

Karl Stöger

Dürfen Maschinen menschliche Barmherzigkeit ersetzen?

Die rechtliche Perspektive

ABSTRACT 

In den letzten Jahren wird – nicht zuletzt wegen einer Knappheit an Pflegekräften – immer mehr über die Anwendung neuer (digitaler) Techniken in der Pflege nachgedacht. Diese Digitalisierung der Pflege bringt nicht nur zahlreiche ethische, sondern auch rechtliche Herausforderungen mit sich. Einigen dieser rechtlichen Herausforderungen ist dieser Text gewidmet, der eine Ergänzung der ethischen Perspektive bieten möchte. Zuerst wird aus primär menschenrechtlicher Sicht die Frage behandelt, in welchem Umfang eine Ersetzung menschlicher Pflege durch maschinelle Pflege überhaupt zulässig ist. Weitere Fragen, die auch, aber nicht nur die Pflege betreffen, sind datenschutzrechtliche Aspekte digitaler Überwachung und Betreuung sowie die mögliche Rechtspersönlichkeit zukünftig vielleicht autonom agierender Pflegesysteme.

In recent years the application of new (digital) technologies in nursing and care has been increasingly discussed, not least because of a shortage of nursing and care staff. The digitalisation of nursing and care work not only poses numerous ethical but also legal challenges. The present paper focuses on some of these challenges, thus providing an additional point of view beyond that of ethics. First, a human rights perspective on the question to what extent human nursing and care is allowed to be replaced by machines will be presented. Further issues that will be raised, which also but not exclusively relate to nursing and care, are data protection with regard to digital monitoring and nursing/care as well as the potential legal entity of nursing and care systems which may act autonomously in the future.

| BIOGRAPHY

Dr. Karl Stöger, MJur (Oxford), ist seit Oktober 2020 Professor für Medizinrecht an der Universität Wien. Davor war er Professor für Öffentliches Recht an der Universität Graz. Gesundheits- und medizinrechtliche Fragestellungen bilden einen seiner Forschungsschwerpunkte. Er war bis zu seinem Wechsel nach Wien Sprecher des profilbildenden Bereichs *Smart Regulation* der Universität Graz, der sich unter anderem mit Auswirkungen des technischen Fortschritts auf unser Leben aus Sicht diverser Geistes- und Sozialwissenschaften befasst.

E-Mail: karl.stoeger@univie.ac.at

| KEY WORDS

digital divide; Digitalisierung der Pflege; E-Person; Erklärbarkeit (*explainability*); Menschenrechte; Menschenwürde; Pflegeroboter; Stand der Wissenschaft und Technik

Eckpunkte der Untersuchung

Die Pflege Kranker ist eines der leiblichen Werke der Barmherzigkeit (Mt 25,34–46) und zeigt damit eine Eigenschaft von Menschen, die biblisch (z. B. Ex 34,6) auch Gott zugeschrieben wird. Der medizinische Fortschritt, die Alterung der Gesellschaft und berufliche Vorstellungen der Menschen haben jedoch zu einer Knappheit an Pflegekräften geführt, der man auch durch eine zunehmende Digitalisierung der Pflege zu begegnen versucht. Die Anwendungsfelder neuartiger Technologien in der Pflege sind vielfältig: Sie beginnen bei Sensoren zur „Bettfluchterkennung“ bei Demenzkranken und enden – wenn auch noch weitgehend *pro futuro* – beim Einsatz von Pflegerobotern. Ein vollständiger Ersatz menschlicher durch maschinelle Pflege wird dabei nicht angestrebt, dennoch bestehen hinsichtlich der Digitalisierung der Pflege auch ethische Bedenken.

Die Anwendungsfelder neuartiger Technologien in der Pflege sind vielfältig. Doch es bestehen auch ethische Bedenken.

Mit einigen dieser Bedenken befasst sich eine Stellungnahme der österreichischen Bioethikkommission zum Thema „Roboter in der Betreuung alter Menschen“ (Bioethikkommission 2018), andere finden sich auch in einem – thematisch breiter angelegten – Bericht der deutschen Datenethikkommission. So liest man dort insbesondere die folgenden Überlegungen:

„Effektivität ist aber nicht der höchste Wert. Sie darf die Entfaltung des Menschen in seinem eigenen Handeln nicht substanziell einschränken, und sie muss hinter der grundlegenden ethischen Dimension des sinnvollen und gelingenden Lebens als Einzelner und in der Gemeinschaft zurückstehen. Selbst wenn also beispielsweise ein Roboter einen Menschen effektiver pflegen könnte, dürfte die menschliche Zuwendung und Sorge für den pflegebedürftigen Menschen dadurch nicht ersetzt werden. Gleichwohl kann der Einsatz von Robotern in der Pflege zusätzlich zur menschlichen Zuwendung geboten sein, wenn dadurch die Sicherheit der zu pflegenden Person wesentlich erhöht wird“ (Datenethikkommission 2019, 40).

Diese ethischen Überlegungen sollen als Ausgangspunkt dienen, einige Fragen der Digitalisierung der Pflege aus rechtlicher Perspektive in einer auch für Nicht-JuristInnen zugänglichen Weise zu beleuchten.¹ Während die (angewandte) Ethik nämlich primär Handlungsempfehlungen gibt, soll

¹ Eine an ein fachjuristisches Publikum gerichtete Darstellung der meisten Themen, die in den grundrechtlichen Abschnitten dieses Beitrags diskutiert werden, findet sich bei Stöger 2020.

die Rechtsordnung Handlungsanweisungen normieren, also Gebote und Verbote aussprechen. Angesichts der Dominanz ethischer Diskussionen zu Fragen der Digitalisierung der Pflege fehlt manchmal ein wenig das Bewusstsein, dass bereits beim heutigen Stand der Gesetzgebung unsere Rechtsordnung der „Digitalisierung des Lebens“ gewisse Grenzen setzt. Es ist keineswegs so, dass die Rechtsordnung der Digitalisierung generell „überfordert“ gegenübersteht und auf deren Herausforderungen keine Antworten zu geben vermag.

Die Rechtsordnung steht der Digitalisierung keineswegs generell „überfordert“ gegenüber.

Der folgende Beitrag möchte vor diesem Hintergrund einige grundsätzliche rechtliche Fragen behandeln, die die Digitalisierung der Pflege mit sich bringt. Er beschränkt sich dabei auf die nationale verfassungsrechtliche Ebene, da auf dieser die grundlegenden, auch aus ethischer Sicht diskutierten Fragen angesprochen werden. Die völkerrechtliche Ebene wird hier nicht berücksichtigt, europäische Grundrechte (die Europäische Menschenrechtskonvention [EMRK] einerseits, die EU-Grundrechtecharta [GRC] andererseits) werden berücksichtigt, da sie in Österreich als nationales Verfassungsrecht (EMRK) bzw. neben nationalem Verfassungsrecht (GRC) gelten. Ergänzend soll dann noch auf zwei weitere rechtlich intensiver diskutierte Fragen der Digitalisierung aufmerksam gemacht werden, die auch für die Pflege von Interesse sind: einerseits die Thematik der Anerkennung von Maschinen als Personen im Rechtssinne (E-Person), andererseits die Begründbarkeit (*explainability*) algorithmischer Entscheidungen als (auch) rechtliche Herausforderung.

Die genannten grundsätzlichen Fragen der Digitalisierung der Pflege sind die folgenden:

1. Kann eine Ersetzung von Menschen durch pflegende Maschinen rechtlich beachtliche pflegerische Standards verletzen?
2. Hat der zu Pflegende ein die Digitalisierung der Pflege einschränkendes Recht auf Wahrung seiner Menschenwürde?
3. Muss der Staat einschreiten, um einen *digital divide* in der Pflege zu verhindern, nach dem Reiche eher von Menschen und Arme eher von Maschinen gepflegt werden?

Der Stand der Pflegewissenschaften als Grenze der Digitalisierung

Jede Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen ist auf Grund rechtlicher Vorgaben an den jeweiligen Stand der Wissenschaft, konkret also der Pflegewissenschaft, gebunden. Dies ergibt sich schon aus den grundrechtlichen („menschenrechtlichen“) Bestimmungen der Bundesverfassung, der EMRK und – soweit anwendbar – der GRC. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mehrfach eine Verpflichtung des Staates betont, die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen insoweit zu steuern (durch Genehmigungsverfahren und laufende Aufsicht über Einrichtungen), als Vorkehrungen gegen schwere Gesundheitsschädigungen auf Grund mangelhaft erbrachter Gesundheitsdienstleistungen zu treffen sind (zum Ganzen näher Stöger 2019, 16). Der Staat ist daher verpflichtet, die Durchführung „digitalisierter Pflege“ in einer Art und Weise, die der physischen oder auch psychischen Gesundheit der zu pflegenden Personen nach dem jeweiligen Stand der (Pflege-)Wissenschaft abträglich ist, zu verbieten. Anwendungsfälle solcher Verbote wären etwa Assistenzsysteme oder *Companion Robots*, die pflegebedürftigen Personen nicht helfen, sondern einen weiteren Abbau der noch vorhandenen körperlichen oder geistigen Fähigkeiten bewirken. Auch der Einsatz von Überwachungssystemen, die (in einer Abwägung gegen ihre Vorteile) ein gesundheitlich nachteiliges Gefühl des Kontrolliert-Werdens auslösen, ist rechtlich unzulässig. Dass zur Ermittlung dieser „Zulässigkeitsgrenze“ pflegerischer Sachverstand notwendig ist, ist für sich kein Problem – auch in anderen Bereichen verweist die Rechtsordnung zulässigerweise auf den „Stand der Wissenschaft“ bzw. der Technik (Stöger 2020).

Die große Herausforderung ist die „Verwirklichung“ der grundrechtlichen Vorgaben im Pflegealltag.

Die große Herausforderung ist die „Verwirklichung“ dieser grundrechtlichen Vorgaben im Pflegealltag. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Grundrechte unmittelbar nur den „Staat“ (insbesondere Bund, Bundesländer und Gemeinden) verpflichten, nicht aber „Private“, zu denen die Betreiber von Pflegeeinrichtungen, die Hersteller von Pflegeequipment und das Pflegepersonal zählen. Um auch diese „Privaten“ an die grundrechtlichen Vorgaben zu binden, muss der Staat diese Vorgaben ihnen gegenüber in entsprechende gesetzliche Anordnungen umwandeln. Solche Anordnungen bestehen freilich auch: So sehen die Pflegeheimgesetze der

Bundesländer grundsätzlich (mehr oder weniger deutlich) vor, dass Pflege nur nach dem „Stand der Pflegewissenschaft“ betrieben werden darf; die Zulassung von Produkten (einschließlich Medizinprodukten), die gesundheitsgefährdend sind, ist entweder verboten oder unterliegt strengen Auflagen, bei auftretenden Problemen ist die Marktzulassung zu widerrufen. Zweifellos könnten einige dieser gesetzlichen Vorgaben im Lichte des Fortschritts der Digitalisierung der Pflege noch klarer formuliert werden und gerade auch auf digitale Pflegetechnologien ausdrücklich Bezug nehmen, dennoch bieten sie bereits heute ausreichend Grundlage dafür, pflegewissenschaftlich kontraindizierte Digitalisierungsschritte zu unterbinden.

Unter Umständen könnte sich in der Zukunft sogar die Verpflichtung zum Einsatz digitaler Pflegetechnologien ergeben.

Aus den Grundrechten ergeben sich allerdings nicht nur Beschränkungen der Digitalisierung der Pflege. Unter bestimmten Umständen könnte sich in der Zukunft sogar die Verpflichtung zum Einsatz digitaler Pflegetechnologien ergeben, nämlich dann, wenn diese den Stand der Pflegewissenschaft darstellen und ihre Nichtanwendung daher nachteilig für die pflegebedürftigen Personen ist. Diesfalls müsste der Staat auf Grund seiner erwähnten Verpflichtung zur Abwehr mangelhaft erbrachter Gesundheitsdienstleistungen den Einsatz überholter Pflegemodelle überhaupt untersagen.

Digitalisierung der Pflege und Menschenwürde

Der „Stand der Pflegewissenschaft“ bildet aber nicht die einzige grundrechtliche Grenze. Der Einsatz digitaler Pflegetechnologien kann auch dann, wenn er für sich keine nachteiligen Auswirkungen auf die Gesundheit eines Menschen hat, an rechtliche Grenzen stoßen. Man denke etwa an „unsichtbare“ Überwachung oder medizinisch indizierte Freiheitsbeschränkungen. Im ethischen Diskurs bildet hier oft die Menschenwürde des Einzelnen das zentrale Argument: Der Einzelne soll in der digitalen Pflege nicht zum bloßen Objekt degradiert werden (Bioethikkommission 2018, 10; Datenethikkommission 2019, 43). Dieses Gebot lässt sich freilich auch den Grundrechten entnehmen, wobei die österreichische Rechtsordnung – im Gegensatz etwa zur GRC oder dem deutschen Grundgesetz – kein Grundrecht auf Wahrung der Menschenwürde als solches kennt. Die mit einem solchen Grundrecht verbundenen Garantien lassen sich jedoch auch aus

anderen Grundrechten des österreichischen Bundesverfassungsrechts ableiten (näher Kneihls 2014, § 9 Rz 59–72; Gamper 2019), was insoweit sogar vorteilhaft ist, als die – auch juristische – Bestimmung des Bedeutungsinhalts des Schutzes der Menschenwürde nicht immer leicht ist. Der Salzburger Verfassungsrechtler Benjamin Kneihls hat dies gut auf den Punkt gebracht:

„Von einem positiven Grundrecht mit konkret abgegrenztem Schutzbereich hat der Einzelne vielleicht sogar mehr als von einem wohl klingenden Supergrundrecht, das – je nach Interpretation – alles und nichts gewährleisten kann“ (Kneihls 2014, § 9 Rz 78).

Wenn man daher die zentralen österreichischen Grundrechtskataloge des Staatsgrundgesetzes 1867 (StGG) und der EMRK durchsieht, so findet man eine Reihe von Garantien, die einer Digitalisierung der Pflege „unter Mißachtung der zu pflegenden Person“ Grenzen aufzeigen. Dies beginnt damit, dass Art. 3 (Verbot der unmenschlichen Behandlung) und Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens) gerade eine grobe „Mißachtung der Person“ verbieten und damit insbesondere dem weitestgehenden bzw. vollständigen Ersatz von menschlichen Kontakten durch künstliche Pflegeumgebungen entgegenstehen. Beraubt man einen Menschen weitestgehend der Interaktionsmöglichkeit mit anderen Menschen, ist dies somit auch ein rechtliches Problem.

Schon heute wird die „Würde der zu pflegenden Person“ durch die Rechtsordnung geschützt.

Über das rein Rechtliche hinausgehend wäre eine solche Situation aber auch eine Verkennung des Zwecks digitaler Pflegebehelfe: Diese sollen Pflegekräfte bei Routinetätigkeiten entlasten und ihnen damit die Möglichkeit geben, sich stärker auf die Kommunikation mit den zu pflegenden Personen konzentrieren zu können. Das Recht auf Achtung des Privatlebens enthält darüber hinaus aber noch eine generelle Verpflichtung des Staates, die physische und psychische Integrität von Personen zu schützen. So ist etwa der Einsatz von Pflegesystemen, die pflegerisch nicht indizierte Körperverletzungen herbeiführen (z. B. Wundliegen durch übermäßige Bewegungseinschränkung), ebenso unzulässig wie jeder Einsatz von digitalen Pflegesystemen gegen den Willen eines Betroffenen (zum Ganzen näher Stöger 2020).

Mit anderen Worten: Schon heute wird die „Würde der zu pflegenden Person“ durch die Rechtsordnung geschützt, womit einer fehlgeleiteten Digitalisierung der Pflege Grenzen gesetzt werden. Als Herausforderung der grundrechtlichen Vorgaben erweist sich auch hier aber ihre Anwendung auf nicht-staatliche Akteure wie die Betreiber von Pflegeeinrichtungen oder die Hersteller von Pflegeequipment. Auch hier sind staatliche Verwaltungsbehörden und Gerichte angehalten, im Rahmen der Anwendung der gesetzlichen Vorgaben (z. B. Heimaufsichtsrecht, Heimvertragsrecht, Produktzulassungs- und -aufsichtsrecht) in Verwaltungsverfahren (Zulassungs- oder Aufsichtsverfahren) oder Gerichtsverfahren (Streitigkeiten zwischen Heim bzw. Pflegepersonal und zu pflegenden Personen; allenfalls Strafverfahren) die grundrechtlichen Grenzen der Digitalisierung durchzusetzen, bei Bedarf auch unter Beiziehung von Sachverständigen. Zwei weitere grundrechtliche Vorgaben, die für die Digitalisierung der Pflege ebenfalls eine wichtige Rolle spielen, sind hingegen deutlich leichter durchsetzbar, da die einfachgesetzlichen „Ausführungsregelungen“ zu ihrem Schutz sehr stark ausformuliert sind.

Das Grundrecht auf Datenschutz und der Umgang mit Freiheitsbeschränkungen

Es ist dies zum einen das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG), das europaweit durch die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) weitgehend einheitlich ausgestaltet ist.

Die DSGVO erlaubt – vereinfachend dargestellt – die Verwendung von Daten nur im für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlichen Ausmaß und unter strengen Beschränkungen hinsichtlich der Weitergabe, zudem gewährt sie Anspruch auf Auskunft, Berichtigung und Löschung von Daten. Diese Vorgaben sind schon bei der technischen Ausgestaltung von digitalen Pflegeumgebungen bzw. -anwendungen zu berücksichtigen (*privacy by design*). Der Vorteil der datenschutzrechtlichen Regelungen ist ihre Durchsetzbarkeit vor der spezialisierten Datenschutzbehörde (aber auch den Gerichten) auch gegenüber Privaten und ihre „indirekte“ Wirkung, dass Hersteller von Geräten, die aus datenschutzrechtlicher Sicht mangelhaft sind, von ihren Kundinnen und Kunden dafür auch zur Verantwortung gezogen werden können (Hötzendorfer/Kastelitz/Tschohl 2018, Rz 28). Insoweit werden die Hersteller sensorbestückter Pflegeausrüstung (bis hin zu Pflegerobotern) sehr darauf zu achten haben, dass ihre Produkte keinen unzulässigen „Datenhunger“ entwickeln. Gerade auf Grund der Vulnerabi-

lität pflegebedürftiger Personen sind diese Vorgaben praktisch besonders wichtig.²

Zum anderen kann Pflege – egal, ob „digitalisiert“ oder nicht – zu Freiheitsbeschränkungen führen. Technisch ist hier an automatische Türverriegelungen, zukünftig vielleicht auch an „blockierende“ Pflegeroboter zu denken. Auch hier gibt es eine klare verfassungsrechtliche Vorgabe: Die Freiheit darf einem Menschen im Rahmen der Pflege nur dann entzogen werden, wenn eine Person „wegen psychischer Erkrankung sich selbst oder andere gefährdet“. Ausnahmsweise räumt die Rechtsordnung auch privaten Pflegeeinrichtungen diese Möglichkeit ein, gibt dafür aber im Heimaufenthaltsgesetz genaue Vorgaben, welche vor allem eine gerichtliche Überprüfung solcher Maßnahmen beinhalten.

Der Begriff der Freiheitsbeschränkung ist dabei technologieneutral zu verstehen, d. h. diese Vorgaben sind für manuelle, medikamentöse und digitale Freiheitsbeschränkungen gleichermaßen zu beachten. Das System des Heimaufenthaltsgesetzes³ ist inzwischen langjährig erprobt und insoweit auch geeignet, mit digitalen freiheitsbeschränkenden Systemen umzugehen.

Es besteht ein durchaus „greifbarer“ grundrechtlicher Rahmen für die Digitalisierung der Pflege. Die Schwierigkeit liegt in seiner „Effektuierung“.

Insgesamt zeigt sich somit, dass ein durchaus „greifbarer“ grundrechtlicher Rahmen für die Digitalisierung der Pflege besteht. Die Schwierigkeit liegt in seiner „Effektuierung“, d. h. der Umsetzung seiner Vorgaben im privaten Bereich. Hier sind insbesondere Aufsichtsbehörden, Gerichte und Produktzulassungsstellen (bzw. die nachprüfende Marktaufsicht) gefordert, und punktuelle Anpassungen bestehender Gesetze zur besonderen Berücksichtigung digitaler Pflegeumgebungen (auch im Berufsrecht) erschienen hier durchaus sinnvoll. Dennoch ist der bestehende Rechtsrahmen, allenfalls mit gewissen Unsicherheiten im Einzelfall (in dem Gerichte und Behörden dennoch entscheiden *müssen*), grundsätzlich geeignet, auch die Herausforderung „Digitalisierung der Pflege“ zu bewältigen. Es ist also nicht so, dass man sich in einem rechtlichen Vakuum befindet, in dem nur die Ethik Handlungsempfehlungen geben kann. Letztere hat freilich ihre besondere Rolle bei der Suche nach dem gesellschaftlichen Umgang mit noch bzw. näher zu regelnden Fragen in diesem Bereich.

² Zur Thematik aus ethischer Perspektive vgl. die Beiträge in *Zeitschrift für medizinische Ethik* 62 (2016) 1: „Der überwachte Patient“.

³ Für einen Überblick siehe z. B. Herdega/Bürger 2020, 267.

Digital divide in der Pflege

Eine andere Frage, die im Zusammenhang mit der Digitalisierung immer wieder diskutiert wird, ist die eines *digital divide*. Auch im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Pflege ist eine solche Trennlinie denkbar, nämlich die zwischen ausschließlich oder überwiegend „menschlicher Pflege“ einerseits und überwiegend „digitalisierter“ Pflege mit entsprechend geringerem Einsatz von Menschen andererseits. Klar ist nach dem bisher Ausgeführten jedenfalls, dass die Ersetzung von Menschen nur in einem Ausmaß erfolgen kann, das erstens noch dem Stand der Pflegewissenschaften entspricht und zweitens nicht gegen die oben genannten grundrechtlichen Vorgaben verstößt.

Grundsätzlich ist es so, dass der Träger eines Pflegeheims selbst entscheiden kann, ob er das pflegerisch gebotene Mindestniveau oder ein darüber hinausgehendes Niveau mit einem höheren Anteil an persönlicher Pflege anbietet. Es ist jedenfalls schwer vorstellbar, dass eine pflegebedürftige Person dauerhaft auf eine rein menschliche Pflege bestehen kann, wenn eine teilweise „digitale Pflege“ bereits dem Stand der Pflegewissenschaft entspricht – dies kann dann letztlich auch zum Verlust eines Pflegeplatzes führen (Stöger 2020). Umgekehrt wäre es aber auch zulässig, sich über den Stand der Pflegewissenschaft hinausgehende „rein menschliche Pflege“ durch entsprechend höhere Entgelte abgelten zu lassen.

Sofern staatliche Unterstützung von pflegebedürftigen Personen ins Spiel kommt, ist der Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung zu beachten.

Sofern freilich staatliche Unterstützung von pflegebedürftigen Personen – sei es im Wege der Pflegeversicherung, oder auch nur von Zuschüssen für pflegebedürftige Personen – ins Spiel kommt, ist aus rechtlicher Sicht der Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung zu beachten (zu dessen Bedeutung für die medizinische Versorgung allgemein unlängst eingehend Berka 2019, 227–238): Dieser verpflichtet den Staat, bei vergleichbaren Sachverhalten grundsätzlich in gleicher Weise vorzugehen. Konkret auf pflegebedürftige Personen bezogen, bedeutet dies, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht zwar keine grundsätzliche Verpflichtung des Staates besteht, pflegebedürftigen Personen Geld oder Sachleistungen zu gewähren. Wenn er sich aber dafür entscheidet, dann muss er solche Leistungen in diskriminierungsfreier Weise vergeben (Berka 2019). Solche Leistungen müssen daher grundsätzlich gleich ausgestaltet sein, es sei denn, es be-

stehen zwischen den pflegebedürftigen Personen relevante Unterschiede (zum Beispiel die Stufe der Pflegebedürftigkeit). Wer mehr als dieses pflegerisch gebotene Mindestniveau in Anspruch nehmen will, wird dafür aus eigenen Mitteln zu bezahlen haben. Das ist für sich völlig unproblematisch: Genau so wenig wie die österreichische Bundesverfassung Zusatzversicherungen im Bereich der Krankenversorgung entgegensteht, verbietet sie es, gegen zusätzliches Entgelt besondere Pflegeangebote in Anspruch zu nehmen.

Insoweit könnte es in der Tat dazu kommen, dass umfassende menschliche Pflege etwas ist, was nur entsprechend wohlhabenden Personen zur Verfügung stehen wird. Das pflegewissenschaftlich gebotene Mindestniveau an Pflege wird jedoch allen betroffenen Personen zur Verfügung zu stellen sein, sofern entsprechende staatliche Geld- oder Sachleistungspflichten bestehen.

E-Person und Pflegesysteme

In der Folge sollen in diesem Beitrag zwei abschließende allgemeine KI-Themen angesprochen werden, die auch für die Pflege von Interesse sein können. Gemeinsam ist diesen beiden Themen, dass sie ganz wesentliche Fragen des Verhältnisses zwischen Mensch und Maschine betreffen. Die erste Frage, die in den letzten Jahren von Juristinnen und Juristen regelmäßig diskutiert wurde, ist die, inwieweit man Systeme der künstlichen Intelligenz mit eigener Rechtspersönlichkeit ausstatten soll. Dies würde bedeuten, dass solche Systeme Träger von eigenen Rechten und Pflichten sein könnten („E-Person“). Diese Überlegungen wären dann etwa auch für autonom agierende Pflegerobotiksysteme von Interesse.

In pragmatischer Weise geht es primär darum, die Verantwortung für Fehler eines autonomen Systems verursachergerecht „zurechnen“ zu können.

Rechtlicher Hintergrund solcher Ideen ist (jedenfalls derzeit) zumeist nicht die aus Literatur und Film bekannte Idee, Robotern auf Grund ihrer Menschenähnlichkeit deren Status einzuräumen (z. B. Asimov/Silverberg 1992; Verfilmung: DER 200 JAHRE MANN [Originaltitel: THE BICENTENNIAL MAN], Chris Columbus, US/DE 1999) – derartige Überlegungen gibt es zwar, aber sie sind im juristischen Diskurs ein Randthema. Wenn über die Einführung der E-Person diskutiert wird, geht es weniger um „Schöpferfantasien“ des

Menschen als vielmehr in pragmatischer Weise primär darum, die Verantwortung für Fehler eines autonomen Systems verursachergerecht „zurechnen“ zu können und damit geschädigten Personen die oft schwierige Suche nach der (natürlichen oder juristischen) Person zu ersparen, die für den Fehler verantwortlich ist. Man denke diesbezüglich nur an das Beispiel eines selbstlernenden Pflegeroboters, der nach einiger Zeit im Einsatz einen schwerwiegenden Fehler macht: Verantwortlich sein könnte der Hersteller (mechanischer Fehler), der – möglicherweise vom Hersteller verschiedene – Programmierer des „Basisprogramms“, der Lieferant von unzureichenden oder gar fehlerhaften „Trainingsdaten“ für den Lernprozess oder aber die anwendende Einrichtung etwa wegen nicht bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Für eine geschädigte Person kann sich die Suche nach dem Verantwortlichen – und bei Verschulden somit dem Ersatzpflichtigen – als große Herausforderung erweisen. Das Konzept der E-Person wäre in der Tat eine *mögliche*, aber keine zwingende Lösung dieser Thematik (für einen vermittelnden Ansatz z. B. Schirmer 2019, 123).

Die Gefährdungshaftung ist bereits ein System, wonach derjenige, der sich einer „gefährlichen“ Sache bedient, für einen von dieser verursachten Schaden einzustehen hat.

Die geltende Rechtsordnung kennt mit der Gefährdungshaftung schon heute ein System, das zuerst einmal dazu führt, dass derjenige, der sich einer „gefährlichen“ Sache bedient, für einen von dieser verursachten Schaden verschuldensunabhängig einzustehen hat (wobei der Betreiber sich freilich gegen dieses Risiko versichern kann). Das Argument ist, dass derjenige, der aus der „gefährlichen Sache“ einen wirtschaftlichen Vorteil zieht, eben auch die Nachteile tragen soll, ohne dass dies bedeutet, dass der Inhaber der Sache nicht seinerseits Rückersatz (Regress) etwa vom Hersteller oder dem Programmierer fordern kann, wenn diesen ein Verschulden am fehlerhaften Betrieb trifft. Sachen mit einer solchen erhöhten Betriebsgefahr sind etwa Eisenbahnen oder Kraftfahrzeuge (deshalb die Pflichthaftpflichtversicherung für diese) und könnten bei entsprechender gesetzlicher Anordnung eben auch autonom agierende Systeme sein. Auch bei mit künstlicher Intelligenz arbeitenden Pflegesystemen könnte somit ein solches Haftungsregime dazu beitragen, zu verhindern, dass pflegebedürftige Personen mit einem durch ein solches System verursachten Schaden „ratlos“ zurückbleiben. Dies würde sicherlich auch dazu beitragen, die Akzeptanz solcher Systeme in der Öffentlichkeit zu erhöhen.

Die Schaffung einer E-Person erscheint zur Erreichung dieses Ziels hingegen nicht nötig und könnte in der Öffentlichkeit vielleicht sogar in Richtung einer rechtlichen Gleichstellung von Mensch und Maschine missverstanden werden und damit zur Entstehung von Ängsten beitragen. In jüngster Zeit wird – jedenfalls im deutschsprachigen Raum – das Konzept der E-Person auch zunehmend abgelehnt und als nicht erforderlich eingestuft, teilweise wird sogar die Befürchtung geäußert, es könnte „dazu genutzt werden, sich der Verantwortung zu entziehen“ (Datenethikkommission 2019, 219).⁴ Auch entsprechende Überlegungen auf EU-Ebene (Europäisches Parlament 2017, Rz 59) wurden ebenfalls kritisch beurteilt und von der Kommission bislang auch nicht weiterverfolgt (Nevejans u. a. 2018; Burri 2018). Auch wenn es abzuwarten gilt, dürfte dem Konzept der E-Person zumindest in naher Zukunft – bis zur allfälligen Ankunft autonomer Androiden – noch nicht allzu viel Entwicklungspotenzial zuzumessen sein.

Erklärbarkeit algorithmischer Entscheidungen

Ein zweites Thema, das im Zusammenhang mit zunehmenden Fortschritten der KI von zahlreichen Wissenschaftsdisziplinen diskutiert wird, ist das der Erklärbarkeit (*explainability*). Dieser Begriff wird oft im Zusammenhang mit der Gefahr von „black box-Algorithmen“ gebraucht. Darunter versteht man selbstlernende KI-Systeme, deren Ergebnisse auf Grund der komplexen Verarbeitung der von ihnen erlangten Informationen für davon Betroffene ohne Kenntnis der kausalen Faktoren für die Entscheidung nicht mehr oder nur unter größtem Zeitaufwand überhaupt nachvollziehbar sind (aus rechtlicher Sicht für den deutschsprachigen Raum eingehend Martini 2019; Wischmeyer 2018, 1).

Kann man sich solcher Systeme bedienen, deren Handeln nicht nachvollziehbar ist?

Es ist somit nicht möglich, den Weg zum von der KI erzielten Ergebnis in vernünftiger Weise nachzuvollziehen. Wenn aber dieses Ergebnis Ausgangspunkt bestimmter (auch menschlicher) Handlungen oder Unterlassungen ist, kann dies ein juristisches Problem darstellen. Während man aus technischer Sicht vor allem darum bemüht ist, „Erklärbarkeit“ oder zumindest Surrogate für solche in KI-Systeme zu integrieren, ist aus juristischer Sicht nämlich vor allem die Frage entscheidend, ob man sich solcher

⁴ Vgl. dazu auch Brand 2019, 947; aus der englischsprachigen Literatur (den Schweizer Autor) Schönberger 2019, 202.

Systeme überhaupt bedienen kann, wenn ihr Handeln nicht nachvollziehbar ist.

Besonders problematisch ist diese fehlende Nachvollziehbarkeit zum einen bei staatlichen Entscheidungen, da diese – nicht nur nach österreichischem Recht – schon auf Grund verfassungsrechtlicher Vorgaben einer Begründung bedürfen, nicht zuletzt deshalb, damit sich der Einzelne dagegen wehren kann. Aber auch im Verhältnis zwischen Privaten können Begründungen notwendig sein, insbesondere dort, wo einer der beiden Handelnden gegenüber dem anderen ein Wissensdefizit aufweist. Dies ist etwa die Logik hinter der Verpflichtung zur Aufklärung von Patientinnen und Patienten bei ärztlicher Behandlung. Nun bedürfen pflegebedürftige Personen nicht nur ärztlicher Betreuung, auch pflegerische Entscheidungen können wichtige Auswirkungen auf ihre Gesundheit haben – und auch bei diesen ist es so, dass pflegebedürftige Personen mit geringem einschlägigem Wissensstand oft fachlich hochqualifiziertem Personal „mit Wissensvorsprung“ gegenüberstehen. Insoweit liegt die Problematik der Erklärbarkeit von KI-Entscheidungen in der Pflege nicht völlig anders als bei medizinischen Behandlungen.

Medizinische und pflegerische Maßnahmen bedürfen einer „informierten Einwilligung“.

Die bisher einzige rechtliche Vorschrift, die nach einer – freilich nicht unumstrittenen⁵ – möglichen Lesart das Thema der Erklärbarkeit anspricht, ist Art. 22 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), der vollständig automatisierte Entscheidungen nur unter strengen Voraussetzungen zulässt. Solche vollständig automatisierten Entscheidungen werden aber weder von medizinischen noch von pflegerischen KI-Systemen angestrebt, diese sollen vielmehr in der Regel Entscheidungsunterstützung für Menschen liefern. Man wird somit auf die allgemeine Regel zurückgreifen müssen, nach der medizinische und pflegerische Maßnahmen einer „informierten Einwilligung“ (*informed consent*) bedürfen, und nach der diese auch dann gegeben sein muss, wenn die Empfehlung zur Ergreifung dieser Maßnahme von einem KI-System stammt und von Menschen, wenn auch nach einer Plausibilitätsprüfung, ausgeführt wird.

Wie sich *informed consent* zur *explainability* verhält, ist eine Frage, die in der juristischen Literatur – wenn auch außerhalb Österreichs – bereits intensiv diskutiert wird, wobei es verschiedene Ansätze gibt: Eher pragmatisch geben sich die Autorinnen und Autoren, die darauf hinweisen, dass medi-

⁵ Kritisch äußern sich dazu etwa Wachter/Mittelstadt/Floridi 2017, 76; differenzierend Edwards/Veale 2017; befürwortend hingegen Goodman/Flaxman 2017.

zinische Vorgänge mit und ohne KI-Einsatz heute schon eine Komplexität erreichen, die medizinisches Personal geradezu dazu verpflichtet, mit „angemessener reduzierter Komplexität“ aufzuklären (Eberbach 2019, 116; in diese Richtung überlegend auch Price 2018, 299 Fn. 15). Es geht somit nicht darum, die KI-Entscheidung im Detail nachvollziehbar zu machen, sondern nur, darzulegen, wie diese im Groben arbeitet und welche Fehler dabei passieren können. Wenn somit Ärztinnen und Ärzte zugelassene KI-Systeme mit kritischem Blick verwenden und PatientInnen ausreichend auf mögliche Fehler des Systems hinweisen, dann sollen sie nach diesen Meinungen für dennoch eintretende Fehler auch nicht haften (sondern allenfalls die Hersteller, zum Ganzen Schönberger 2019, 202). Andere Autorinnen und Autoren gehen davon aus, dass das medizinische Personal sich umfassend von der Funktionsweise KI-basierter Systeme überzeugen muss und diese sonst nicht zur Anwendung bringen darf (vgl. insbesondere Price 2018, 299; in diese Richtung, freilich zurückhaltender, auch Molnar-Gabor 2019) – was es ihnen umgekehrt auch ermöglichen müsste, Patientinnen und Patienten umfassend über die Funktionsweise zu informieren.

Ein bloßes Ausreden auf die „nicht beherrschbare Maschine“ wird rechtlich nicht funktionieren.

Auch wenn diese auf die medizinische Behandlung bezogenen Ansätze durchaus gegensätzlich sein mögen, ist jedenfalls klar, dass sie auch für KI-basierte Pflege(unterstützungs)systeme fruchtbar gemacht werden könnten. Hier darf vor allem nicht vergessen werden, dass Gerichte vor ihnen anhängig gemachte Fälle unter Rückgriff auf die jeweils geltende Rechtslage jedenfalls lösen müssen – eine Entscheidung überhaupt verweigern dürfen sie nicht. Anders gesprochen: Ein bloßes Ausreden auf die „nicht beherrschbare Maschine“ wird rechtlich nicht funktionieren. Die „nicht nachvollziehbare“ pflegerische Entscheidung einer Maschine ohne Mitwirkung bzw. Verantwortlichkeit eines Menschen ist daher aus juristischer Sicht kein sehr wahrscheinliches Zukunftsszenario.

Schlussbemerkung

Die Digitalisierung der Pflege bringt nicht nur aus ethischer, sondern auch aus rechtlicher Sicht zahlreiche Herausforderungen mit sich. Allerdings ist es nicht so, dass sich die Antworten auf diese Herausforderungen nicht

schon heute aus der Rechtsordnung ableiten lassen. Dass somit die Gefahr eines rechtsfreien Raumes für die „digitalisierte Pflege der Zukunft“ droht, ist nicht zu befürchten. Diese gute Nachricht sollte freilich auch nicht den Blick darauf verstellen, dass die Durchsetzung der rechtlichen Vorgaben, die sich überwiegend auf verfassungsrechtlicher Ebene finden, auf das Verhältnis zwischen zu pflegenden Personen einerseits und Betreuungskräften bzw. Pflegeeinrichtungen andererseits durchaus eine Herausforderung sein wird.

Ethische Empfehlungen zum Umgang mit pflegebedürftigen Menschen können die rechtlichen Vorgaben nicht ersetzen, sie können aber durchaus zur Bewusstseinsbildung der beteiligten Personen beitragen. Die letzte, verbindliche Antwort muss aber das Recht geben. Und dieses steht in seiner heutigen Form, jedenfalls im System der europäischen Grundrechte, einer (schränkenlosen) Ersetzung menschlicher durch maschinelle Barmherzigkeit klar entgegen. Für die europäische Rechtsgemeinschaft kann die einleitend gestellte Frage daher nicht nur aus ethischer, sondern auch aus rechtlicher Sicht grundsätzlich verneint werden.

Literatur

- Asimov, Isaac / Silverberg, Robert (1992), *The Positronic Man*, London: Gollanzc Ltd.
- Berka, Walter (2019), Die Verantwortung des Staates für die medizinische Versorgung, *Recht der Medizin* 26, 227–238.
- Bioethikkommission des Bundeskanzlers (2018), *Roboter in der Betreuung alter Menschen, Stellungnahme*. <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/publikationen-bioethik.html> [20.02.2020].
- Brand, Oliver (2019), Haftung und Versicherung beim Einsatz von Robotik in Medizin und Pflege, *Medizinrecht* 37, 943–950.
- Burri, Thomas (2018), The EU is right to refuse legal personality for Artificial Intelligence, *EURACTIV*, 31.05.2018. <https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/the-eu-is-right-to-refuse-legal-personality-for-artificial-intelligence/> [20.02.2020].
- Datenethikkommission der Bundesregierung Deutschland (2019), *Gutachten der Datenethikkommission*, 23.10.2019. www.bmjbv.de/DE/Themen/FokusThemen/Datenethikkommission/Datenethikkommission_node.html [20.02.2020].
- DER 200 JAHRE MANN (Originaltitel: *THE BICENTENNIAL MAN*), Chris Columbus, US/DE 1999.
- Eberbach, Wolfram (2019), Wird die ärztliche Aufklärung zur Fiktion?, *Medizinrecht* 37, Teil I: 1–10, Teil II: 111–117.
- Edwards, Lilian / Veale, Michael (2017), Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ is probably not the remedy you are looking for, *Duke Law & Technology Review* 16, 18.
- Europäisches Parlament (2017), *Resolution A8-0005/2017 zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich der Robotik*, 16.02.2017. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_DE.html [20.02.2020].
- Gamper, Anna (2019), Human Dignity in Austria, in: Becchi, Paolo / Mathis, Klaus (Hg.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Basel: Springer Nature Switzerland, 76–87.
- Goodman, Bryce / Flaxman, Seth (2017), European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a “Right to Explanation”, *AI Magazine* 38, 3, 50–57.
- Herdega, Nikolaus / Bürger, Christian (2020), Heimaufenthaltsrecht, in: Resch, Reinhard / Wallner, Felix (Hg.), *Handbuch Medizinrecht*, Wien: LexisNexis, 3. Aufl., 267–340.
- Hötzendorfer, Walter / Kastelitz, Markus / Tschohl, Christof (2018), Art. 25 DSGVO, in: Knyrim, Rainer (Hg.), *DatKomm* (Stand 01.10.2018, rdb.at).
- Kneih, Benjamin (2014), § 9 – Schutz von Leib und Leben und Achtung der Menschenwürde, in: Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen / Kucsko Stadlmayer, Gabriele (Hg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band VII/1: Grundrechte in Österreich, Wien: Manz, 2. Aufl., 321–361.
- Martini, Mario (2019), *Blackbox Algorithmus. Grundfragen einer Regulierung intelligenter Systeme*, Basel: Springer Nature Switzerland.
- Molnar-Gabor, Fruzsina (2019), Artificial Intelligence in Healthcare. Doctors, Patients and Liabilities, in: Wischmeyer, Thomas / Radamacher, Timo (Hg.), *Regulating Artificial Intelligence*, Wiesbaden: Springer, 348–353.

Nevejans, Nathalie u. a. (2018), Open Letter to the European Commission: Artificial Intelligence and Robotics, 03.04.2018. <http://www.robotics-openletter.eu/> [20.02.2020].

Price, W. Nicholson (2018), Medical Malpractice and Black Box Medicine, in: Cohen, Glenn / Fernandez Lynch, Holly / Vayena, Effy / Gasser, Urs (Hg.), *Big Data, Health Law and Bioethics*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 295–306.

Schirmer, Jan-Erik (2019), AI and Legal Personality: Introducing „Teilrechtsfähigkeit“. A Partial Legal Status Made in Germany, in: Wischmeyer, Thomas / Rademacher, Timo (Hg.), *Regulating Artificial Intelligence*, Wiesbaden: Springer, 123–142.

Schönberger, Daniel (2019), Artificial intelligence in healthcare. A critical analysis of the legal and ethical implications, *International Journal of Law and Information Technology* 27, 171–203.

Stöger, Karl (2019), Darf die Art der Beschaffung die medizinische Therapie beeinflussen?, Teil I, *Recht der Medizin – Ökonomie & Gesundheit* 26, 15–21.

Stöger, Karl (2020), Menschenrechtliche Grenzen eines „künstlichen“ Betreuungsumfelds, in: Gastager, Julia / Niedrist, Verena-Maria (Hg.), *Lebensende in Institutionen. Dritte Jahrestagung Räume und Identitäten des Fachbereichs Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Salzburg*, Wien: Jan Sramek Verlag, 91–126.

Wachter, Sandra / Mittelstadt, Brent / Floridi, Luciano (2017), Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law* 7, 76–99.

Wischmeyer, Thomas (2018), Regulierung intelligenter Systeme, *Archiv des öffentlichen Rechts* 143, 1–66.

Zeitschrift für Medizinische Ethik 62 (2016) 1: „Der überwachte Patient“. Mit Beiträgen von Frewer, Andreas / Schmidhuber, Martina; Städtler-Mach, Barbara; Henking, Tanja; Schaar, Peter; Schmidhuber, Martina / Schweda, Mark / Spindler, Mone / Rexin, Larissa / Fröhlich-Güzelsoy, Leyla / Emrich, Inken / Frewer, Andreas.