/33.

35 — Erster Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/33.

36 — Gemäß dem Wortlaut des Fragebogens.

37 — Vgl. Anhang 1 der Resolution CM/Res(2013)3.

38 — Nach der Definition in *Le petit Larousse illustré*, Ausgabe 2011, Larousse, Paris.

33. Folglich stellt sich eine Frage: Soll der dauerhafte Ausschluss der Gruppe der MSM eine bestimmte sexuelle Ausrichtung oder vielmehr ein tatsächliches Verhalten im eigentlichen Sinne treffen?

34. Das in der Ministerialverordnung verwendete Ausschlusskriterium ist nämlich die Tatsache, dass ein Mann sexuell aktiv ist in dem Sinne, dass er eine sexuelle Beziehung zu einem Mann unterhielt oder unterhält, wobei die Bedingungen dieser Beziehung(en), die Häufigkeit oder die ausgeübten Praktiken keine Rolle spielen. Natürlich basiert die Formulierung des Kriteriums nicht ausdrücklich und unmittelbar auf der sexuellen Ausrichtung, da die Kategorie MSM offiziell nicht nach der sexuellen Ausrichtung definiert wird [39]. Aber das Kriterium enthält dennoch eine Art unwiderlegbarer Vermutung, dass eine MSM-Beziehung zwangsläufig und systematisch ein hohes Ansteckungsrisiko in sich birgt. Und in der Praxis wird im Wesentlichen, wenn nicht ausschließlich [40], die Gesamtheit der homo- und bisexuellen Männer auf Dauer tatsächlich von der Spende ausgeschlossen, nur weil diese Männer sexuelle Beziehungen zu einem anderen Mann hatten oder haben.

35. Meines Erachtens ist das verwendete nationale Kriterium auf eine Art und Weise formuliert, die zugleich zu weit und zu generisch ist, während der Begriff „Sexualverhalten“, den der Unionsgesetzgeber verwendet, die Feststellung eines konkreten Handelns, eines konkreten Auftretens erfordert, durch das der potenzielle Blutspender einem hohen Ansteckungsrisiko ausgesetzt wird. Im Übrigen hat die Kommission bereits hervorgehoben, dass das „Sexualverhalten“ im Sinne der Richtlinie 2004/33 nicht als Synonym für „sexuelle Ausrichtung“ zu verstehen sei [41].

36. Die Schlussfolgerung, dass nach Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 solche Personen für immer von der Blutspende auszuschließen sind, für die ein konkretes, detailliertes Verhalten festgestellt wurde, durch das sie einem hohen Risiko ausgesetzt waren oder sind, und dass nach dieser Bestimmung ein so generischer Ausschluss wie der in der Ministerialverordnung vorgesehene nicht zulässig ist, führt entgegen der Auffassung der französischen Regierung nicht dazu, dass Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 ihre praktische Wirksamkeit genommen wird. Allerdings müssen die Kriterien für einen dauerhaften Ausschluss verfeinert werden. Schon jetzt kann man aber an Prostituierte [42] denken, die meines Erachtens die Voraussetzungen für einen dauerhaften Ausschluss auf der Grundlage von Nr. 2.1 des Anhangs III erfüllen würden.

37. Nach alledem ist Nr. 2.1 des Anhangs III der Richtlinie 2004/33 dahin auszulegen, dass der bloße Umstand, dass ein Mann sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatte oder hat, für sich allein kein Sexualverhalten darstellt, das ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt.

39 — Vgl. die Definition des Akronyms MSM in Fn. 14 der vorliegenden Schlussanträge sowie den dritten Erwägungsgrund der Resolution CM/Res(2013)3.

40 — Die Annahme der Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen, dass ein Teil der männlichen homosexuellen oder bisexuellen Bevölkerung völlig abstinent lebe und somit zur Spende zugelassen werden könne, erscheint mir alles in allem so marginal, dass ich in diesen Ausführungen nicht darauf eingehen werde.

41 — Vgl. die Antwort der Kommission vom 17. August 2011 auf die parlamentarische Anfrage zur schriftlichen Beantwortung vom 1. Juli 2011 (E-006484/2011).

42 — Dieser Fall war im Übrigen vom Rat der Europäischen Union in seiner Empfehlung vom 29. Juni 1998 über die Eignung von Blut- und Plasmaspendern und das Screening von Blutspenden in der Europäischen Gemeinschaft (ABl. L 203, S. 14, vgl. näher Anhang II Abschnitt C Nr. 1 der Empfehlung) und vom Ministerkomitee des Europarats u. a. im dritten Erwägungsgrund seiner Resolution CM/Res(2013)3 in Betracht gezogen worden.

2. Zum Wertungsspielraum, den die Richtlinie 2004/33 den Mitgliedstaaten einräumt, und zu der diesen zuerkannten Möglichkeit, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen

a) Die Beachtung der Bestimmungen des Vertrags als Grenze für die Ausübung nationaler Befugnisse

38. Wie ich bereits ausgeführt habe, wurde die Richtlinie 2002/98, deren technische Anforderungen in der Richtlinie 2004/33 festgelegt wurden, auf der Grundlage von Art. 152 Abs. 4 Buchst. a EG erlassen, der die Bedingungen vorsah, unter denen der Rat zur Erreichung bestimmter Ziele beitragen konnte, insbesondere dasjenige, „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards … für Blut und Blutderivate“ zu erlassen. Art. 152 Abs. 4 Buchst. a EG stellte außerdem klar, dass „diese Maßnahmen … die Mitgliedstaaten nicht daran [hindern], strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen“ [43]. Art. 152 Abs. 5 EG bestimmte, dass bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung die Verantwortung der Mitgliedstaaten in vollem Umfang gewahrt wird, und insbesondere, dass „die Maßnahmen nach Absatz 4 Buchstabe a die einzelstaatlichen Regelungen über die Spende … von … Blut unberührt [lassen]“ [44].

39. Wenn auch aus den vorstehenden Ausführungen zu schließen ist, dass die Tätigkeit der Gemeinschaft gestern und die der Union heute nur in Form von Begleit-, Unterstützungs- und Koordinierungsmaßnahmen erfolgen kann, aber sicher nicht in Form von Harmonisierungsmaßnahmen, hat der Gerichtshof diese Bestimmungen nie dahin ausgelegt, dass die nationalen Maßnahmen jeglicher Kontrolle ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht entzogen sind.

40. So hat der Gerichtshof im Bereich der sozialen Sicherheit entschieden: „Zwar steht fest, dass das Unionsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt und dass in Ermangelung einer Harmonisierung auf Unionsebene das Recht jedes Mitgliedstaats bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Leistungen der sozialen Sicherheit gewährt werden … Ferner ist festzustellen, dass nach Art. 152 Abs. 5 EG bei der Tätigkeit der Union im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt wird … Gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis das Unionsrecht beachten, insbesondere die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr … So hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 152 Abs. 5 EG nicht ausschließt, dass die Mitgliedstaaten nach anderen Vertragsbestimmungen … verpflichtet sind, Anpassungen in ihren nationalen Systemen der sozialen Sicherheit vorzunehmen, *ohne dass dies als Eingriff in ihre souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich angesehen werden könnte*“ [45].

41. *Mutatis mutandis* müsste der Gerichtshof entscheiden, dass auch die Pflicht, bei der Ausübung der übrigen in Art. 152 Abs. 5 EG genannten nationalen Befugnisse die Bestimmungen des Vertrags zu beachten, die souveräne Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in dem betreffenden Bereich nicht beeinträchtigt. Die Präzisierung am Ende dieses Artikels, die konkret das Blutspenden betrifft, scheint nicht zwangsläufig dagegen zu sprechen.

43 — Jetzt Art. 168 Abs. 4 Buchst. a AEUV.

44 — Im gleichen Sinne jetzt Art. 168 Abs. 7 AEUV.

45 — Urteil Kommission/Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695, Rn. 47 bis 49 und die dort angeführte Rechtsprechung), Hervorhebung nur hier. Der Gerichtshof ist somit in dieser Rechtssache der Ansicht der Generalanwältin gefolgt, die in diesem Punkt zu dem Ergebnis kam, dass „sich die Portugiesische Republik … nicht mit Erfolg auf ihre originäre Zuständigkeit für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung innerhalb ihres Staatsgebiets berufen [kann], um sich den Verpflichtungen zu entziehen, die ihr das sonstige Primärrecht der Union … auferlegt“ (vgl. Nr. 64 der Schlussanträge von Generalanwältin Trstenjak [EU:C:2011:246]).

42. So hat der Gerichtshof in Bezug auf eine nationale Regelung, die den freiwilligen und unentgeltlichen Charakter der Spende gewährleisten sollte und die ein höheres Schutzniveau als die Richtlinie 2002/98 [46] vorzusehen schien, seine Prüfung nicht deshalb beschränkt, weil die nationalen Vorschriften in den Anwendungsbereich von Art. 152 Abs. 5 EG fielen. Er hat diese Regelung im Gegenteil auf ihre Vereinbarkeit mit anderen Bestimmungen des Vertrags, im konkreten Fall den Bestimmungen über den freien Warenverkehr, geprüft. Weiter hat er entschieden, dass Art. 28 EG in Verbindung mit Art. 30 EG dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der die Einfuhr von Blut oder Blutbestandteilen aus einem anderen Mitgliedstaat nur unter der auch für inländische Produkte geltenden Bedingung zulässig ist, dass die Spender des Blutes, aus dem diese Produkte gewonnen wurden, nicht nur keine Bezahlung, sondern auch keine Erstattung der Aufwendungen erhalten haben, die ihnen im Rahmen dieser Spenden entstanden sind [47].

43. Schließlich wird die Tatsache, dass die Beachtung der Bestimmungen des Vertrags die natürliche Grenze für die Ausübung der nationalen Befugnisse darstellt, durch Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2002/98 bestätigt, wonach „[d]iese Richtlinie … die Mitgliedstaaten nicht [hindert], in ihrem Hoheitsgebiet strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen, *sofern diese im Einklang mit dem Vertrag stehen*“ [48], und sie wird weder von der französischen Regierung [49] noch von der Kommission [50] bestritten.

b) Die Ministerialverordnung enthält eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Verbindung mit der sexuellen Ausrichtung

44. Da die Freiheit der Mitgliedstaaten endet, sobald die Beachtung des Primärrechts der Union gefährdet ist, bemerke ich insoweit nur, dass die Ministerialverordnung dadurch, dass sie jeden Mann, der sexuelle Beziehungen zu einem anderen Mann hatte oder hat, endgültig ausschließt, in das System der Auswahl der Spender eine offensichtliche mittelbare Diskriminierung [51] einführt, die in einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund des Geschlechts – das fragliche Kriterium betrifft nur Männer – in Verbindung mit der sexuellen Ausrichtung – das fragliche Kriterium betrifft praktisch ausschließlich homosexuelle und bisexuelle Männer – besteht.

45. Obwohl die Empfehlung R(95)14 darauf hingewiesen hat, wie wichtig es ist, eine geeignete Auswahl der Spender einzuführen, bei der jegliche Möglichkeit einer Diskriminierung vermieden wird, hat die Resolution CM/Res(2013)3 den Ausschluss der Gruppe der MSM, d. h. einer ganzen Kategorie der Bevölkerung, anerkannt, weil keine Möglichkeit bestehe, die zur Verfügung stehenden statistischen Daten entsprechend dem individuellen Risiko zu verfeinern. Gerade die Statistiken stellen aber regelmäßig die Gruppe der MSM der heterosexuellen Bevölkerung gegenüber, so dass der Ausdruck MSM sowohl im öffentlichen Bewusstsein als auch in der Wissenschaft zum Synonym für

46 — Eine solche strengere Schutzmaßnahme ist nach Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2002/98 erlaubt.

47 — Urteil Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760, Rn. 46).

48 — Hervorhebung nur hier.

49 — Vgl. Nr. 90 ihrer schriftlichen Erklärungen.

50 — Vgl. die Antworten der Kommission vom 1. April 2009 auf die parlamentarische Anfrage Nr. E-0910/2009 (die sich auf die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bezieht) und vom 17. August 2011 auf die parlamentarische Anfrage Nr. E-006484/2011 (die u. a. Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [im Folgenden: Charta] [ABl. 2007, C 303, S. 1] betrifft).

51 — Meines Erachtens könnte man an dieser Einstufung zweifeln. Der Gerichtshof hat in den Rechtssachen Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) und Hay (C-267/12, EU:C:2013:823) mindestens zweimal eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung bejaht. Im ersten Fall ging es im Wesentlichen um nationale Vorschriften, nach denen die Zahlung einer Hinterbliebenenrente verwitweten Personen vorbehalten war, wobei sich nur eine verheiratete Person auf diese Eigenschaft berufen konnte und eine Heirat für Personen des gleichen Geschlechts nicht möglich war. Im zweiten Fall handelte es sich um einen Tarifvertrag, der im Fall der Eheschließung einen Anspruch auf Urlaub und auf Zahlung einer Prämie vorsah, ohne entsprechende Ansprüche für den Fall vorzusehen, dass die betreffenden Personen einen zivilen Solidaritätspakt geschlossen hatten, die einzige Form der Partnerschaft, die Personen des gleichen Geschlechts offenstand. Jedoch betraf die weniger günstige Behandlung in beiden Fällen im Gegensatz zu dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Ausschluss die gesamte homosexuelle Gemeinschaft, sowohl die männliche als auch die weibliche.

„homosexuell“ oder „bisexuell“ geworden ist [52]. Die homosexuelle oder bisexuelle männliche Gemeinschaft wird von der Blutspende ausgeschlossen, und zwar endgültig; sie wird somit diskriminiert. Die Union will jedoch Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Ausrichtung bekämpfen, wie sowohl der frühere Art. 13 EG als auch der aktuelle Art. 19 AEUV und Art. 21 der Charta [53] belegen.

46. Man könnte sicher einwenden, dass jeder Auswahlmechanismus von Natur aus diskriminierend ist. Dennoch muss gewährleistet werden, dass solche Ungleichbehandlungen gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.

c) Ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt und verhältnismäßig?

47. Der Gerichtshof hat wiederholt entschieden, dass „unter den vom EG-Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang ein[nehmen]“ [54]. Da die Ministerialverordnung, die den vollständigen und dauerhaften Ausschluss der Gruppe der MSM von der Blutspende bewirkt, eine strengere Schutzmaßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2002/98 darstellt, ist nicht zu bestreiten, dass sie ein legitimes Ziel verfolgt, nämlich das Risiko einer Ansteckung für die Empfänger so weit wie möglich zu reduzieren und damit einen Beitrag zum allgemeinen Ziel der Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus für die Bevölkerung zu leisten, auf das jetzt sowohl Art. 169 Abs. 1 AEUV als auch Art. 35 der Charta hinweisen.

48. Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung verfolgt zwar ein legitimes Ziel, es ist jedoch noch zu prüfen, ob sie auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet, d. h., ob sie zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet und erforderlich ist, wobei, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und die damit verbundenen Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen müssen [55].

49. Erstens ist der dauerhafte Ausschluss der Gruppe der MSM tatsächlich auf die Erreichung des angestrebten legitimen Zieles gerichtet.

50. Zweitens dürften die verursachten Nachteile angesichts der Belange, um die es geht, als relativ erträglich angesehen werden, wobei das Gefühl des Ausgeschlossenseins aus Gründen, die das Privatleben betreffen, gegen das übergeordnete Interesse des Schutzes der Gesundheit der Empfänger abgewogen werden muss. Im Übrigen kann ich verstehen, dass die Zurückweisung einer selbstlosen Geste der Großzügigkeit und der Solidarität, wie sie die Blutspende ist, bei den Personen, die die Ablehnung trifft, für Unverständnis sorgen kann, doch ist einzuräumen, dass das Blutspenden als

52 — Neben den von der französischen Regierung vorgelegten Informationen vgl. auch „VIH/sida en France: données de surveillance et études“, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* vom 1. Dezember 2012, Nr. 46-47, S. 523 (herunterladbar von www.invs.sante.fr) oder auch die Grafik des Institut français de veille sanitaire zur Zahl der festgestellten seropositiven HIV-Fälle nach Übertragungsweg und Geburtsland für die Jahre 2003 bis 2011 (verfügbar auf http://www.invs.sante.fr/Dossiers-thematiques/Maladies-infectieuses/VIH-sida-IST/Infection-a-VIH-et-sida/Donnees/Donnees-epidemiologiques-sur-l-infection-a-VIH-et-les-IST).

53 — Generalanwalt Jääskinen hat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) am Ende einer Würdigung, die ich voll und ganz teile, dem Gerichtshof vorgeschlagen, das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung als allgemeinen Rechtsgrundsatz anzusehen (vgl. Nrn. 122 ff.). Der Gerichtshof konnte jedoch in seinem Urteil (C-147/08, EU:C:2011:286) auf die ihm gestellten Vorlagefragen antworten, ohne zu diesem Punkt Stellung nehmen zu müssen. Vielleicht ist jetzt unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verordnung im Januar 2009 erlassen wurde, d. h. vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und somit bevor die Charta verbindliche Wirkung erhielt, der Zeitpunkt für eine solche Stellungnahme gekommen.

54 — Urteil Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch Urteil Humanplasma (EU:C:2010:760, Rn. 32).

55 — Vgl. Urteil Müller Fleisch (EU:C:2010:93, Rn. 43).

solches kein Recht ist, dass seine Universalität niemals anerkannt wurde, weil die Spender einer Auswahl unterliegen und dafür bestimmte Voraussetzungen erfüllen müssen, und dass jedenfalls das letzte Wort die Gesundheitsbehörden haben, die allein die volle unmittelbare Verantwortung für ihre Entscheidungen tragen [56].

51. Drittens ist im Kontext der öffentlichen Gesundheit bei der Kontrolle der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit „zu berücksichtigen, dass der Mitgliedstaat bestimmen kann, auf welchem Niveau er den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten will und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen“ [57]. Dass ein Mitgliedstaat Vorschriften erlässt, die weniger streng sind als die in einem anderen Mitgliedstaat geltenden, bedeutet somit nicht, dass Letztere unverhältnismäßig sind [58].

52. Konkret bedeutet dies, dass die Tatsache, dass Spanien, Italien, die Slowakei, Finnland und das Vereinigte Königreich die Gruppe der MSM weder systematisch noch endgültig von der Blutspende ausschließen [59], nicht berücksichtigt werden darf, wenn darüber zu entscheiden ist, ob die französische Regierung eine Maßnahme erlassen könnte, die in geringerem Maß in den Gleichbehandlungsgrundsatz eingreift, aber das gleiche Ergebnis erzielen kann. Dies gilt umso mehr, als das Risiko in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht gleich hoch ist, da ihre epidemiologischen Situationen insbesondere in Bezug auf HIV-Infektionen sehr unterschiedlich sind und da unstreitig ist, dass in Frankreich die Verbreitung von HIV in der Gruppe der MSM besonders stark ist [60].

53. Um festzustellen, ob der dauerhafte Ausschluss in der Ministerialverordnung nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, muss das vorlegende Gericht jedoch bestimmte Prüfungen vornehmen, die der Gerichtshof anhand der ihm vorliegenden Akten nicht durchführen kann.

54. So ist zuerst die spezifische epidemiologische Situation in Frankreich zu berücksichtigen und gleichzeitig sicherzustellen, dass die vorgelegten statistischen Daten aktuell [61], repräsentativ und verlässlich sind.

55. Zweitens sind einige Elemente der Gesundheitstechnik zu überprüfen.

56 — Vgl. Punkt 4.1 der Resolution CM/Res(2008)5 des Ministerkomitees des Europarats über die Verantwortung der Spender und die Begrenzung der Spende von Blut und Blutbestandteilen, in dem empfohlen wird, dafür Sorge zu tragen, dass die Letztverantwortung für die Qualität des Blutes bei den Blutspendeeinrichtungen liegt und dass diese „für die endgültige Entscheidung über die Zulassung oder den Ausschluss von Spendern verantwortlich sind, die auf der Grundlage einer auf regelmäßig aktualisierten epidemiologischen Daten beruhenden Risikoanalyse und unter Beachtung des Rechts der Empfänger auf Schutz der Gesundheit und der sich daraus ergebenden Pflicht, das Übertragungsrisiko von Infektionskrankheiten zu reduzieren, getroffen wird. Diese Rechte und Pflichten haben Vorrang vor jeder anderen Erwägung, *einschließlich des Wunsches von Personen, Blut zu spenden*“ (Hervorhebung nur hier).

57 — Urteile Humanplasma (EU:C:2010:760, Rn. 39) und Venturini u. a. (C-159/12 bis C-161/12, EU:C:2013:791, Rn. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

58 — Urteile Müller Fleisch (EU:C:2010:93, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung) und Humanplasma (EU:C:2010:760, Rn. 40).

59 — Spanien und Italien sehen im Fall einer Partnerschaft mit mehreren Partnern oder eines Partnerwechsels nur eine Rückstellung vor, unabhängig von der Natur der betreffenden Beziehung (aufgrund der Gesetzesänderung während des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte brauchte dieser die Vereinbarkeit des Ausschlusses Homosexueller von der Blutspende mit der EMRK nicht zu prüfen: vgl. EGMR, Urteil Tosto/Italien vom 15. Oktober 2002, Beschwerde Nr. 49821/99); die Slowakei (wie aus der parlamentarischen Anfrage Nr. E-0910/09 vom 17. Februar 2009 hervorgeht) sowie zuletzt Finnland und das Vereinigte Königreich haben sich bei Männern, die angegeben haben, eine sexuelle Beziehung zu einem Mann gehabt zu haben, für das Erfordernis einer Abstinenz von zwölf Monaten entschieden.

60 — Wenn man sich an die von der französische Regierung vorgelegten Daten hält, die durch den Spezialbericht „Thematic report: Men who have sex with men (MSM) – Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress“ (vgl. insbesondere S. 4 und 5 sowie Anhang 2) des Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten, das durch die Verordnung (EG) Nr. 851/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 (ABl. L 142, S. 1) errichtet wurde, bestätigt zu werden scheinen.

61 — Urteil Frankreich/Kommission (C-601/11 P, EU:C:2013:465, Rn. 136).

56. Das Vorbringen der französischen Regierung hat sich fast ausschließlich auf das für die Gruppe der MSM bestehende Risiko einer Ansteckung mit HIV konzentriert. Wenn der dauerhafte Ausschluss im Wesentlichen mit dem Risiko gerechtfertigt wird, das für den Empfänger aufgrund der Fensterphase bestehen würde, weise ich darauf hin, dass die französische Regierung angegeben hat, dass der längste Zeitraum – der das Virus HIV 2 betrifft – auf 22 Tage geschätzt wird. Meines Wissens beträgt die maximale Aufbewahrungsfrist für Blut ungefähr 45 Tage. Blutspenden aus der Gruppe der MSM für diese Dauer systematisch unter Quarantäne zu stellen, bevor sie getestet werden, könnte objektiv eine Lösung sein, mit der das angestrebte Ziel am besten erreicht werden kann.

57. Das vorlegende Gericht müsste sich also fragen, ob eine solche Quarantäne für alle oder einen Teil der Blutbestandteile wirtschaftlich tragbar und wissenschaftlich durchführbar wäre. Es müsste insbesondere prüfen, ob dies dem reibungslosen Funktionieren der Transfusionskette nicht schadet. Dafür könnte es sich z. B. auf die Ergebnisse des im Jahr 2013 dem Ministre des affaires sociales et de la santé von dem französischen Abgeordneten Olivier Véran vorgelegten Berichts über die Blutkette (im Folgenden: Véran-Bericht) stützen, nach dem „[d]ie Experten … sich einig [sind], dass durch eine systematische Quarantäne für Plasma, verbunden mit einem virologischen Screening, jegliches Risiko einer Virusübertragung ausgeschaltet werden könnte“ [62]. Bezogen auf den Gesundheitsschutz der Empfänger erscheint eine solche Lösung optimal: Zum einen können dadurch die Probleme gelöst werden, die mit dem Gefühl der Diskriminierung in Zusammenhang stehen, das Angehörige der Gruppe der MSM empfinden könnten – ein Gefühl, das sie veranlassen könnte, den Fragebogen nicht ehrlich zu beantworten –, und zum anderen werden alle Spenden der gleichen Behandlung unterzogen, indem man, bevor sie getestet werden, die Zeit verstreichen lässt, in der das Virus nicht nachweisbar ist, so dass man dem Null-Risiko ziemlich nahekommt. Es sei darauf hingewiesen, dass die französische Regierung diesen Bericht in ihren Erklärungen nicht erwähnt, obwohl diese nach der Vorlage des Berichts abgegeben wurden.

58. Außerdem besteht ein gewisser Zweifel an der Kohärenz des dauerhaften Ausschlusses. In Anwendung der in der Ministerialverordnung festgelegten dauerhaften Kontraindikation und in Anbetracht dieser Verordnung in Verbindung mit dem oben genannten Fragebogen [63] hat die Tatsache, dass ein Mann zumindest einmal in seinem Leben – und sei es auch vor zehn Jahren gewesen – eine sexuelle Beziehung zu einem anderen Mann hatte, seinen endgültigen Ausschluss von der Blutspende zur Folge. Daraus ist zu schließen, dass die Aktualität des Risikoverhaltens gleichgültig ist, obwohl, da alle Blutspenden auf HIV getestet werden, tatsächlich die Fensterphase der Zeitraum ist, der am kritischsten ist und in dem der Empfänger dem höchsten Risiko ausgesetzt ist [64]. Noch einmal, wenn die Fensterphase den Hauptgrund bildet, wäre vorstellbar, dass sich eine Rückstellung, die entsprechend dem Zeitpunkt der letzten Beziehung festgelegt wird, als geeigneter erweist.

59. In diesem Zusammenhang kann man sich auch fragen, warum es keine spezifische Kontraindikation gibt, die eine Frau betrifft, deren Partner zur Gruppe der MSM gehört. Im Übrigen gilt für eine Person, deren Partner seropositiv ist, eine vorübergehende Kontraindikation von vier Monaten. Einerseits kann man sich vorstellen, dass ein solches Paar besonders wachsam ist, andererseits aber auch davon ausgehen, dass in einem solchen Fall ein tatsächliches Risiko besteht, während dies für die Gruppe der MSM ohne individuelle Prüfung der ausgeübten Praktiken weniger sicher zu sein scheint. Auch muss der Fall, dass ein Mann einmal in seinem Leben oder gelegentlich eine geschützte homosexuelle Beziehung hatte – und endgültig ausgeschlossen ist –, im Verhältnis zu dem Fall einer heterosexuellen Person gesehen werden, die regelmäßig ungeschützte Beziehungen hat, für die jedoch nur eine vorübergehende Kontraindikation gilt: Kann allein die Zugehörigkeit zur Gruppe der MSM in einem solchen Fall einen endgültigen Ausschluss rechtfertigen?

62 — Vgl. S. 35 dieses Berichts.

63 — Vgl. Nr. 9 der vorliegenden Schlussanträge.

64 — In Art. 20 der Empfehlung Nr. R(95) 14 des Ministerkomitees des Europarats heißt es, dass „der Ausschluss … (je nach Fall vorübergehend oder dauerhaft) gegenüber Personen auszusprechen [ist], die zu den Kategorien gehören, die durch ihre medizinische Vorgeschichte oder ihre *gegenwärtigen* Aktivitäten und Verhaltensweisen ein Übertragungsrisiko für Infektionskrankheiten aufweisen“ (Hervorhebung nur hier).

60. Um noch einmal auf die Statistik zurückzukommen, weise ich darauf hin, dass im Jahr 2011 2 400 Personen aus der Gruppe der MSM entdeckten, dass sie seropositiv sind. In demselben Jahr wurden 3 500 Personen durch heterosexuelle Beziehungen angesteckt, wobei 2 400 davon heterosexuelle Personen waren, die im Ausland geboren wurden [65]. Das vorlegende Gericht müsste versuchen, zu klären, warum für diese Kategorie von Spendern nach der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Ministerialverordnung keine Kontraindikation gilt [66].

61. Schließlich und vielleicht vor allem könnte der Fragebogen so geändert werden, dass er dazu dienen kann, riskante Verhaltensweisen in der Gruppe der MSM festzustellen, wie es, anscheinend zufriedenstellend, für die restlichen Spender praktiziert wird. Durch gezieltere Fragen – zum Zeitraum der letzten Beziehung, zur Zahl der Partner, zur Art der Beziehungen, zur Frage des Schutzes in der Beziehung, zum Aufsuchen von Nachtlokalen – wäre es möglich, nicht mehr eine sexuelle Ausrichtung festzustellen, sondern vielmehr die Höhe des Risikos zu bewerten, das individuell durch jeden Spender aufgrund seines eigenen Sexualverhaltens besteht [67].

62. Nach alledem ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sich davon zu überzeugen, dass die französische Regierung dadurch, dass sie Männer, die sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatten oder haben, auf Dauer von der Blutspende ausgeschlossen hat, den Wertungsspielraum, der den Mitgliedstaaten herkömmlicherweise im Bereich des Schutzes der öffentlichen Gesundheit eingeräumt ist, auf eine Weise wahrgenommen hat, die mit den Erfordernissen des Verbots der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung und insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Das vorlegende Gericht hat sich bei der Prüfung, ob der endgültige Ausschluss nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des legitimen Zieles des Schutzes der Gesundheit der Empfänger erforderlich ist, u. a. davon zu überzeugen, dass erstens die spezifische epidemiologische Situation Frankreichs, wie sie dem Gerichtshof dargestellt wurde, auf verlässlichen, repräsentativen und aktuellen Statistiken beruht, und dass es zweitens beim derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht möglich ist, ohne übermäßige Zwänge für die Transfusionskette Maßnahmen vorzusehen, mit denen die Spenden bis zum Ablauf der Fensterphase unter Quarantäne gestellt werden. Schließlich hat es auch die eventuellen Gründe zu ermitteln, aus denen sich die Bewertung des individuellen Risikos anhand eines eventuell neugestalteten Fragebogens und eines persönlichen Gesprächs mit dem medizinischen Personal, die der Feststellung dienen, ob der Spender ein als „riskant“ bezeichnetes Sexualverhalten hat, als ungeeignet erweisen würde, den Schutz der Empfänger hinreichend zu gewährleisten, soweit es um Spenden von Männern geht, die sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatten oder haben, während eine solche Bewertung beim Rest der Bevölkerung möglich ist.

V – **Ergebnis**

63. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefrage des Tribunal administratif de Strasbourg wie folgt zu antworten: 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 der bloße Umstand, dass ein Mann sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatte oder hat, für sich allein kein Sexualverhalten darstellt, das ein hohes Übertragungsrisiko für durch Blut übertragbare schwere Infektionskrankheiten birgt. Es ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sich davon zu überzeugen, dass die französische Regierung dadurch, dass sie Männer, die sexuelle

65 — Quelle: Grafik des Institut Français de veille sanitaire zur Zahl der festgestellten seropositiven Fälle von HIV nach Art der Übertragung und Geburtsland für die Jahre 2003 bis 2011. Es handelt sich hauptsächlich um Personen, die im subsaharischen Afrika geboren wurden (77 %), und um Frauen (58 %).

66 — Es ist klar, dass die Gruppe der MSM zahlenmäßig deutlich kleiner ist als die heterosexuelle Bevölkerung, so dass der Prozentsatz der Übertragung bei dieser Bevölkerungsgruppe proportional höher ist, was ich hier nicht diskutieren möchte. Es ist aber auch nicht zu leugnen, dass heterosexuelle Personen, die im Ausland geboren sind, eine Kategorie darstellen, für die ein proportional besonders hohes Risiko der Ansteckung mit HIV besteht, ohne dass in der Ministerialverordnung insoweit eine besondere Vorsichtsmaßnahme getroffen worden wäre.

67 — Dies wird auch im Véran-Bericht empfohlen (vgl. S. 36).

Beziehungen zu einem Mann hatten oder haben, auf Dauer von der Blutspende ausgeschlossen hat, den Wertungsspielraum, der den Mitgliedstaaten herkömmlicherweise im Bereich des Schutzes der öffentlichen Gesundheit eingeräumt ist, auf eine Weise wahrgenommen hat, die mit den Erfordernissen des Verbots der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung und insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Das vorlegende Gericht hat sich bei der Prüfung, ob der endgültige Ausschluss nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des legitimen Zieles des Schutzes der Gesundheit der Empfänger erforderlich ist, u. a. davon zu überzeugen, dass erstens die spezifische epidemiologische Situation Frankreichs, wie sie dem Gerichtshof dargestellt wurde, auf verlässlichen, repräsentativen und aktuellen Statistiken beruht, und dass es zweitens beim derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht möglich ist, ohne übermäßige Zwänge für die Transfusionskette Maßnahmen vorzusehen, mit denen die Spenden bis zum Ablauf der Fensterphase unter Quarantäne gestellt werden. Schließlich hat es auch die eventuellen Gründe zu ermitteln, aus denen sich die Bewertung des individuellen Risikos anhand eines eventuell neugestalteten Fragebogens und eines persönlichen Gesprächs mit dem medizinischen Personal, die der Feststellung dienen, ob der potenzielle Spender ein als „riskant“ bezeichnetes Sexualverhalten hat, als ungeeignet erweisen würde, den Schutz der Empfänger hinreichend zu gewährleisten, soweit es um Spenden von Männern geht, die sexuelle Beziehungen zu einem Mann hatten oder haben, während eine solche Bewertung beim Rest der Bevölkerung möglich ist.