



IM FOKUS: COVID-19/MENSCH UND TECHNIK

(Bio-)ethische Fragestellungen  
der Coronapandemie aus dem  
Blickwinkel des Solidaritätsprinzips

Die Covid-19-bedingte Isolation  
von Pflegeheimen

Autonomie durch Algorithmen?

Transhumanismus

Sterbehilfe I

Gesetzliche  
Neuregelung  
der Suizidassistentz

Sterbehilfe II

Das Recht auf  
selbstbestimmtes Sterben

Hospizforschung

Die Verwendung  
kommunikativer Codes  
in Hospizen

Liebe Leserinnen und Leser!

Covid-19-Erkrankungen stellen neben der Grippe und der Erkältung mittlerweile einen Bestandteil unseres Alltages dar. Gleichwohl bleiben Fragen offen. Wie gehen wir in Zeiten von Krisen mit vulnerablen Menschen um? Was definiert uns als Gesellschaft und welche Bereiche dieser sind besonders relevant? Aus dem Blickwinkel der Solidarität beleuchtet Hannah Mrozynski noch einmal die Coronapandemie, derweil Sabine Sommerlatte das Spannungsfeld von Infektionsschutz und Selbstbestimmung anlässlich der Isolation von Bewohnern in Pflegeheimen auslotet.

Thematisch wurde das vergangene Jahr nicht nur von Kriegen beherrscht, sondern auch von KI. Längst geht es nicht mehr nur um autonomes Fahren, sondern darum, wie die KI unsere Lebenswelten (mit-)gestalten und verändern wird – womit sich auch die Frage stellen wird, wie wir uns verändern werden. Zwei Beiträge in dieser Ausgabe gehen diesen technischen Innovationen nach. Dominik Dahlhaus fragt, ob durch den Einsatz von Algorithmen nichteinwilligungsfähige Patienten in ihrer Autonomie unterstützt werden könnten, derweil Marie Kuss den Transhumanismus in Medizin und Kunst in den Blick nimmt.

Um jüngere rechtliche Regelungen, die Sterbehilfebetriebe betreffend, geht es in den Beiträgen von Steven Kunze und Anne Baldauf. Während Kunze die Möglichkeit einer gesetzlichen Neuregelung zur Suizidasstanz betrachtet, beleuchtet Baldauf das Recht auf selbstbestimmtes Sterben hinsichtlich der fehlenden Erwerbserlaubnis von Natrium-Pentobarbital.

Erfreulicherweise können wir die Erweiterung des Redaktionsteams um Kim Linoh, Nadine Müller, Johannes Porzelle, Sebastian Simmert und Felicia Steffen verkünden. Henning Lorenz verstärkt überdies die Redaktionsleitung. Mit neuen Personalien haben sich auch die Aktivitäten des Vereins intensiviert, die sich ab S. 199 nachlesen lassen. Ein Tagungsbericht zur letzten Vereins-Tagung und ein Call for Papers runden den Blick in die Vereinsaktivitäten ab. Diese Ausgabe wäre indes unvollständig ohne einen würdigenden Nachruf auf Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe, der am 14.10.2023 verstarb, und den wir schmerzlich vermissen werden.

Unser besonderer Dank gilt wie immer den Autorinnen und den Autoren dieser Ausgabe für ihre Beiträge. Ihnen, liebe Leserin, lieber Leser, wünschen wir beim Lesen anregende Gedanken.

Henning Lorenz  
Sebastian Vogel  
Andreas Walker

## INHALT

	Editorial	3
	<b>IM FOKUS: COVID-19</b>	
<i>Hannah Mrozynski</i>	(Bio-)ethische Fragestellungen der Coronapandemie aus dem Blickwinkel des Solidaritätsprinzips	6
<i>Sabine Sommerlatte</i>	Die COVID-19-bedingte Isolation von Pflegeheimen im Spannungsfeld zwischen Infektionsschutz und Selbstbestimmung der Bewohner*innen	43
	<b>IM FOKUS: MENSCH UND TECHNIK</b>	
<i>Dominik Dahlhaus</i>	Autonomie durch Algorithmen? Recht und Ethik der KI-gestützten Prädiktion von Behandlungsentscheidungen nicht einwilligungsfähiger Patienten	79
<i>Marie Kuss</i>	Transhumanismus. Die Optimierung und Objektivierung des Menschen in Medizin und Kunst	126
	<b>HOSPIZFORSCHUNG</b>	
<i>Andreas Walker</i>	Die Verwendung kommunikativer Codes in Hospizen	162
	<b>STERBEHILFE</b>	
<i>Steven Kunze</i>	Gesetzliche Neuregelung der Suizidassistenz. Eine aktuelle Bestandsaufnahme	177
<i>Anne Baldauf</i>	Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben an der Grenze der Verhältnismäßigkeit. Zur fehlenden Erwerbserlaubnis von Natrium-Pentobarbital	182

## TAGUNGSBERICHT

<i>Steven Kunze</i> <i>Nadine Müller</i> <i>Johannes Porzelle</i> <i>Felicia Steffen</i>	Künstliche Intelligenz im Spektrum Medizin, Ethik und Recht. Tagung des meris e.V. am 20. und 21. Oktober 2023 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle (Saale)	190
---	--	-----

## NACHRUF

<i>Kerstin Junghans</i> <i>Theresa Hesse</i> <i>Maria Busse</i>	Nachruf auf Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe	198
---	---	-----

## IN EIGENER SACHE

<i>Nadine Müller</i>	meris e.V.	199
----------------------	------------	-----

## CALL FOR PAPERS

<i>Steven Kunze</i> <i>Nadine Müller</i>	Doktorandenseminar: Medizin, Ethik und Recht im Fokus	202
	Impressum	203

## **(Bio-)ethische Fragestellungen der Coronapandemie aus dem Blickwinkel des Solidaritätsprinzips\***

von Hannah Marie Juliane Mrozynski, M.Mel.

### **1 Solidarität als „Modebegriff“ der Coronapandemie?**

Der Solidaritätsbegriff ist in der Coronakrise allgegenwärtig: In politischen Appellen wie wissenschaftlichen Publikationen scheint seine Bedeutung als moralische und gesellschaftliche Errungenschaft unumstritten. In der Medienberichterstattung hat er sich anlässlich von Gesten spontaner Solidarität innerhalb der Allgemeinbevölkerung wie kreativen Formen der Nachbarschaftshilfe<sup>1</sup> oder abendlichem „Klatschen“ für medizinisches Personal<sup>2</sup> rasch zum Modebegriff etabliert. Allerdings reichen wesentliche Aspekte des Solidaritätsprinzips weit über solche sicher wünschenswerten, zugleich aber lokal und zeitlich begrenzten Bekundungen hinaus. Der Fokus auf Gemeinschaftssinn und Zusammenhalt scheint für eine wirksame Pandemiebekämpfung unverzichtbar,<sup>3</sup> darüber hinaus ist das Solidaritätsprinzip aber auch auf institutioneller Ebene von vitaler Bedeutung: Dies zeigt der rasche Aufbau regional kooperierender Gesundheitsversorgungsstrukturen<sup>4</sup> oder die Übernahme von Intensivpatient:innen aus Nachbarländern.<sup>5</sup> So ließen sich durch regional bzw. zwischenstaatlich praktizierte Solidarität lokal anfallende Allokationsentscheidungen vermeiden. Damit ist das Solidaritätsprinzip womöglich auch für drängende bioethische Fragestellungen wie den Umgang mit begrenzten Ressourcen unverzichtbar. Gleichwohl findet im Zuge der globalen Ausdehnung der Pandemie der Begriff der Solidarität keineswegs nur in positiver Hinsicht Erwähnung. Vielmehr wird im Rahmen der Krise gleichermaßen ein Mangel an Solidarität angemahnt, insofern als zunehmend strukturelle Ungerechtigkeit beim Zugang zur Gesundheitsversorgung sowohl auf nationaler wie internationaler Ebene verdeutlicht und verstärkt wird.

In der vorliegenden Arbeit werden nach einem allgemeinen Überblick zur ideengeschichtlichen Entwicklung des Begriffes zunächst seine normativen Dimensionen aufgezeigt. Dabei lassen sich die häufig vorgenommene Assoziationen zu Fragen der sozialen Gerechtigkeit einerseits und dem Moment der Kooperation andererseits anhand des Differenzprinzips von John Rawls veranschaulichen.

\*Der Text basiert auf einer Masterarbeit, die 2021 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg eingereicht wurde. Inhaltlich wurde er seitdem nicht aktualisiert.

Anschließend werden Bezüge des Solidaritätsprinzips zu kommunitaristischen sowie utilitaristischen Ethiken besprochen und darauf aufbauend seine Grenzen und Konflikte mit anderen Prinzipien diskutiert. Im nächsten Teil der Arbeit wird die Bedeutung des Solidaritätsprinzips für die biomedizinische Ethik anhand des Konzepts von Barbara Prainsack und Alena Buyx dargestellt. Dieses versteht sich als ein in erster Linie deskriptiver Ansatz mit dem Anliegen, den analytischen Wert des Solidaritätsprinzips zu schärfen.<sup>6</sup> Für den Schwerpunkt dieser Arbeit eignet sich das Konzept auch insofern besonders, als es von Prainsack und Buyx bereits in der Erstauflage 2016 in Bezug auf Pandemien diskutiert wurde.<sup>7</sup> Anschließend werden (bio-)ethische sowie allgemeine gesellschaftspolitische Phänomene der aktuellen Pandemie von 2020/21 zunächst unter Bezugnahme auf das Konzept von Prainsack und Buyx untersucht und danach ein Überblick zur Verwendung des Solidaritätsbegriffs in weiteren wissenschaftlichen Publikationen zum Thema gegeben. Hier fällt neben einem in erster Linie strategischen Verständnis von Solidarität eine kritische Perspektive auf, die Solidarität auf den Kampf gegen (globale) Ungerechtigkeit bezieht. Darauf aufbauend wird schließlich aufgezeigt, welche Solidaritätsdefizite im Zuge der Coronapandemie zu Tage treten.

### **2 Solidarität: Ideengeschichtlicher Überblick**

Nicht nur im Rahmen der Coronapandemie scheint der Rückgriff auf den Solidaritätsbegriff mit einem moralischen Imperativ verbunden zu sein. Auch im allgemeineren Kontext ist der Begriff trotz der Vielfalt seiner Verwendungsweisen grundsätzlich mit positiven Assoziationen besetzt.<sup>8</sup> Er hebt wesentliche Grundmotive sozial wünschenswerten Verhaltens wie Hilfe in der Not, Zusammenhalt und Wechselseitigkeit<sup>9</sup> hervor und genießt (bzw. beansprucht) dadurch per se eine gewisse moralische Vorrangstellung. Diese kommt, so Kurt Bayertz, durch eine unterstellte „*Legitimität* der jeweiligen Gemeinschaft und ihrer Ziele“ zustande; „die Hilfe wird in dem Bewußtsein erbracht, daß durch sie wichtige und berechnete Interessen der Gruppenmitglieder gewahrt oder durchgesetzt werden.“<sup>10</sup> Verbunden sind damit ferner Fragen der sozialen Gerechtigkeit im Sinne einer Kompensation von Ungleichheiten durch (materiell) Bessergestellte. Als frühe derartige Praktiken werden beispielsweise Verhaltenscodizes im alten Ägypten beschrieben: Demnach wurde von Bootsbesitzern erwartet, ihren Mitmenschen ohne eigenes Boot bei Bedarf eine Fahrgelegenheit zum anderen Flussufer zu gewähren.<sup>11</sup> Die etymologische Herkunft des Solidaritätsbegriffs wird indes auf das Römische Recht zurückgeführt: Eine „*obligatio in solidum*“ bezeichnete hier die gesamtschuldnerische Haftung aller an einem Vertrag beteiligten Parteien, üblicherweise bezogen auf gegenseitige Bürgschaftspflichten innerhalb der familiären Gemeinschaft.<sup>12</sup> In den folgenden Epochen entwickelte

sich das Solidaritätsprinzip jedoch weniger im Rahmen des vertragsrechtlichen Ursprungs des Wortes weiter. So werden als frühe Formen von Solidargemeinschaften die christlichen Mönchs- bzw. Schwesternorden angesehen.<sup>13</sup> Auch für die Entwicklung des Solidaritätsprinzips zu einem normativen Konzept war die christliche Glaubens- und Soziallehre wesentlich: Der Glaube an die Gleichheit aller Menschen vor Gott begründet im Gebot der Nächstenliebe sowohl die Wohltätigkeit gegenüber Bedürftigen (Caritas) als auch den gegenseitigen – solidarischen – Beistand unter Gleichen.<sup>14</sup> Jene Vorstellung von Gleichheit leitet sich aus der christlichen Auffassung ab, dass „alle Menschen *Kinder Gottes* und in diesem Sinne *Brüder* sind“. Die Verbindlichkeit dieser Idee der „Gotteskindschaft“ beeinflusste nicht nur die historische Entwicklung des Solidaritätsprinzips, sondern stellt auch eine wesentliche „Grundlage des *ethischen Universalismus*“ dar.<sup>15</sup> Eine politische Bedeutung bekam der Solidaritätsbegriff als ein mit Brüderlichkeit assoziiertes Prinzip wiederum im Rahmen der französischen Revolution: Ausgedrückt durch den Begriff der *fraternité* prägte es die Vorstellung von den als Schicksalsgemeinschaft verbundenen Revolutionär:innen und ihre Verfolgung gemeinsamer Ziele.<sup>16</sup> Anders als die beiden anderen Leitmotive der französischen Revolution – *liberté* und *égalité* – erhielt die Idee der Brüderlichkeit als Vorläuferbegriff des Solidaritätsprinzips jedoch weitaus weniger Aufmerksamkeit seitens der moralphilosophischen Theoriebildung. Als Grund hierfür wird unter anderem der mit ihm assoziierte Verweis auf emotionale Verbundenheit als einem theoretisch schwer greifbaren Phänomen betrachtet.<sup>17</sup> Kurt Bayertz stellt darüber hinaus ein grundsätzliches Spannungsverhältnis zur neuzeitlichen Philosophie fest: Während letztere sich gerade durch ihre Fokussierung auf universelle moralische Normen auszeichnet, ist der Solidaritätsbegriff (trotz der Assoziation zur Gleichheit aller Menschen) in erster Linie partikularistisch geprägt.<sup>18</sup> Die Gemeinschaft als zentraler Bezugspunkt solidarischer Verpflichtungen droht zudem mit der Vorstellung vom autonomen Individuum als zentralem Ideal der modernen Moralphilosophie in Konflikt zu geraten.<sup>19</sup>

Obschon das durch die französische Revolution geprägte Verständnis von Solidarität als „Verbrüderung“ maßgeblich für die weitere Entwicklung des Begriffs blieb, erlangte er selbst wohl erst einige Jahrzehnte später eine eigene Bedeutung im politischen Diskurs und setzte sich im Rahmen der Revolution von 1848 auch in Deutschland durch.<sup>20</sup> Im Zuge dessen wurde der Gedanke von der Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung aufgegriffen: Auch hier galt es, geteilte Interessen gegenüber den kapitalistischen Unterdrückungsstrukturen als Kollektiv zu vertreten. Damit war die Bedeutung des Begriffs in „seiner historisch wirkungsvollsten Verwendung“ erreicht, und zwar in dem „klaren und spezifischen Sinn, der sich auf die engagierte und meist gegenseitige Unterstützung eines Kampfes gegen Unrecht bezog.“<sup>21</sup> Bezüge zu Fragen der Gerechtigkeit ebenso wie die durch Assoziation zur „*fraternité*“ betonte Gleichheit aller Menschen<sup>22</sup>

sind trotz der vielfältigen Begriffsverwendung und Schwerpunktsetzung auch heute noch in den überwiegenden normativen Solidaritätskonzeptionen zu finden.<sup>23</sup>

Wesentliche Inhalte der ideengeschichtlichen Entwicklung des Solidaritätsprinzips sind jedoch ferner einem in erster Linie deskriptiven Begriffsverständnis zuzuordnen. Erwähnt werden muss in diesem Zusammenhang besonders die Studie *Über soziale Arbeitsteilung* des französischen Soziologen Émile Durkheim. Mit dieser Schrift prägte er die Begriffe der *mechanischen* gegenüber der *organischen* Solidarität. Damit beschreibt Durkheim die Transformation des Zusammenhalts traditioneller, ruraler Gemeinschaften durch sich ähnelnde Lebenswelten in stärker individualisierte Formen des Zusammenlebens mit komplexeren sozialen und moralischen Strukturen im Zuge der Industrialisierung. Erstere sind nach Durkheim durch *mechanische* Solidarität gekennzeichnet, worunter er soziale Verbundenheit im Sinne von repressiven Kollektivnormen versteht.<sup>24</sup> Dagegen setze mit der soziokulturellen und ökonomischen Ausdifferenzierung moderner Gesellschaften ein Wandel hin zur *organischen* Solidarität ein: Trotz zunehmender Autonomie der Individuen besteht eine wechselseitige Angewiesenheit fort, welche Durkheim sich durch im Zuge der industriellen Arbeitsteilung notwendige Kooperationsprozesse und damit einhergehende reziproke Verpflichtungen und Abhängigkeiten erklärt.<sup>25</sup> Arbeitsteilung und organische Solidarität können jedoch dann pathologische Züge annehmen und zu gesellschaftlichen Krisen führen, wenn sie keine fairen Arbeitsbedingungen zulassen.<sup>26</sup> Indem Durkheim Solidarität als Konsens auf gesellschaftliche Werte und Normen definierte, stellte er selbst durchaus normative Bezüge seiner Theorie her. Letztlich bezeichnen Solidarität und Moral als Begriffe bei ihm aber deskriptive Kategorien. Dies führt insofern zu Kritik, als dann „Unterstützungspflichten ebenso wie Kleidungsvorschriften, Loyalitätsgebote ebenso wie die Schulpflicht, als moralische Normen aufzufassen und dem Solidaritätsbegriff [sic!] zu subsumieren sind“, wodurch dieser „konturenlos wird und an analytischem Potential einbüßt.“<sup>27</sup> Entsprechend offen bleibt der Interpretationsrahmen von Durkheims Theorie und gehen die in der Literatur vertretenen Positionen zur normativen Verbindlichkeit der organischen Solidarität auseinander.<sup>28</sup> Dennoch verdankt die Soziologie Durkheim ein deskriptiv-analytisches Begriffsverständnis, das sich zu enger gefassten Konzepten weiterentwickelt hat und gleichzeitig Moral als wesentlichen Bezugspunkt beibehält.<sup>29</sup>

Die Idee der Brüderlichkeit in Gestalt des Solidaritätsprinzips wurde Ende des 19. Jahrhunderts von der republikanischen Reformbewegung des sog. französischen Solidarismus (frz.: *solidarisme*) weitergetragen und im Sinne einer Theorie der sozialen Gerechtigkeit zur Begründung des Sozialstaats herangezogen.<sup>30</sup> Gemeint war damit allerdings nicht die „materiale Gleichheit“ im sozialistischen Sinne.<sup>31</sup> So ist auch im entsprechenden zeitgenössischen Diskurs ein regelechter

„Rezeptionsausfall“ zu verzeichnen.<sup>32</sup> Aufgegriffen wurde der Solidarismus hierzulande dagegen von der katholischen Soziallehre.<sup>33</sup> Im Zentrum steht dabei der Anspruch, ein dem Liberalismus wie auch dem Sozialismus überlegenes „drittes System“ jenseits von Individualismus und Kollektivismus entgegenhalten zu können.<sup>34</sup>

Die geringe Resonanz, die der Solidarismus in der weiteren sozialphilosophischen Theoriebildung gefunden hat, legt die Vermutung nahe, dass sich eine der Komplexität moderner Gesellschaften angemessene Sozialstaatsbegründung durch den Solidaritätsbegriff allein womöglich nicht erfassen lässt. Denn diese zeichnen sich, wie Bayertz feststellt, „gerade nicht durch familienähnliche oder persönliche, sondern funktionale Beziehungen“ aus.<sup>35</sup> Überdies setze Solidarität emotionale Verbundenheit sowie Freiwilligkeit voraus und müsse „mit einem gewissen Engagement erbracht werden.“<sup>36</sup> Dagegen dürfen Sozialleistungen nach einem modernen Sozialstaatsverständnis gerade nicht von diesen Faktoren abhängen; „charakteristisch ist vielmehr die Verrechtlichung und Institutionalisierung der Unterstützung.“<sup>37</sup> Selbst wenn die damit einhergehende Bürokratisierung des Solidaritätsprinzips kritisiert wird, ist es doch essentiell für die Würde und Selbstachtung Bedürftiger, nicht auf die Barmherzigkeit wohlwollender Mitmenschen angewiesen zu sein, sondern sich auf einen handfesten Rechtsanspruch berufen zu können.<sup>38</sup> Gleichwohl fällt nach wie vor eine Koexistenz des Solidaritätsprinzips als Rechtsbegriff und politischer Kampfbegriff auf.<sup>39</sup> Beide Verwendungsweisen scheinen aber ohne Rückgriff auf Theorien der Gleichheit und Gerechtigkeit nicht auszukommen und darin wiederum ihre gemeinsame Schnittmenge zu finden: Während rechtlich institutionalisierte Solidarität auf die Unparteilichkeit des Gleichheitsgrundsatzes und des Gerechtigkeitsbegriffs angewiesen ist, geht es auch bei Solidarität als Kampfbegriff „nicht um die Durchsetzung nackter Interessen, sondern um die Realisierung *gerechter* Ziele.“<sup>40</sup> Für einige Konzepte dieses letzteren Solidaritätsverständnisses, etwa *political solidarity*<sup>41</sup> bzw. *networking solidarity*<sup>42</sup>, macht der Zusammenschluss gegen Unterdrückung und Ungerechtigkeit mithin den Kerninhalt der Definition von Solidarität aus.<sup>43</sup> Um dieses Ziel auch wirklich erreichen zu können, muss sie Volnei Garrafa zufolge allerdings als *critical solidarity*<sup>44</sup> gedacht werden: Auf globaler Ebene bedeutet dies, dass es anstelle von symptomatischer, episodischer Hilfe um Empowerment und langfristige Systemtransformation geht, wobei das Moment der Kooperation auf Augenhöhe im Vordergrund steht.<sup>45</sup>

### 3 Solidarität als normative Größe

#### 3.1 Solidarität und Gerechtigkeit

##### 3.1.1 Das Differenzprinzip nach John Rawls

Wenngleich John Rawls selbst den Begriff der Solidarität nicht verwendet, bleibt das in seiner *Theorie der Gerechtigkeit* (A theory of Justice, 1971) entwickelte Differenzprinzip in der Sekundärliteratur<sup>46</sup> zu solidarischen Gesellschaftsmodellen selten unerwähnt. Als Begründer des liberalen Egalitarismus schwebte Rawls eine Kooperationsgemeinschaft aus Freien und Gleichen vor, die auf der gerechten Verteilung von gemeinsam erwirtschafteten gesellschaftlichen Grundgütern<sup>47</sup> basiert. Gerechtigkeit ist dabei als „Fairness“ definiert: Sie beruht auf der Übereinkunft einer Gemeinschaft, deren einzelne Mitglieder sich freiwillig zur Einhaltung bestimmter Regeln und Einschränkungen verpflichten, um dies im Gegenzug auch von den anderen Mitgliedern jener Gemeinschaft erwarten zu dürfen.<sup>48</sup> Dabei besagt das Differenzprinzip, dass eine ungleiche Verteilung der gesellschaftlichen Grundgüter genau dann mit sozialer Gerechtigkeit vereinbar ist, wenn sich durch jene Ungleichverteilung die Situation aller, vor allem aber der am wenigsten privilegierten Mitglieder verbessert.<sup>49</sup> Rawls geht dabei davon aus, dass sich rational agierende, am (Eigen-)Nutzen orientierte Individuen in einem hypothetischen „Urzustand“ für diese Art von Gesellschaftsvertrag entscheiden würden, sofern sie über keinerlei Wissen verfügten, ob sie am Ende zu den besser oder schlechter Gestellten der Gemeinschaft gehören werden. Jenen Zustand der Unvoreingenommenheit der fiktiven Gründungsversammlung bezeichnete er als „Schleier des Nichtwissens“ (veil of ignorance).<sup>50</sup> Gewählt würde demnach ein Modell, das von den einzelnen Individuen als am besten geeignet erachtet würde, sich im Sinne der Risikominimierung für den ungünstigsten Fall, also die eigene sozioökonomische Unterprivilegierung, bestmöglich abzusichern.<sup>51</sup> Mit anderen Worten: Die Gründungsmitglieder kämen in ihrem eigenen Interesse vernünftigerweise darin überein, „ihren individuellen Nutzen nur genau dann [zu] verfolgen, wenn dies mit dem Respekt vor der Freiheit ihrer Mitbürgerinnen und mit Solidarität diesen gegenüber vereinbar ist.“<sup>52</sup>

Der Respekt vor der Freiheit Dritter ist bei Rawls im sog. ersten Grundsatz der Gerechtigkeit verankert: Dieser besteht im gleichen Recht aller „auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten [...], das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist.“<sup>53</sup> Der zweite Grundsatz der Gerechtigkeit umfasst das Differenzprinzip in Verbindung mit dem Prinzip der fairen Chancengleichheit.<sup>54</sup> Zusammen bilden diese Grundsätze nach Rawls die Grundstruktur einer gerechten Gesellschaft.<sup>55</sup> Sie stehen in „lexikalischer“ Ordnung, d. h. der zweite (und damit auch das Differenzprinzip) ist dem ersten Grundsatz insofern unter-

geordnet, als die Umverteilung der Grundgüter (im Sinne sozioökonomischer Verbesserungen) niemals zu Lasten der sogenannten Grundfreiheiten erfolgen darf.<sup>56</sup> Durch den Vorrang des Freiheitsprinzips unterscheidet sich Rawls' Theorie eindeutig von diktatorischen bzw. totalitären Formen des Egalitarismus.<sup>57</sup> Ferner besteht auch innerhalb des zweiten Gerechtigkeitsgrundsatzes eine Vorrangsituation, und zwar die der fairen Chancengleichheit gegenüber dem Differenzprinzip.<sup>58</sup> Darin zeichnet sich Rawls' Theorie einmal mehr als liberale Variante des Egalitarismus aus. Während aber eine rein liberale Auffassung sich damit begnügen würde, dass Menschen mit ähnlichen Fähigkeiten und ähnlicher Leistungsbereitschaft die gleichen Chancen offenstehen, zielt Rawls mit dem Differenzprinzip darauf ab, die Auswirkung zusätzlicher natürlich oder sozial bedingter Ungleichheiten auf die Ausgangsbedingungen abzumildern. Darunter versteht Rawls physische und genetische Ausstattung, Geschlecht, Talente oder familiäre Einflüsse, zu denen die jeweiligen Individuen nichts durch eigene Leistung beigetragen haben, sondern lediglich von der „Lotterie der Natur“ begünstigt bzw. benachteiligt wurden.<sup>59</sup> Kritisiert wird hier, dass die hohe Bereitschaft zu solidarischem Verhalten, die ein solcher gesellschaftlicher Konsens den Bürger:innen abverlangt, unrealistisch ist,<sup>60</sup> zumindest aber jederzeit aufgekündigt werden könnte, sobald man den Schleier des Nichtwissens lüftete.<sup>61</sup> Angenommen jedoch, das Differenzprinzip wäre tatsächlich grundlegend institutionell verankert, so förderte es gerade die Bereitschaft zu solidarischem Verhalten:<sup>62</sup> Wollten nämlich die sozioökonomisch Begünstigten nach weiterer Verbesserung streben, so sollten sie sich vernünftigerweise für diejenige Variante entscheiden, die auch den weniger Begünstigten zum Vorteil gereicht.<sup>63</sup> Gleichwohl ist es die Beschränkung auf eben jene gesellschaftliche Solidarität (anstatt Gleichheit), die Rawls' Theorie zu einem relativen Egalitarismus im Vergleich zu dessen absoluten Varianten macht: Gleichheit und Umverteilung erfüllen bei Rawls keinen Selbstzweck, sondern werden nur insoweit angestrebt, als sie dazu dienen, die absolute Lage der sozioökonomisch relativ schlechter Gestellten zu verbessern.<sup>64</sup> Allerdings findet die Rawls'sche Kooperationsgemeinschaft aus Freien und Gleichen dort ein Ende, wo von vorneherein keine Reziprozität möglich ist: Sie umfasst nämlich nur einen Kreis leistungsfähiger, eigenständiger „Wirtschaftssubjekte“, deren (Selbst-)Verpflichtung zu Verteilungsgerechtigkeit und Solidarität sich allein auf andere zum Kooperationsgewinn Beitragende bezieht. Von jenen Früchten sind jedoch „Selbstversorgungsunfähige“, also auf sozialstaatliche Versorgung angewiesene Bürger:innen, ausgeschlossen. Für die Begründung des Wohlfahrts- und Sozialstaatsprinzips wäre Kersting zufolge also eine Ausweitung der Kooperationsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft erforderlich.<sup>65</sup> Dabei müsste an Stelle des Prinzips der fairen Wirtschaftskooperation das „Prinzip der marktunabhängigen Grundgüterversorgung“ durch die Allgemeinheit treten und so eine politisch statt ökonomisch motivierte „Ver-

staatlichung der Solidarität“ erfolgen.<sup>66</sup> Auch Wildt betont, dass Individuen, „um Teil eines Solidarsystems zu sein, keineswegs die Fähigkeit haben [müssen], solidarisch zu handeln.“<sup>67</sup>

### 3.1.2 Solidarität, Gerechtigkeit und globale Gesundheit

Mit Blick auf die schwächeren Glieder der Gemeinschaft, die selbst keinen (ökonomischen) Beitrag leisten können und auf Sozialleistungen angewiesen sind, wird ein auf Kooperation fokussierender Solidaritätsbegriff demnach als insuffizientes Fundament eines Sozialstaatssystems kritisiert. Anders wird das Verhältnis von Solidarität und Kooperation dagegen auf globaler Ebene bewertet: So geht es hier nach Garrafa gerade darum, den Fokus weg von vertikaler Zuwendung und hin zu horizontaler Kooperation als zentrales Element globaler Solidarität zu verschieben. Denn die traditionelle *voluntary-action solidarity* im Sinne von diskontinuierlichen, wohltätigen Hilfgesten dränge die Empfangenden in die Passivität, wodurch ein falsches Gleichgewicht zwischen Elite und vulnerablen Gruppen aufrechterhalten werde, das in erster Linie der sozialen Kontrolle diene.<sup>68</sup> Im Gegensatz dazu sei *radical solidarity*<sup>69</sup> zwar auf uneigennützig, universelle und konkrete humanitäre Hilfspflichten ausgerichtet, doch trage auch sie nicht zu einer langfristigen Systemtransformation bei.<sup>70</sup> Eben jene Absicht verfolgt hingegen das Konzept der *critical solidarity*: Auf der Basis von bilateralen Verpflichtungen gelte es Ausbeutung und Ungleichheit zu beseitigen, indem inklusive soziopolitische Transformation und Emanzipationsprozesse angestoßen und durch gestärkte, ehemals vulnerable bzw. marginalisierte Gruppen aktiv mitgestaltet werden.<sup>71</sup> Dieses Verständnis von Solidarität hebt auch die *Declaration on Bioethics and Human Rights* der UNESCO von 2005 hervor: Neben dem Schutz vulnerabler Personen (Art. 8), der Achtung gleicher Rechte und Würde aller Menschen (Art. 10) sowie dem Verbot von Diskriminierung (Art. 11) wird zu „Solidarity among human beings and international cooperation towards that end“ (Art. 13) aufgerufen. Konkret gefordert wird unter anderem ein universeller Zugang zu medizinischer Versorgung (Art. 14) sowie wissenschaftlicher Fortschritt, der allen zugutekommt: „Benefits resulting from any scientific research and its applications should be shared with society as a whole and within the international community“ (Art. 15).<sup>72</sup>

Auch Gould fasst den Begriff der Solidarität auf einer globalen Ebene, erweitert allerdings das von der UNESCO betonte Moment der Kooperation um die von bioethischen Konzepten gegenwärtig kaum berücksichtigte antagonistische Tradition des Solidaritätsprinzips: Denn besonders der kämpferische Kerngedanke der historisch gewachsenen Bedeutung von Solidarität innerhalb sozialer Bewegungen könne und müsse für das Engagement gegen strukturelle Ungerechtigkeit in Bezug auf Gesundheitsfragen fruchtbar gemacht werden.<sup>73</sup>

Wie Garrafa trennt auch Gould klar zwischen Wohltätigkeit und Solidarität. So erschöpfe sich letztere gerade nicht in episodischer, auf Empathie beruhender Hilfeleistung, sondern sei auf Gerechtigkeit und Reziprozität ausgerichtet: Anders als die lediglich gegenwartsbezogene Wohltätigkeit sei Solidarität „forward-looking“, ermöglicht also eine auf die Zukunft gerichtete und fortschrittsorientierte Perspektive.<sup>74</sup> Dieser maßgeblich vom Solidaritätsverständnis der Arbeiter- bzw. sozialistischen Bewegung geprägte emanzipatorische Gedanke kommt im Begriff der „networking solidarity“<sup>75</sup> zum Ausdruck, wobei es sich um einen projektorientierten Zusammenschluss von Individuen gegen Ausbeutung und Unterdrückung handelt. Dies macht Gould zufolge deutlich, dass ein substanzielles Verständnis von Solidarität immer zugleich die Perspektive der Gerechtigkeit vor Augen hat.<sup>76</sup> So beruhe die schlechte Gesundheitsversorgung großer Bevölkerungsgruppen z. B. in den USA nicht etwa auf einem grundsätzlichen Mangel an Solidarität unter den Bürger:innen, sondern auf ungerechten Strukturen, die im Interesse der mächtigen Versicherungsindustrie infolge ihrer politischen Einflussnahme aufrechterhalten werden. Geeignet ist ihre Parallele zum Solidaritätsverständnis sozialistischer Bewegungen also auch deshalb, weil strukturelle Ungleichheit im Gesundheitswesen durch ökonomische (Fehl-)Anreize und kapitalistische Ausbeutungsmechanismen mitbedingt wird, denen nur durch Prozesse fundamentaler sozioökonomischer Transformation begegnet werden kann.<sup>77</sup> Obschon solidarisches Engagement allein noch kein gerechtes System zu gestalten vermag, stellt es für Gould doch ein wichtiges Mittel dar, die Notwendigkeit struktureller Veränderungen zu erkennen und ihnen den Weg zu ebnet.<sup>78</sup> Wenn also die Ausrichtung auf Gleichbehandlung und Gerechtigkeit einen integralen Bestandteil von Solidarität darstellt, so ergeben sich daraus auch Konsequenzen auf globaler Ebene: Geht man vom gleichen Anspruch aller Menschen auf Gesundheit aus, lässt sich nur schwer rechtfertigen, warum wir dabei diejenigen, die sich in unserer Nähe befinden, priorisieren sollten.<sup>79</sup>

Jene Aufhebung geographischer Verbundenheit als Motiv solidarischen Handelns wird auch von Lisa Eckenwiler betont: Wesentlicher Bestandteil von Solidarität ist für sie eine Ethik des „placemakings“ im Sinne einer Würdigung der Tatsache, dass Orte und Lebensräume wie auch der Verlust derselben entscheidend an der Entstehung und Aufrechterhaltung von Vulnerabilität und Ungleichheit beteiligt sind.<sup>80</sup> Dies betrifft etwa die Entwurzelung, die mit Fluchterfahrungen verbunden ist, oder die geographisch bedingte Vulnerabilität gegenüber Klimafolgen und -katastrophen.<sup>81</sup> Neben der Zerstörung führt auch die Vernachlässigung von Orten zu Ungleichheit und konsekutiven Gesundheitsrisiken.<sup>82</sup> Diese entstehen durch menschliche Interaktion im Rahmen sozialer und ökologischer Prozesse, welche einigen die Realisierung ihrer Fähigkeiten ermöglichen und andere darin hemmen, wodurch strukturelle Ungerechtigkeit entsteht und aufrechterhalten wird. Die Anerkennung dieser Einflüsse und die

aus ihnen erwachsende praktische Verantwortung müssen daher zentraler Ansatzpunkt von Solidarität sein: „[I]t appreciates better-situated ecological subjects' contributions to the injustice suffered by the displaced or precariously placed, and aspires to respond and work toward promoting justice.“<sup>83</sup>

Hinsichtlich des Fokus auf Gleichheit, Gerechtigkeit und den Schutz vulnerabler oder benachteiligter Gruppen mag das Konzept globaler Solidarität mit universellen Werten wenig in Konflikt geraten. Das hat aber zur Folge, dass allgemeine Erklärungen wie die Universal Declaration on Bioethics and Human Rights der UNESCO immer nur ein schwaches Verständnis von Solidarität im Sinne der Bereitschaft, die Perspektive Anderer ernst zu nehmen, enthalten können.<sup>84</sup> Sobald allerdings jene Perspektiven und Werte zu konkreten Inhalten solidarischen Handelns kondensiert werden sollen, stellt sich die Frage, ob und wie ein Konsens über die geteilten Ziele und Werte einer Gemeinschaft gefunden werden kann.

### 3.2 Solidarität und Gemeinwohl

Geht man davon aus, dass Solidarität auf der Identifikation mit einer Gemeinschaft beruht, so setzt dies die Wertschätzung eines gemeinsamen Gutes (bzw. Gütern) voraus, verbunden mit der Bereitschaft, zur Erhaltung dieses Gutes im Interesse der Gemeinschaft zu handeln.<sup>85</sup> Individualistischen Ansätzen zufolge ergibt sich das Gemeingut aus den aggregierten Gütern aller Individuen; solidarischen Handeln tritt dann auf, wenn es im Eigeninteresse der Individuen liegt, sich zum Erhalt der von ihnen selbst zuvor als „Güter“ akzeptierten Werte und Ziele zusammenzuschließen.<sup>86</sup> Im Gegensatz zu instrumentellen Verbänden dieser Art gehen kollektivistische Theorien von bestimmten sozialen Gütern aus, deren Entstehung vom gemeinschaftlichen Leben abhängig ist und die nicht auf die Einzelgüter der Mitglieder reduziert werden können. Hier kommt der Gemeinschaft ein Eigenwert zu: Solidarisches Handeln ist auf ihr Wohl ausgerichtet, dessen Definition aber nicht in der Deutungshoheit der einzelnen Individuen liegt.<sup>87</sup>

#### 3.2.1 Kommunitaristische und utilitaristische Aspekte des Solidaritätsprinzips

Während Rawls den Solidaritätsbegriff lediglich am Rande erwähnte,<sup>88</sup> nimmt jener für den Kommunitarismus<sup>89</sup> als der Gegenströmung, die sich unter anderem als Antwort auf die Theorie der Gerechtigkeit entwickelte, eine weitaus zentralere Rolle ein. Beim Kommunitarismus handelt es sich nicht um eine einheitliche Moraltheorie, sondern um teils erheblich divergierende Positionen,<sup>90</sup> deren Schnittstelle die Kritik am Menschenbild liberaler und libertärer Theorien darstellt.<sup>91</sup> So sei die Vorstellung vom selbstbezogenen, ungebundenen Individu-

um, das der Gemeinschaft lediglich zur Umsetzung eigener Interessen, Rechte und Freiheiten bedarf, verfehlt. Denn der Mensch könne seine individuellen Interessen und moralischen Überzeugungen überhaupt erst innerhalb von einem spezifischen soziokulturellen, historisch gewachsenen Kontext entwickeln, ohne den sich folglich weder sinnvolle empirische Beobachtungen noch normative Aussagen treffen ließen. Es geht dem Kommunitarismus also weniger um die Kritik am Liberalismus selbst, sondern dessen Fokussierung auf den Individualismus einerseits und seine universalistische Moral andererseits.<sup>92</sup> So sei es eine irreführende Illusion, die Normen einer Gesellschaft als koexistierende Werte autonomer Individuen betrachten zu wollen. Vielmehr gelte es, „den Egoismus der Individuen zugunsten eines *gemeinsamen Guten*“ zu überwinden.<sup>93</sup> Denn gerade durch ihre geteilten Überzeugungen, Traditionen und Praktiken sei die Gemeinschaft selbst konstituierend für entscheidende zusätzliche Werte wie Vertrauen, Reziprozität und Loyalität. Solidarischen Verpflichtungen kommt dabei die Funktion zu, die Gemeinschaft selbst und ihre geteilte Vorstellung vom guten Leben aufrechtzuerhalten,<sup>94</sup> wodurch dieses wiederum für die Mitglieder verfügbar gemacht wird: Dabei beziehen sich die Kommunitarist:innen nicht auf Rechtsansprüche, sondern „die Freisetzung moralischer und solidarischer Ressourcen zur Verteidigung sozialstaatlicher [...] Errungenschaften“, welche sie „als geteilte kollektive Güter reinterpreten.“<sup>95</sup> Demnach bedeutet die Gemeinschaftsgebundenheit für das Individuum Ermöglichungsgrundlage seiner Selbstverwirklichung und zugleich reziproke Verpflichtung zu Loyalität. Der Kern des kommunitaristischen Solidaritätsverständnisses liegt dabei im Versuch, „die Existenz von Loyalitätspflichten zu begründen“, welche die „Gemeinschaftsmitglieder einander, nicht aber Außenstehenden schulden.“<sup>96</sup> Diesen ist im Zweifelsfall auch der Vorrang gegenüber allgemeinen moralischen Verpflichtungen einzuräumen.<sup>97</sup> Letztlich führt dies aber zu einem grundsätzlichen „Anti-Universalismus“, infolgedessen dem Kommunitarismus vorgeworfen wird, sich jeglichem interkulturellen Diskurs zu verschließen.<sup>98</sup>

Allerdings wird auch innerhalb des Utilitarismus als einer an sich universalistischen Ethik der moralische Zugewinn loyaler Verbundenheit mit dem Kollektiv betont: So argumentiert etwa Richard M. Hare, dass gerade die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft nach dem utilitaristischen Prinzip der Gesamtnutzenmaximierung den wesentlich effektiveren Anreiz zum moralischen Handeln bietet als universelle Pflichten.<sup>99</sup> Bereits John Stuart Mill bezeichnete die Gemeinschaftsgefühle des Menschen als „unerschütterliche[s] Fundament“ der utilitaristischen Moral, insofern als „das Verlangen nach Einheit mit unseren Mitgeschöpfen“ dazu führe, dass „der einzelne ein stärkeres Eigeninteresse daran hat, das Wohlergehen der anderen in seiner Lebensführung zu berücksichtigen“.<sup>100</sup> Wenngleich der Utilitarismus anders als der Kommunitarismus zwar Loyalität und Gemeinschaft keinen Eigenwert zuweist,<sup>101</sup> kann also auch für ihn eine

stark am allgemeinen Wohl ausgerichtete „geradezu altruistische“ (anders als die oftmals unterstellte egoistische) Konzeption von Moral typisch sein.<sup>102</sup> So ist Mill zufolge „nicht das größte Glück des Handelnden selbst, sondern das größte Glück insgesamt“ entscheidend für den Utilitarismus, „selbst wenn für jeden einzelnen der eigene Edelmut eine Einbuße an Glück [...] bedeuten würde.“<sup>103</sup> Altruismus hat dadurch allerdings keineswegs einen Selbstweck; vielmehr wird ein „Opfer, das den Gesamtbetrag an Glück nicht erhöht [...] als vergeudet“ betrachtet.<sup>104</sup> Das altruistische Moment des Utilitarismus ergibt sich vielmehr daraus, dass der Einzelne zwischen dem „eigenen Glück und dem der andern mit ebenso strenger Unparteilichkeit zu entscheiden [habe] wie ein unbeteiligter und wohlwollender Zuschauer.“<sup>105</sup> In Bezug auf erweiterte Loyalitätspflichten gegenüber Nahestehenden argumentiert allerdings Hare, dass ein parteiliches Füreinandereinstehen im Sinne spezifischer moralischer Verpflichtungen innerhalb von besonderen Beziehungskonstellationen nicht zwingend zu einer Benachteiligung anderer Mitmenschen führen muss. Im Gegenteil sei dies unter Umständen zur Maximierung des Gesamtnutzens sogar erforderlich: Dies betrifft beispielsweise die Fürsorgepflichten von Eltern gegenüber ihren Kindern, ohne deren Priorisierung es zu einer Vernachlässigung käme, was dem Gemeinwohl keineswegs zuträglich wäre.<sup>106</sup> Denn auch diese langfristigen Nebenfolgen müssen in das utilitaristische Nutzenkalkül einbezogen werden. Dagegen gilt es nach Peter Singer, eine solche „Sippensolidarität“<sup>107</sup> bewusst zu überwinden: Sie möge zwar der Arterhaltung im evolutionsbiologischen Sinn dienen, aus moralischer Sicht lasse sich jedoch nicht rechtfertigen, dass Eltern ihren Reichtum für den Luxus einer guten Ausbildung für ihre Kinder aufwenden, anstatt damit die existenzielle Not von Menschen, die ihnen nicht nahestehen, zu lindern. Letzten Endes handele es sich hier ähnlich wie bei rassistischen und nationalistischen Ressentiments um Tendenzen, die im Zuge kultureller Weiterentwicklung reflektiert und verlassen werden sollten.<sup>108</sup>

### 3.2.2 Kommunitaristisches Gemeinwohl und utilitaristischer Gesamtnutzen in der Public-Health-Ethik

Während Singers Position als radical solidarity eher von der Diskussion um Solidarität und Gesundheitsgerechtigkeit auf globaler Ebene aufgegriffen wird,<sup>109</sup> wird in Bezug auf Inhalte der Public-Health-Ethik<sup>110</sup> besonders auf kommunitaristische Konzeptionen von Gemeinwohl und Solidarität verwiesen.<sup>111</sup> So lassen sich etwa aus Daniel Callahans Sicht drängende bioethische Probleme wie die Konkurrenz um Ressourcen im Gesundheitswesen nicht allein mit individualistisch-liberalen Lösungsansätzen beantworten, deren Fortschrittsglaube und Technologiehörigkeit jene Probleme nur verschärfe. Vielmehr gelte es kostspielige, womöglich individuell lebensrettende, jedoch nicht allgemein zugängliche

technische Innovationen drastisch zu regulieren und dem Gemeinwohl im Sinne eines gleichberechtigten Zugangs zu Gesundheitsleistungen, aber auch einer nachhaltigen Balance zwischen Gesundheit und anderen sozialen Bedürfnissen unterzuordnen.<sup>112</sup> Anders als individuelle Ansprüche auf gesundheitliche Selbstoptimierung betrachtet er Solidarität als „view of community that takes the provision of health care to rest on mutual empathy in the face of illness and on reciprocal obligations to provide care to each other to reduce our common suffering.“<sup>113</sup> Ähnlich betont auch Bruce Jennings dieses relationale Verständnis von Solidarität als gemeinsam getragene Sorge um die Gesundheit Anderer im Zuge der gegenseitigen Achtung der gleichen Rechte und Würde innerhalb einer moralischen Gemeinschaft und ihres geteilten Narrativs.<sup>114</sup> Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass weder die kommunitaristische Gemeinwohlorientierung noch die utilitaristische Maximierung des Gesamtnutzens als alleiniges Fundament der Public-Health-Ethik zu überzeugen vermag: Denn die „Förderung der öffentlichen Gesundheit als Teil des Gemeinwohls“ zu verstehen und es damit „als eine gemeinsame Aufgabe zu begreifen, die Gesundheit aller zu fördern“, ließe sich auch mit liberalen Ethiken begründen. Anders als der Kommunitarismus riskierten diese allerdings keinen staatlichen „Public-Health-Paternalismus“, im Zuge dessen die Bürger:innen nicht nur auf die Gesundheit Dritter Rücksicht nehmen, sondern auch private Güterabwägungen hinter dem öffentlichen Interesse an ihrer Gesundheit als Teil des Gemeinwohls zurückstellen müssten.<sup>115</sup> Der Utilitarismus wiederum erlaubt eine solche Priorisierung der öffentlichen Gesundheit gerade nicht: Ihm geht es um die Maximierung des Gesamtnutzens, weshalb neben der Gesundheit auch die Werte, Güter und Ressourcen aller anderen Lebensbereiche in das utilitaristische Kalkül einfließen müssen. Führte man hingegen die „Gesundheitsmaximierung“ als oberstes Moralprinzip der Public-Health-Ethik ein, so begründete man einen „geradezu faschistischen Gesundheitsstaat“. <sup>116</sup> Dieser hätte im Übrigen mit einer solidarischen, fairen Verteilung von Gesundheitschancen wenig gemein, insofern als der Schutz bzw. die Gesundheitsförderung von vulnerablen Gruppen nicht unbedingt mit einer möglichst effektiven Maximierung der Gesamtgesundheit vereinbar wäre.<sup>117</sup>

### 3.3 Grenzen des Solidaritätsprinzips

Wie bereits in den vorigen Kapiteln angedeutet, enthält das Solidaritätsprinzip durchaus Konfliktpotential mit anderen ethischen Prinzipien und Konzepten. Dies gilt vor allem für die in der westlichen Moralphilosophie vorherrschende Zentrierung auf das Individuum und seine Autonomie. Zwar lassen diverse Solidaritätskonzepte auch ein Handeln im Eigeninteresse zu, jedoch nur dann, wenn dies nicht alleiniger Motivator ist.<sup>118</sup> Deshalb kann auch Rawls' Differenzprinzip

nicht als eine Theorie der Solidarität bezeichnet werden, obschon im Diskurs häufig darauf Bezug genommen wird und auch Rawls selbst sich auf die Idee der Brüderlichkeit beruft (seine Theorie allerdings nicht damit *begründet*). Dennoch handelt es sich in erster Linie um das rationale Kalkül freier Individuen aus Eigeninteresse.<sup>119</sup> Gleichwohl gibt es Solidaritätskonzepte, wie das von Michael Hechter, die eben jenes egoistisch-rationale Nutzenkalkül als Zweck solidarischen Verhaltens betonen: Beim Zusammenschluss von Akteur:innen zum Konsum von „Klubgütern“ stellten die Mechanismen der Gruppensolidarität sicher, dass es nicht zu einer „Trittbrettfahrerproblematik“ im Sinne eines Profitierens von bereitgestellten Gütern ohne die Erfüllung von mit der Gruppenmitgliedschaft verbundenen Verpflichtungen kommt. Dabei sei Solidarität umso eher zu erwarten, je effektiver abweichendes Verhalten sanktioniert wird und je stärkere Anreize zur eigenen Nutzenmaximierung das System zur Verfügung stellt.<sup>120</sup> Im Gegensatz dazu betrachtet das Solidaritätskonzept von Franz-Xaver Kaufmann gerade das Fehlen egoistischer Motivation als maßgebliches Kriterium solidarischen Handelns: Letzteres sei nämlich genau daran erkennbar, dass die Belange des Kollektivs auch dann handlungsleitend im Sinne von primär loyalem, reziprokem und altruistischem Verhalten sind, wenn gemäß zweckrationaler Nutzenkalkulation eigentlich die Orientierung am Eigeninteresse zu erwarten wäre.<sup>121</sup>

Wie bereits in Kapitel 2 erwähnt, beanspruchen Vertreter der an den französischen *solidarisme* anknüpfenden katholischen Soziallehre einen Mittelweg zwischen entfesseltem Egoismus des Liberalismus und den repressiven Zügen kollektivistischer sozioökonomischer Modelle anbieten zu können.<sup>122</sup> Von liberaler Seite wird allerdings kritisiert, dass der vermittelnde Anspruch dieses Ansatzes scheitert, da es ihm an der postulierten Reziprozität zwischen Individuum und Kollektiv fehlt: Am Ende habe sich der:die Einzelne doch dem Gemeingut als „Letztwert“ (verstanden im Sinne einer Wertehierarchie der Gemeinschaft, die aber nicht auf aggregierten individuellen Werten beruht) unterzuordnen.<sup>123</sup> So werde denn auch der Schutz des Individuums vor der Gemeinschaft durch die Gemeinschaft außer Acht gelassen, womit es sich letztlich doch um einen kollektivistischen Ansatz handle.<sup>124</sup> Deutlich wird dies auch anhand der Kritik am kommunitaristischen Verständnis sozialer Gerechtigkeit, welches für sich ja die Realisierbarkeit durch solidarische Praktiken beansprucht: Denn es fehle an unabhängigen Prinzipien, Regeln oder Kriterien, die „der Gemeinschaft Grenzen setzen und die Individuen vor ungerechten Übergriffen und Ansprüchen der Gemeinschaft schützen“, wodurch sich autoritäre Strukturen und letztlich „jede beliebige Gewalt“ rechtfertigen lassen, „wenn diese sich nur auf die gewachsene Eigenart traditioneller Kulturen berufen“. <sup>125</sup>

In Bezug auf die (Un-)Vereinbarkeit des Solidaritätsprinzips mit dem ethischen Universalismus müssen zwei Perspektiven betrachtet werden: Einerseits zeigen wesentliche Aspekte der ideengeschichtlichen Entwicklung des Solidaritätsbe-

griffs, dass seine Grundidee auf der Gleichheit aller Menschen beruht. Selbst rein deskriptive Konzepte verweisen immer zumindest auf die gleichen Grundrechte und -bedürfnisse der Individuen, die eine Gruppe ausmachen.<sup>126</sup> Andererseits wird jene Idee der Brüderlichkeit aller Menschen im praktischen Kontext kaum umzusetzen sein: So scheinen solidarische Bande immer dann besonders wirksam, wenn eine starke Identifikation mit der betreffenden Gruppe vorliegt. Damit verbunden ist aber typischerweise die Abgrenzung jener Gemeinschaft von anderen Gruppen. Das Solidaritätsprinzip muss sich also zwangsläufig dem Vorwurf stellen, relativ zu sein und daher immer nur partikularen, exklusiven Interessen gerecht werden zu können. Denn die Forderung von Solidarität im Sinne einer „allgemeine[n] Menschenliebe“ würde, so Bayertz, die „moralische Leistungsfähigkeit der meisten Menschen [...] überfordern“ und am Ende „ebenso anspruchsvoll wie kraftlos“ sein.<sup>127</sup> So ist schon früh in der Theoretisierung des Solidaritätsprinzips von Robert Michels betont worden, dass eine konfliktfreie „Solidarität des Menschengeschlechts“ nicht nur eine Utopie darstellt, vielmehr sei „zur Bildung eines Solidaritätskreises a priori die Existenz scharfer Gegensätze erforderlich; man ist nur solidarisch *gegen* jemand.“<sup>128</sup> Damit ist das Problem der Exklusion angesprochen: Etwas weniger drastisch formuliert, schließt Solidarität zumindest diejenigen aus, denen sie nicht gilt. Solche sozialen Grenzbeziehungen der Solidarität richten sich an „Wir-Kreisen“ aus, die sich auf ein „kommunitäres ‚Wir‘ [...] *erlebter Zusammengehörigkeit*“ beziehen, entweder im Sinne von „geteilten Kollektividentitäten und Erfahrungshorizonten“, oder auf einen politisch-moralischen Bezugsrahmen „*geteilter Zugehörigkeit*“ trotz unterschiedlicher Erfahrungshorizonte.<sup>129</sup> Letztere kann sich beispielsweise in einer Solidarisierung Bessergestellter mit diskriminierten oder ausgebeuteten Personengruppen ausdrücken, indem in der Tatsache des Mitmensch-Seins der Anspruch auf Gerechtigkeit und Unterstützung in Notlagen erkannt wird.<sup>130</sup> Je heterogener jener „Wir-Kreis“ zusammengesetzt ist, desto inklusiver ist demnach der jeweilige Solidaritätsradius. Je homogener er sich hingegen gestaltet, desto exklusiver, dafür aber umso stärker und verbindlicher ausgeprägt sind die betreffenden Solidaritätsbände.<sup>131</sup> Die zuletzt genannten Charakteristika spiegeln sich im Hinblick auf die Möglichkeiten und Grenzen des Solidaritätsprinzips auch im Konzept von Prainsack und Buyx wider, das im Folgenden vorgestellt werden soll.

## 4 Solidarität als bioethisches Prinzip und Public-Health-Konzept nach Prainsack und Buyx

### 4.1 Definition: Solidarität als Praxis

Nach den im ersten Teil der Arbeit behandelten normativen Dimensionen des Solidaritätsprinzips soll nun ein Konzept herausgegriffen werden, das spezifisch auf den praktischen Kontext der biomedizinischen Ethik ausgerichtet ist. Dabei bietet sich das Konzept von Prainsack und Buyx an, die ihren Ansatz bereits in Bezug auf ethische Fragestellungen der Schweinegrippepandemie von 2009/2010 diskutiert haben.<sup>132</sup> Entsprechend liegt eine Anwendung auf Solidarität in der Coronapandemie nahe. Prainsack und Buyx definieren Solidarität als „*Praktiken, welche die Bereitschaft widerspiegeln, Kosten in Kauf zu nehmen, um anderen zu helfen*“, und zwar auf der Grundlage eines „*Erkennen[s] von Gemeinsamkeiten [...] in mindestens einer im gegebenen praktischen Kontext relevanten Hinsicht*.“<sup>133</sup> Dabei bezieht sich die Betonung als Praxis auf ein „zielgerichtete[s] Interagieren mit der Welt“ in Abgrenzung zum weit verbreiteten Verständnis von Solidarität als bloßes „inneres Gefühl oder als abstrakter Wert.“ Unter Kosten seien neben finanziellem Einsatz auch „soziale, emotionale oder anderweitige Zuwendungen“ zu fassen.<sup>134</sup> Wesentlich ist für dieses Konzept in erster Linie die Handlungswirksamkeit der Bereitschaft zur Kostenübernahme und weniger die hierzu führende Motivation: So kann etwa eine solidarische Handlung durchaus auch der Beförderung eigener Zwecke dienen, solange sie nicht ausschließlich aus Eigeninteresse erfolgt.<sup>135</sup> Ebenso ist es für die Definition von Solidarität nach Buyx und Prainsack nicht zwingend erforderlich, dass die Ziele der entsprechenden Praktiken allgemein moralisch befürwortet werden. Um dennoch eine wertende Abstufung verschiedener Formen von Solidarität vornehmen zu können, ergänzen sie ihre Definition um das Kriterium „sinnvoller Inklusivität“: Wesentlich für moralisch legitimierte solidarische Praktiken ist demnach das Ausmaß, mit dem sie die Benachteiligung oder Diskriminierung anderer Personen(-gruppen) vermeiden.<sup>136</sup>

### 4.2 Die drei Ebenen des Solidaritätsprinzips

Wie man die jeweilige Motivation für solidarisches Handeln bewerten mag und inwiefern Überschneidungen mit anderen Prinzipien bestehen, hängt auch vom jeweiligen Kontext ab. So wird in einer engeren, vertrauten Gruppe offensichtliches Eigeninteresse als Solidaritätsanreiz mutmaßlich kritischer beäugt als dies in einem anonymen, gesamtgesellschaftlichen Kontext der Fall ist. Prainsack und Buyx nehmen eine Unterteilung in drei Ebenen der Solidarität vor: Auf der interpersonalen Ebene steht ein Gefühl der persönlichen Verbundenheit im

Vordergrund, im Zuge dessen Menschen sich als Teil einer „Schicksalsgemeinschaft“<sup>137</sup> betrachten und daher zu spontanem zwischenmenschlichem Beistand bereit sind. Insofern als ein solches Gefühl oftmals auf dem Erkennen von Verletzlichkeit beruht, kann es hier zu Überschneidungen mit der Idee von Wohltätigkeit und Altruismus kommen. Der entscheidende Unterschied besteht nach Buyx und Prainsack jedoch darin, dass „Solidarität als *symmetrische* Interaktion zwischen Menschen stattfindet“.<sup>138</sup> Wenn besagtes Verbundenheitsgefühl sich zu sozialen oder moralischen Normen weiterentwickelt, ist eine *kollektive* Ebene der Solidarität erreicht. Buyx und Prainsack zählen hierzu beispielsweise die Organisation in Selbsthilfegruppen oder eine aktive Nachbarschaft, aber auch informelle Krankenversorgungssysteme.<sup>139</sup> Neben dem Beistand gegenüber vulnerablen Individuen rücken hier Aspekte der Reziprozität und das Erreichen gemeinsamer Ziele weiter ins Zentrum. Schließlich wird von einer *vertraglichen* bzw. *rechtlichen* Ebene der Solidarität gesprochen, wenn derartige soziale Praktiken in Form von gesetzlich verankerten Regelsystemen institutionalisiert oder im Rahmen von anderweitigen Vertragsformen festgelegt werden. Diese Ebene kommt beispielsweise im Solidaritätsprinzip des Sozialstaats zum Ausdruck, mitunter können hierzu auch zwischenstaatliche Kooperationsformen gezählt werden.<sup>140</sup> Institutionalisierte Solidarität der dritten Ebene muss sich allerdings nicht zwangsläufig aus den vorangehenden Ebenen entwickeln, sondern kann auch unmittelbar in Form von Gesetzen bzw. Verordnungen verfügt werden. Dies wird auch als „Solidarität per Dekret“<sup>141</sup> bezeichnet. Wesentlich für die Stabilität einer rechtlichen Verankerung von Solidarität sind die Transparenz der betreffenden Maßnahmen und das Vertrauen in die jeweiligen Institutionen.<sup>142</sup>

### **4.3 Das Solidaritätskonzept nach Prainsack und Buyx im Kontext pandemiebezogener Fragestellungen**

Die praktische Bedeutung ihres Solidaritätskonzepts für die biomedizinische Ethik wird von Buyx und Prainsack anhand mehrerer Anwendungsbeispiele erläutert. Als Beispiel soll hier ein auf Solidarität statt individueller Absicherung abstellendes Einwilligungsmo-  
dell von Daten- und Gewebespenden an Biobanken erwähnt werden: Unter Annahme einer eigenverantwortlichen Inkaufnahme gewisser Risiken durch die Teilnehmenden selbst wäre für solche zugunsten des Gemeinwohls bewusst in Kauf genommenen Risiken wiederum eine Kompensationsmöglichkeit durch unabhängige Fonds einzurichten.<sup>143</sup> In analoger Weise kommt die Bereitschaft, eigene Daten in erster Linie für gemeinwohlassoziierte Zwecke zur Verfügung zu stellen, nach Prainsack und Buyx auch bei der Kontrolle von Pandemien zum Tragen. Dies erlaube eine systematische Überwachung der Pandemieentwicklung mit der Möglichkeit, die erforderlichen Maßnahmen besser zu erkennen bzw. gezielter einzusetzen. Zwar steige

mit der Menge an verfügbaren Daten für einzelne Individuen das potenzielle Risiko einer missbräuchlichen Verwendung bis hin zu einer diskriminierenden Reidentifikation. Dennoch biete die Datenspende in der Gesamtschau eine niederschwellige (im Sinne überschaubarer Risiken) und zugleich wirkungsvolle Gelegenheit, im Pandemiefall Solidarität zu praktizieren.<sup>144</sup> Ebenso könnten soziale Medien auf solidarische Weise genutzt werden, indem sie neben der Analyse epidemiologischer Daten eine Plattform zur Verbreitung wichtiger Informationen, aber auch zur Kommunikation von Hilfsbedarf sowie entsprechenden Unterstützungsmöglichkeiten darstellen.<sup>145</sup>

Auf viele im Rahmen von Pandemien erörterte Probleme lässt sich das Solidaritätsprinzip allerdings nicht ohne Weiteres anwenden. So machen einige von Prainsack und Buyx anhand der Schweinegrippepandemie von 2009/10 diskutierte Fragestellungen deutlich, dass die empirisch beobachtbare Bereitschaft zu solidarischem Verhalten ebenso wie dessen normative Beurteilung auch davon abhängen, auf welcher Ebene Solidarität ausgeübt bzw. eingefordert wird. Denn während die Maßnahmen zur Pandemieeindämmung von der gesamten Bevölkerung getragen werden müssen, variieren die Risiken für einen schweren Krankheitsverlauf typischerweise erheblich. Regelmäßig werden folglich Individuen, die selbst keiner Risikogruppe angehören und daher mit letzteren kaum Gemeinsamkeiten erkennen, die ihnen abverlangten persönlichen oder wirtschaftlichen Kosten als unverhältnismäßig hoch betrachten. Jenes Verhältnis zwischen der individuellen Risikozuordnung bzw. -wahrnehmung und den aufzubringenden Kosten ist, wie Prainsack und Buyx unter Berufung auf empirische Beobachtungen folgern, maßgeblicher Faktor dafür, ob solidarisches Verhalten erwartet werden kann.<sup>146</sup> Es geht also weniger um eine vorbestehende moralische Einstellung zu den eigenen Verpflichtungen gegenüber vulnerablen Mitmenschen, sondern in erster Linie um das Erkennen von Gemeinsamkeiten: Nur letzteres bedeute, „die Kosten der Eindämmung einer Pandemie aus Solidarität miteinander zu akzeptieren.“<sup>147</sup> Fehle es hingegen an der Bereitschaft zu Solidarität der interpersonalen und kollektiven Ebene wie oben beschrieben, so lasse sich darauf auch keine dritte, rechtliche Ebene aufbauen. Die Legitimation staatlicher Maßnahmen zur Pandemiekontrolle bedarf daher anderer Begründungen als der Bezugnahme auf das Solidaritätsprinzip.<sup>148</sup> Hier greifen dann die Verpflichtungen des Staates zum Schutz von Leben und Gesundheit der Bürger:innen.<sup>149</sup>

Folgt man jener in erster Linie empirisch-deskriptiven Analyse solidarischen Potenzials, wird man also im Pandemiefall in Bevölkerungsgruppen mit niedrigem eigenen Risikoprofil<sup>150</sup> die Bereitschaft zu solidarischem Verhalten am ehesten dann vorfinden, wenn der persönliche Aufwand hierfür gering ist, etwa das Einhalten von Hygienemaßnahmen oder die Selbstisolation bei Auftreten von Krankheitssymptomen. Doch schon die längerfristige Einschränkung der Bewe-

gungsfreiheit, z. B. im Sinne eines Verzichts auf Flugreisen, ließe sich nach Buyx und Prainsack mit dem Solidaritätsprinzip alleine wohl kaum durchsetzen.<sup>151</sup> Sobald dagegen Gemeinsamkeiten vorliegen, beispielsweise eine Ansteckungsgefahr der eigenen Kinder, könne man aber mit einer zunehmenden Akzeptanz von Maßnahmen mit an sich höheren Kosten wie Schulschließungen rechnen.<sup>152</sup> Entsprechend sei auch die geringe Impfbereitschaft während der Schweinegrippepandemie 2009/10 zu deuten: Angesichts von Berichten über Impfschäden scheint damals das Eingehen eines potentiellen Gesundheitsrisikos, ohne selbst einer relevanten Gefahr durch die Infektionserkrankung ausgesetzt zu sein, als unverhältnismäßig hoher Einsatz empfunden worden zu sein.<sup>153</sup> Während es hier also an den Voraussetzungen für Solidarität auf der kollektiven Ebene gefehlt hatte, ließen sich aber andere ethische Aspekte des Impfens, etwa die Einteilung von Priorisierungsgruppen, durchaus unter Verweis auf das Solidaritätsprinzip begründen.<sup>154</sup> Die Kosten des Verzichts auf den Impfstoff bestünden demnach in der Inkaufnahme des verhältnismäßig geringen Risikos einer eigenen schweren Erkrankung, um Anderen mit höherem Risiko zu helfen. Mit Blick auf die Allokation knapper intensivmedizinischer Ressourcen ist ein solcher Rückgriff auf das Solidaritätsprinzip Prainsack und Buyx zufolge allerdings gänzlich ungeeignet: Denn hier ist mit dem Verzicht auf eine Behandlung ein derart hohes eigenes Risiko verbunden, dass es sich weniger um solidarische als vielmehr um heroisches Verhalten handelte. Eventuelle Triageentscheidungen können folglich nicht über eine solidaritätsstiftende zwischenmenschliche Verbundenheit gerechtfertigt werden, sondern allenfalls über „die Pflicht von staatlichen Institutionen, die am stärksten gefährdeten Menschen – oder diejenigen, die angesichts knapper Ressourcen am stärksten von einer Hilfsmaßnahme profitieren würden – zu schützen.“<sup>155</sup>

Die zuvor genannten Konstellationen betrafen die praktische Bedeutung des Solidaritätsprinzips im Pandemiefall, bezogen auf die interpersonale bzw. kollektive Ebene bzw. auf das Verhältnis von staatlichen Organen und Bürger:innen. Angesichts der Vielfalt von Interessen und Bedürfnissen einerseits und des ungleich verteilten Risikoprofils andererseits scheint das Solidaritätsprinzip im letzteren Fall also oft keine ausreichende Überzeugungskraft zur Durchsetzung der erforderlichen Maßnahmen entfalten zu können.<sup>156</sup> Durch die globale Ausbreitung von Pandemien drängen sich jedoch insbesondere auch Fragen der zwischenstaatlichen bzw. internationalen Solidarität auf. Während sich nach Prainsack und Buyx Grenzschließungen und die konsekutiven Einschränkungen der Bewegungsfreiheit den Bürger:innen gegenüber sinnvoller mit dem Infektionsschutzgesetz rechtfertigen lassen, könne auf zwischenstaatlicher Ebene die Bezugnahme auf das Solidaritätsprinzip durchaus fruchtbar sein. Unterschieden werden müssten dabei allerdings pragmatisch-kooperative Ansätze zur Pandemieeindämmung, ggf. unter Inkaufnahme erheblicher Kosten wie volkswirt-

schaftliche Einbußen durch wegfallende Einnahmen aus dem Tourismus, von nationalstaatlichen Abschottungsmechanismen mit dem Ziel einer Zurückhaltung eigener Ressourcen.<sup>157</sup> Anders als zwischen einzelnen Individuen einer pluralistischen Gesellschaft gilt hier jedoch, dass grundsätzlich alle Länder von der Pandemieausbreitung relevant betroffen sein können. Sie sollten daher schon um der Pandemiekontrolle im eigenen Gebiet willen zur Stabilisierung der Situation in anderen Ländern beitragen. Ausschlaggebend sind zwar auch in diesem Fall nationale Eigeninteressen, gleichermaßen treten aber gemeinsame Ziele in den Vordergrund. Inwieweit letztere handlungsleitend im Sinne einer Unterstützung wirtschaftlich und infrastrukturell schwächerer bzw. von der Krise stärker betroffener Länder werden, hängt nach Prainsack und Buyx auch davon ab, ob solidarische Praktiken in den jeweils bessergestellten Ländern Rückhalt innerhalb der Bevölkerung erfahren.<sup>158</sup> Daher seien gerade die globalen (bio-)ethischen Herausforderungen von Pandemien eine vielversprechende Möglichkeit, das Solidaritätsprinzip nicht nur „als Worthülse“ in die Diskussion einzubringen, sondern in einer „realistischen und von Ähnlichkeiten getragenen Art und Weise stärker in den Vordergrund zu stellen“.<sup>159</sup>

## **5 Phänomene der Coronapandemie in Bezug auf das Solidaritätsprinzip nach Prainsack und Buyx**

Nachdem der Generaldirektor der WHO, Dr. Tedros Ad-hanom Ghebreyesus, den Ausbruch des SARS-Cov-2-Virus im März 2020 offiziell zur Pandemie erklärt hatte,<sup>160</sup> betonte er: „we’re all in this together“ und rief im Zuge dessen alle Länder zum strategischen Zusammenhalt sowie zur Mobilisierung finanzieller Mittel für eine Pandemiebekämpfung „in the spirit of solidarity“ auf.<sup>161</sup> Ferner appellierten auf nationaler Ebene Politiker:innen an die Bevölkerung, die Pandemie als eine nur gemeinsam zu bewältigende Aufgabe zu verstehen und die zu ihrer Eindämmung erforderlichen Maßnahmen im Zeichen der Solidarität mitzutragen.<sup>162</sup> Jene Aufrufe galten nicht nur der Zurückstellung eigener Interessen zugunsten des Infektionsschutzes, sondern auch der Wahrnehmung von den durch die sozialen und wirtschaftlichen Folgen der Pandemie besonders hart getroffenen Gruppen.<sup>163</sup> Dass hiermit nicht einfach eine „Worthülse“ bedient wurde, sondern durchaus vorhandene Ressourcen<sup>164</sup> innerhalb der Zivilbevölkerung angesprochen wurden, beweisen spontane Gesten der *interpersonalen* bzw. *Gruppensolidarität* wie etwa die kreative Überbrückung der Selbstversorgungsprobleme von Risikogruppen und Erkrankten durch Nachbarschaftshilfen oder Unterstützungsaktionen für bedrohte Kultureinrichtungen und den Einzelhandel.<sup>165</sup> Für besondere mediale Konjunktur des Solidaritätsbegriffs sorgte zudem abendlicher Applaus für medizinisches Personal<sup>166</sup> oder das Finden anerkennender Worte für Angestellte anderer „systemrelevanter“ Berufsgruppen.<sup>167</sup>

Es lässt sich allerdings streiten, ob hier die Kriterien von Solidarität als „Praxis“ erfüllt sind. Ebenfalls muss hinterfragt werden, ob die von Prainsack und Buyx geforderte Bereitschaft, im Ernstfall „Kosten“ aufzubringen, auf solche Gesten zutreffen: So wird kritisiert, dass hier in erster Linie der eigene „Wohlfühleffekt“ verfolgt wird, während die Zielpersonen derart gezollter Anerkennung „nach der Krise aber sehr wahrscheinlich mit ebenso miesen Arbeitsbedingungen und Lohnniveaus konfrontiert sein werden wie zuvor.“<sup>168</sup>

Abgesehen von medienwirksamen Solidaritätsbekundungen solcher Art fallen Verhaltensweisen wie „Social Distancing“,<sup>169</sup> das Tragen von Mund-Nasen-Masken oder das Einhalten von Abstand im Alltag nach der Klassifikation von Prainsack und Buyx unter die Ebene der kollektiven bzw. Gruppensolidarität: Es werden gewisse Einschränkungen in Kauf genommen, die zwar auch das eigene Ansteckungsrisiko verringern, in erster Linie aber dem Schutz der Gemeinschaft dienen.<sup>170</sup> Im Zuge von staatlichen Maßnahmen der Pandemiebekämpfung wie die Schließung von Schulen und Kulturstätten bis hin zu Kontaktbeschränkungen und Ausgangssperren gehen solche nicht-pharmakologischen Interventionen (NPI)<sup>171</sup> auf die dritte Ebene der rechtlichen Solidarität über. Diese „per Dekret“ auferlegte Solidarität stellt zwar nach der Definition von Buyx und Prainsack eine besonders „solide“ Umsetzungsmöglichkeit des Prinzips dar.<sup>172</sup> Gleichwohl ist es für die Akzeptanz und Stabilität von Solidarität der dritten Ebene förderlich, wenn sie von solidarischen Praktiken auf der ersten und zweiten Ebene getragen wird. Entscheidend ist dabei auch, dass die entsprechenden Vorschriften tatsächlich als solidarisch erachtet und als sozial gerecht erfahren werden.<sup>173</sup> Hierin besteht jedoch eine ganz wesentliche Problematik staatlicher „Coronamaßnahmen“: Wenn nämlich durch den sogenannten „Lockdown“ existenziell bedrohte Mitglieder der Gesellschaft keine reziproke Solidarität erfahren, kann dies auf längere Sicht zu einer Abnahme ihrer eigenen solidarischen Bereitschaft und zur Infragestellung der Legitimität der entsprechenden Public-Health-Maßnahmen führen. Schon zu einem frühen Zeitpunkt der Krise wurde von Institutionen wie dem britischen Nuffield Council on Bioethics hervorgehoben, dass zwingend unbürokratische finanzielle Hilfen vom Staat gewährt werden müssen, um die Kosten der Solidarität nicht nur von einzelnen Bevölkerungsgruppen einzufordern, sondern auch für eine gerechte Verteilung dieser Lasten Sorge zu tragen.<sup>174</sup> Auch dem deutschen Ethikrat zufolge kann Solidarität „weder automatisch noch unbegrenzt“ erwartet werden.<sup>175</sup> So betont auch Alena Buyx, dass trotz der beobachtbaren hohen solidarischen Bereitschaft in der Krise die entsprechenden Ressourcen endlich sind und daher nicht überbeansprucht werden dürfen. Folglich könne von einem Menschen auch nicht zu jedem Zeitpunkt und in jedem Lebensbereich der gleiche Einsatz an Solidarität verlangt werden.<sup>176</sup>

Angesichts des Wertpluralismus demokratischer Gesellschaften bedingt eine Fokussierung auf bestimmte Güter früher oder später die Herausbildung anderer

Solidaritätsbewegungen mit eigenen, gegenläufigen Zielsetzungen. Hier wäre etwa die satirische Kritik an der Regierung seitens Kulturschaffender im Rahmen der Aktion „#allesdichtmachen“ zu nennen.<sup>177</sup> Letztlich fällt darunter aber auch die sogenannte „Querdenkerbewegung“ mit ihren „Hygienesdemonstrationen“ gegen die staatlichen Beschränkungen individueller Freiheiten zur Eindämmung der Pandemie. Anders als renitentes Verhalten, im Zuge dessen Regeln aufgrund von Gleichgültigkeit oder „Müdigkeit“ gegenüber den Einschränkungen nicht befolgt werden,<sup>178</sup> liegt hier aber nicht einfach unsolidarisches Verhalten vor: Unabhängig davon, was von den zugrundeliegenden Weltanschauungen zu halten ist – zumal diese mitunter stark differieren<sup>179</sup> –, eint diese Bewegung ihre Auflehnung gegen die als „Coronadiktatur“<sup>180</sup> empfundene Einschränkung von Grundrechten, was zu handlungswirksamer Bereitschaft führt, Kosten<sup>181</sup> zur Unterstützung gemeinsamer Ziele auf sich zu nehmen. Somit lässt sich auch hier der Solidaritätsbegriff von Prainsack und Buyx anwenden, der sich als ein primär deskriptives Konzept versteht: Als solches enthält es sich einer Aussage darüber, inwiefern die Ziele, Inhalte und Umstände der jeweiligen solidarischen Praktiken moralisch wünschenswert sind. Gleichwohl erlaubt das Konzept auch eine normative Graduierung, insofern als es die Betonung von Gemeinsamkeiten anstatt Unterschieden als den Kern von Solidarität betrachtet.<sup>182</sup> Moralisch legitim sind solidarische Zusammenschlüsse also dann, wenn sie sich durch einen inklusiven, integrativen Charakter auszeichnen. Die moralische Bewertung von „Anti-Corona“-Solidarisierungen wäre dann davon abhängig zu machen, ob unter Annahme der eigenen Unverletzlichkeit eine Gefährdung und damit die Diskriminierung von Risikogruppen in Kauf genommen wird; oder aber die von der Pandemie ausgehende Gefahr nicht erkannt wird. Den Vertreter:innen der letzteren Position mag also Unwissen oder Irrtum im Hinblick auf empirische Tatsachen vorgeworfen werden, nicht aber eine „unmoralische“ Form von Solidarität.

## 6 Weitere Perspektiven auf das Solidaritätsprinzip in der Coronapandemie

Nicht nur in der medialen Berichterstattung erfreut sich die Bezugnahme auf den Solidaritätsbegriff in der Coronapandemie großer Beliebtheit. Auch in diversen wissenschaftlichen Publikationen wird auf ihn zurückgegriffen, wobei unterschiedliche Ebenen und Schwerpunkte des Konzepts zum Tragen kommen. Gleichwohl ist die jeweilige inhaltliche Ausdifferenzierung des Begriffs sehr variabel. Mitunter taucht Solidarität zwar im Titel von Publikationen auf, wird im eigentlichen Text jedoch allenfalls am Rande erwähnt bzw. nicht näher definiert. Im Vordergrund stehen vielmehr Schwerpunkte wie die wissenschaftliche Evidenz bestimmter epidemiologischer Maßnahmen,<sup>183</sup> die Legitimation einzelner Institutionen oder die Forderung nach deren Stärkung.<sup>184</sup> Während Solidarität

in der Mediendarstellung in erster Linie auf die kollektive Verantwortung der Bevölkerung im Hinblick auf Public-Health-Maßnahmen bezogen wird, liegt der Fokus des Fachdiskurses eher auf der Bedeutung von Solidarität auf der globalen Ebene. Dabei lässt sich wiederum grob in zwei Hauptverwendungsweisen des Begriffs differenzieren: Häufig ist eine weitestgehend synonyme Bedeutung mit dem Aufruf zur internationalen Kooperation mit dem Ziel einer möglichst effektiven Pandemiebekämpfung zu beobachten.<sup>185</sup> Die rhetorische Assoziation mit dem Solidaritätsbegriff scheint diesem primär strategischen Anliegen gewissermaßen einen normativen Gehalt verleihen zu sollen. Dabei lässt sich ein Fokus auf das aus epidemiologischer Sicht als richtig und sinnvoll erachtete Handeln beobachten. So wird z. B. in Anlehnung an einen der Seefahrt entnommenen Befehl für kritische Gefahrenlagen – „all hands on deck“ – zur international koordinierten Zusammenarbeit aufgerufen: Angesichts der globalen Ausbreitung des Virus sei globale Solidarität im Sinne eines Teilens von Schutzausrüstung, Infrastruktur und Fortschritt gefragt.<sup>186</sup> Mit dem geforderten Zurückstellen von Konkurrenzdenken und eigenen Interessen sind zwar Kerninhalte des Solidaritätsprinzips angesprochen, indem die gegenseitige Hilfeleistung hervorgehoben wird. Allerdings wird jene Hilfe bei der Eindämmung der Pandemie in erster Linie durch das Eigeninteresse, hierdurch selbst von den schlimmsten Folgen einer unkontrollierten Verbreitung verschont zu bleiben, begründet.<sup>187</sup> Globale Solidarität wird als Kooperation im eigenen Interesse definiert und thematisch auf Strategien der Pandemiebekämpfung eingegrenzt. In anderen Publikationen treten die kollektivistischen Bezüge des Solidaritätsprinzips deutlicher hervor und diejenigen Maßnahmen werden als solidarische Praktiken gewürdigt, die den Zwecken des pandemiebezogenen Gemeinwohls entgegenkommen: So wird neben der Einrichtung von Hilfs- und Wissenschaftsfonds durch Stiftungen auch die flexible Umstellung der Industrie auf die Produktion von Testmaterial und Impfstoff hervorgehoben.<sup>188</sup> Gleichwohl läge es hier vermutlich nicht weniger nahe, jener Flexibilität rein wirtschaftliche Interessen zu unterstellen.

Obschon der normative Hintergrund des Solidaritätsprinzips in vielen Publikationen von strategischen Zwecken überlagert wird,<sup>189</sup> zeigt sich doch überwiegend ein Begriffsverständnis, das über das rationale Kalkül einer möglichst effizienten Pandemiebekämpfung hinausgeht. Dabei fällt zumeist eine weite Solidaritätskonzeption<sup>190</sup> auf, die sich weniger auf spezifische Gemeinsamkeiten als auf die grundlegende Tatsache des Mitmensch-Seins<sup>191</sup> bezieht:

Solidarity however becomes a very thin concept if we only apply it to those who are very much like us and if it comes with conditions and negotiations. It is most potent and meaningful when it extends to those who are different. It is more important than ever in this difficult time to uphold a form of solidarity that is inclusive of everyone, which recognizes that respect is due to everyone, and not exclusive to those that live in our own town, region, or country.<sup>192</sup>

Als Grundlage für den Appell, Solidarität als ein jenseits von Differenzen, Distanzen oder zwischenstaatlichen Grenzen<sup>193</sup> verpflichtendes Phänomen zu begreifen, wird die geteilte Vulnerabilität<sup>194</sup> gegenüber dem Virus als „common enemy“<sup>195</sup> hervorgehoben. Analog zu einigen politischen Appellen<sup>196</sup> lässt sich eine kriegsähnliche Rhetorik beobachten, wenn beispielsweise zu Kooperation als „key weapon“<sup>197</sup> gegen das Virus im Rahmen einer „Unified Global Health Front“<sup>198</sup> aufgerufen wird: „Let us stand together in solidarity, beyond borders, as ‚The Human Race‘, to fight and overcome the COVID-19 threat.“<sup>199</sup> Indem diese Metaphorik Gefühle der Verbundenheit im Angesicht einer gemeinsamen Bedrohung mobilisiert, erinnert sie an die Tradition des Solidaritätsprinzips als „Kampfbegriff“: Dieses Begriffsverständnis ist seinerseits typischerweise an ein Aufbegehren gegen Ungerechtigkeit geknüpft. Auch die Literatur zu Solidarität in der COVID-19-Pandemie setzt sich intensiv damit auseinander, inwiefern die Krise strukturelle Ungleichheit innerhalb der Bevölkerung, zwischen Menschen mit und ohne Migrationshintergrund sowie zwischen armen und reichen Ländern offenlegt.<sup>200</sup> Dabei wird weniger eine Definition von Solidarität als zweckgebundene Kooperation zur Pandemieeindämmung herangezogen, als vielmehr eine Konzeption, die sich auf die Überwindung sozialer wie auch globaler Ungerechtigkeit bezieht. Denn:

One test of our solidarity is to examine how we look after the most vulnerable in our population, since the greatest burdens of the pandemic will fall on such disadvantaged groups.<sup>201</sup>

Als Merkmal von Solidarität steht hier demnach weniger die Gemeinsamkeit im Vordergrund als vielmehr die Bereitschaft zur Unterstützung. Damit einher geht eine Verschiebung vom Moment der Reziprozität zum Schwerpunkt der Fürsorge, Verantwortung und Kostenübernahme zugunsten vulnerabler Gruppen: Gebraucht werde vor allem „solidarity with those who are hit the hardest“.<sup>202</sup> Da jedoch gerade die Vulnerabilität gegenüber bzw. die Sterblichkeit an COVID-19 offensichtlich auch mit struktureller Ungleichheit verbunden ist,<sup>203</sup> geht die Auseinandersetzung mit den ungleich verteilten Lasten der Pandemie häufig mit einer grundsätzlichen Kritik an tiefer liegenden Systemdefiziten einher. Zugleich werden dabei Überschneidungen des Solidaritätsbegriffs mit Fragen der sozialen bzw. globalen Gerechtigkeit deutlich. So definiert z. B. der britische Nuffield Council on Bioethics Solidarität in der Pandemie als „ensuring just sharing of burdens“.<sup>204</sup> Dieses Verständnis von wechselseitiger Solidarität ist also mit dem Anspruch auf einen gerechten Ausgleich verbunden. Entsprechend gilt eine vielfach geübte Kritik der Tatsache, dass dieses Ideal vielerorts weit von der Realität entfernt ist. Im Fokus ist hier vor allem das defizitäre soziale Sicherungssystem in den USA als einem an sich reichen Land.<sup>205</sup>

Der Solidaritätsbegriff wird jedoch nicht nur in Bezug auf die sozialen Verhältnisse innerhalb einzelner Staaten in den Kontext von Fragen der Gleichheit und Gerechtigkeit eingeordnet. Auch auf globaler Ebene wird das Verhältnis von reichen (HIC, *high income countries*) und armen (LIC, *low income countries*) Ländern bei der gerechten Verteilung des Gutes Gesundheit mit dem Solidaritätsprinzip in Verbindung gebracht. In Publikationen, die sich auf ein entsprechendes Verständnis von Solidarität beziehen, geht es mithin weniger um eine positive Begriffsdefinition als um die Diskussion von im Rahmen der Pandemie zu beobachtenden Defiziten an globaler Solidarität. Dazu zählt beispielsweise die Kritik an den primär nationalen Bewältigungsstrategien von COVID-19 wie beispielsweise den Verhandlungen des damaligen US-amerikanischen Präsidenten Donald Trump mit dem Pharmaunternehmen „CureVac“, um den Impfstoff vorab für die USA zu sichern.<sup>206</sup> Konkrete Beispiele wie dieses sind Ausgangspunkt für die Forderung, dass HIC für LIC Kosten mittragen, anstatt den Impfstoff mit allen Mitteln für die eigene Bevölkerung zu sichern. Zuerst gelte es also, den Zugang aller Länder zur Impfung sicherzustellen.<sup>207</sup>

Ebenso werden protektionistische Bestrebungen von Ländern wie etwa Deutschland und Frankreich als unsolidarisch bemängelt, die im März 2020 Exportverbote für medizinische Schutzausrüstung verhängt hatten.<sup>208</sup> Als Gegenbeispiel werden hier mehrfach das Spenden von Schutzkleidung und das Entsenden von medizinischem Personal seitens China und Kuba als Solidarität gegenüber anderen Ländern hervorgehoben.<sup>209</sup> Es wird allerdings auch darauf aufmerksam gemacht, dass die Anpreisung transnational praktizierter Solidarität<sup>210</sup> keineswegs eine Gewähr für die Verwirklichung entsprechender Prinzipien auf anderen politischen Ebenen darstellt, etwa im Umgang mit Geflüchteten.<sup>211</sup> Durch simultane Grenzsicherungen verbleiben diese nämlich gleichsam im „limbo, in a space of exception, those who are among the most vulnerable populations [...] fall into this zone of indifference“.<sup>212</sup>

## 7 Solidaritätsdefizite und -konflikte der Coronapandemie

Die vorangegangenen Überlegungen machen deutlich, dass im Rahmen der Mobilisierung von „Solidaritätsressourcen“ in der Coronapandemie durchaus problematische Aspekte zu Tage traten, was allerdings ihre Subsummierung unter das Solidaritätsprinzip nicht notwendigerweise ausschließt. Der folgende Abschnitt widmet sich nun der Frage, welche Solidaritätsdefizite sich in der Coronapandemie beobachten lassen. Dabei kann es sich um einen (ggf. vorbestehenden) systembedingten Mangel an Solidarität handeln oder aber um unsolidarisches Verhalten bezogen auf den konkreten „Alltag“ der Pandemie. Letzteres bezieht sich etwa auf Regelverstöße gegen Maßnahmen zur Verhinderung der weiteren Pandemieausbreitung wie die Missachtung von Kontaktbeschränkungen oder die

Verletzung von gesetzlichen Quarantäneauflagen.<sup>213</sup> Zunächst einmal entspricht dies lediglich einer nachrangigen Berücksichtigung des pandemiebezogenen Gemeinwohls (als öffentliche Gesundheit verstanden) im Vergleich zu anderen Gütern. Als unsolidarisch wäre dieses Verhalten allerdings dann zu werten, wenn jenen anderen Interessen aus Gleichgültigkeit gegenüber der Gesundheitsgefährdung anderer der Vorrang eingeräumt wird: Denn implizit ist damit die Inkaufnahme einer Diskriminierung von Risikogruppen<sup>214</sup> verbunden, was zumindest mit einem inklusiven Solidaritätsverständnis wie dem von Prainsack und Buyx unvereinbar ist. Doch auch schwächere Konzepte heben hervor, dass Solidarität immer wenigstens „the willingness to take the perspective of others seriously“ erfordert.<sup>215</sup> Es ist aber nicht notwendigerweise das Fehlen solcher „Gewilltheit“, welche einer aus epidemiologischer Sicht effektiven Bekämpfung der Pandemie entgegenwirkt, sondern auch Unwissen: So wird die Bereitschaft zu solidarischem Verhalten im Sinne eines sozialen Zusammenhalts bei der Pandemieeindämmung nur insoweit verfügbar sein, als die vom Virus ausgehende Gefahr (an)erkannt wird. Dies ist im Kontext der Coronapandemie insofern besonders relevant, als hier die wissenschaftliche Evidenz nicht nur durch gezieltes Leugnen in Frage gestellt wird wie etwa von „Querdenker:innen“. Vielmehr ist allein schon die Neuheit der Erkrankung mit unsicherem Wissen bzw. dessen rascher Wandelbarkeit verbunden. Umgekehrt legen empirische Daten nahe, dass fundierte und gut kommunizierte Informationen zur Pandemie eher mit gesellschaftlicher Solidarität einhergehen: Je besser die Informationen zu COVID-19 und der Kontrollierbarkeit der Pandemie verstanden werden, desto höher scheint die Bereitschaft zu sein, sich an die Schutzmaßnahmen zu halten.<sup>216</sup> Entsprechend wurden als solidaritätsgefährdende Tendenzen der Coronapandemie die zum Teil mangelnde Transparenz bei der Kommunikation von mitunter als ungerecht empfundenen staatlichen Maßnahmen mit konsekutivem Vertrauensverlust in die verantwortlichen Autoritäten festgestellt.<sup>217</sup> Misstrauen muss aber nicht nur durch Unmut gegenüber den Einschränkungen der eigenen Freiheiten entstehen, sondern kann auch durch das schlechte bzw. verzögerte Krisenmanagement und die Relativierung der Gefahr seitens politisch Verantwortlicher<sup>218</sup> bis hin zu gezielter Verbreitung von Fehlinformationen („Fake News“)<sup>219</sup> ausgelöst werden. Während dies auf der einen Seite als „information pollution“ zur Missachtung von Auflagen ermutigt<sup>220</sup> und mithin den sozialen Zusammenhalt schwächt, scheint in anderen Fällen auf diese Weise erst die Mobilisation neuer Solidaritätsformen angestoßen zu werden.<sup>221</sup>

Diese Beobachtungen machen deutlich, dass die Bedeutung des gesellschaftlichen Zusammenhalts bei der Bekämpfung der Pandemie und ihrer Folgen keineswegs darüber hinwegtäuschen kann, welche Systemdefizite die Krise offenlegt. In diesem Kontext wird kritisiert, dass in Katastrophen die Rüge kollektiven Fehlverhaltens seitens der Verantwortlichen eher dazu dient, von eigenen

Versäumnissen abzulenken. Dies gilt z. B. für den Vorwurf kollektiver Panik: So seien die zu Beginn der Pandemie passager entstandenen Versorgungsengpässe viel weniger durch unsolidarische „Hamsterkäufe“ entstanden als durch fragile Lieferketten.<sup>222</sup> Das Hauptproblem sei daher nicht etwa die „overreaction“ der Bevölkerung im Sinne einer Kumulation von kompetitivem, unsolidarischem Verhalten seitens egoistischer Individuen, sondern die „underreaction“ der politisch Verantwortlichen auf bekannte strukturelle Defizite oder drohende Katastrophen. Auch die höhere Vulnerabilität ärmerer Bevölkerungsschichten gegenüber Infektionserkrankungen war längst bekannt,<sup>223</sup> wurde aber im Zuge der Coronapandemie in besonders gravierender Form offengelegt: Keineswegs überraschend sind daher auch die Ergebnisse einer landesweiten Erhebung zur Korrelation von ethnischer Zugehörigkeit, regionaler Herkunft und Mortalität hospitalisierter Patient:innen mit COVID-19 in Brasilien. Dieser Studie zufolge besteht die höchste Wahrscheinlichkeit, die Erkrankung nach Klinikaufnahme zu überleben, für die weiße Bevölkerung aus den reichen Regionen Brasiliens. Gleichzeitig wurde eben jener Bevölkerungsgruppe häufiger eine intensivmedizinische Behandlung zuteil,<sup>224</sup> was gerade in Bezug auf COVID-19 eigentlich auf eine negative Prognose hinweist.<sup>225</sup> Obschon Brasilien sicher ein sehr drastisches Beispiel darstellt, lässt sich auch in anderen Ländern eine Korrelation von sozialer Ungleichheit, ethnischer Zugehörigkeit und Vulnerabilität gegenüber COVID-19 beobachten: So wird hinter der in den USA nachgewiesenen signifikant höheren Sterblichkeit unter POC (people of colour) ebenfalls struktureller Rassismus vermutet.<sup>226</sup> Mittlerweile sind auch aus Deutschland empirische Daten verfügbar, die einen Zusammenhang zwischen schlechteren sozioökonomischen Ausgangsbedingungen und erhöhter Mortalität an COVID-19 nahelegen.<sup>227</sup> Somit ist das ursprüngliche Motiv für den Appell zu solidarischem Zusammenhalt, die gemeinsam erlebte Bedrohung durch das Virus, in der Realität nicht unbedingt als geteilte Erfahrung wiederzufinden. Der Ansatz von Prainsack und Buyx mag dadurch zwar an analytischer Kraft einbüßen, nicht aber an normativer Bedeutung als inklusives Solidaritätskonzept. Daher scheint eine sinnvolle Erweiterung Stephan Lessenichs Definition von Solidarität in der Krise als „gemeinsame Praxis des Bekämpfens wahrgenommener sozialer Missstände“ zu sein. Damit ist „solidarisches Handeln gerade nicht eines [...], das ausschließlich unter ‚Gleichen‘ [...] stattfindet, sondern Differenzen und Distanzen überbrückt“ und dabei „auch diejenigen im Blick hat, die nicht oder noch nicht zu der Einzelgruppe dazugehören.“<sup>228</sup>

## 8 Fazit

Obschon der Solidaritätsbegriff in der Coronakrise häufig eher als „Worthülse“<sup>229</sup> dient, lassen sich am Beispiel der Pandemie doch wesentliche Aspekte der mit

diesem Prinzip verbundenen Vorstellungen und Konflikte, aber auch aus ihm erwachsende Perspektiven herausarbeiten. Zunächst einmal ist mit Solidarität die Idee von Gemeinschaftssinn und Zusammenhalt verbunden. Diese scheinen zwar ein wesentlicher Faktor für die Konformität mit den Maßnahmen der Pandemiebekämpfung zu sein,<sup>230</sup> sind aber auf empirischer wie auch auf konzeptioneller Ebene mit Konflikten verbunden, insofern die aus epidemiologischer Sicht entscheidende Maßnahme des sog. „social distancing“ der Vorstellung von Gemeinschaftlichkeit fundamental entgegensteht. Gleichwohl macht dies deutlich, dass die Akzeptanz institutionalisierter Solidarität von der Unterstützung durch entsprechende Einstellungen und Praktiken innerhalb der Bevölkerung abhängig ist, wie es auch das Solidaritätskonzept von Prainsack und Buyx hervorhebt. Entscheidend ist dafür wiederum das Vertrauen in Autoritäten: Zumindest im demokratisch legitimierten Kontext stehen hier die Transparenz politischer Maßnahmen und die Nachvollziehbarkeit wissenschaftlicher Evidenz im Vordergrund. Dazu gehört jedoch auch, dass Regelungen als gerecht erfahren werden: Werden dagegen zu viele andere Lebensbereiche dem Interesse an der öffentlichen Gesundheit untergeordnet und dabei bereits benachteiligte Bevölkerungsgruppen aus dem Blick verloren, führt dies früher oder später zu Regelverstößen und Verlust an gesellschaftlichem Zusammenhalt. Deutlich wird dies auch bei der Auseinandersetzung mit der normativen Begründung von Public-Health-Maßnahmen anhand von Solidarität und Gemeinwohl aus der Perspektive moralphilosophischer Ansätze wie dem Utilitarismus oder dem Kommunitarismus: Während letzterer zwar den gesellschaftlichen Zusammenhalt als Narrativ einer gemeinsamen Pandemiebewältigung stützt, riskiert er zugleich einen „Public-Health-Paternalismus“,<sup>231</sup> der das Gemeinwohl allein über die öffentliche Gesundheit definiert und individuelle Güterabwägungen nicht zulässt. Der Utilitarismus wiederum erlaubt eine solche Priorisierung der öffentlichen Gesundheit gerade *nicht*: Ihm geht es um die Maximierung des *Gesamtnutzens*, weshalb auch die Güter aller anderen Lebensbereiche zu berücksichtigen sind. Eine Deutung als bloße Maximierung der *Gesamtgesundheit* hingegen bedeutete, dass eben jener ggf. vulnerable Individuen geopfert würden, deren Schutz nicht unbedingt der effektiven Maximierung der Gesamtgesundheit dienen würde. Dies wäre allerdings weder mit dem Deutschen Grundgesetz, welches nach Art. 1 Abs. 1 GG eine Abwägung des Lebens verschiedener Individuen gegeneinander nicht zulässt, noch mit der solidarischen, fairen Verteilung von Gesundheitschancen vereinbar.

Mit dem Verweis auf die faire Verteilung von Chancen wird deutlich, warum das Solidaritätsprinzip häufig mit John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit assoziiert wird: Denn Solidarität muss nicht zwangsläufig die Nachrangigkeit individueller Interessen zugunsten des Gemeinwohls bedeuten, sondern kann auch als Kooperation (eigen-)nutzenorientierter Individuen verstanden werden. Das Mo-

ment der Kooperation im Eigeninteresse kommt in diversen Publikationen zum Ausdruck, die den Solidaritätsbegriff mit der Pandemiekämpfung in Verbindung bringen. Während sich das Verständnis von Solidarität auf nationaler Ebene eher auf Zusammenhalt und Regelkonformität bezieht, steht auf internationaler Ebene der Aufruf zur Kooperation auf Augenhöhe im Vordergrund. Damit einher geht die Kritik an Konkurrenzdenken, etwa fehlender Fairness bei der globalen Impfstoffverteilung. Es zeigt sich hier also, dass ein Konzept globaler Solidarität von Fragen der (Verteilungs-)Gerechtigkeit kaum zu trennen ist. Angesichts der massiven Diskrepanz sozioökonomischer Ausgangs- und Lebensbedingungen tritt hier das Erkennen von Gemeinsamkeiten als maßgebliche Komponente des Solidaritätsprinzips in den Hintergrund. Vielmehr ruft die Offenlegung jener Diskrepanzen im Zuge der Coronapandemie den ideengeschichtlichen Kontext des Solidaritätsbegriffs in Erinnerung, der eben so sehr mit dem Kampf gegen Ungerechtigkeit verbunden ist. (Globale) Solidarität so verstanden würde bedeuten, noch nicht vorhandene Ressourcen der Reziprozität zu fördern und auf diese Weise aktuell Benachteiligte (Individuen, Gruppen oder Nationen) zur künftigen Teilnahme an der Kooperationsgemeinschaft auf Augenhöhe zu befähigen.

<sup>1</sup> <https://www.dw.com/de/solidarität-wie-uns-das-coronavirus-hilfsbereiter-macht/a-52939281> (Stand: 08.09.2022).

<sup>2</sup> <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/coronavirus-applaus-fuer-helfer-aus-fenstern-und-balkonen-der-klang-der-dankbarkeit-a-d98cda75-610a-4a65-a70d-5e2c134fd6d9> (Stand: 08.09.2022).

<sup>3</sup> Zimmermann B, Fiske A, McLennan S, Sierawska A, Hangel N, Buyx A: Motivations and Limits for COVID-19 Policy Compliance in Germany and Switzerland, in: *International Journal of Health Policy and Management* 2022, 11(8):1342-1353. doi: 10.34172/ijhpm.2021.30.

<sup>4</sup> Etwa die Zusammenarbeit aller regional verfügbaren Intensivstationen zur Vermeidung der Überlastung einzelner Einrichtungen, koordiniert über das „SAVE“-Netzwerk der Berliner Charité, vgl. Wiesner B, Bachmann M, Blum T-G et al.: Aufgaben der Weaning-Zentren im Pandemiefall COVID-19. Unterstützende Handlungsempfehlung zur Sicherstellung dringend benötigter Intensivkapazitäten am Beispiel des Berlin-Brandenburger POST-SAVE-Konzepts, in: *Pneumologie* 2020, 74(6):358-365.

<sup>5</sup> [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/coronavirus-european-solidarity-action\\_de#Solidarity](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/coronavirus-european-solidarity-action_de#Solidarity) (Stand: 08.09.2022).

<sup>6</sup> Prainsack B, Buyx A: *Solidarity in Biomedicine and Beyond*, Cambridge 2017, S. 77.

<sup>7</sup> Prainsack B, Buyx A: *Das Solidaritätsprinzip. Ein Plädoyer für eine Renaissance in Medizin und Bioethik*, Frankfurt/New York 2016, S. 123-146.

<sup>8</sup> Kliemt H: *Solidarität in Freiheit. Von einem liberalen Standpunkt*, Freiburg/ München 1995, S. 47.

<sup>9</sup> Bayertz K: *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt am Main 2019, S. 11 f.

<sup>10</sup> Ebd., S. 12, Hervorhebung im Original.

<sup>11</sup> Garrafa V: *Solidarity and Cooperation*, in: ten Have H, Gordijn B (Hrsg.): *Handbook of Global Bioethics*, Dordrecht 2014, S. 169-186, hier S. 171.

<sup>12</sup> Bayertz, Fn. 9, S. 11.

<sup>13</sup> Prainsack, Buyx, Fn. 7, S. 17.

<sup>14</sup> Ebd., S. 17 ff.

<sup>15</sup> Bayertz, Fn. 9, S. 16, Hervorhebung im Original.

<sup>16</sup> Prainsack, Buyx, Fn. 7, S. 15 f., Hervorhebung im Original.

<sup>17</sup> Bayertz, Fn. 9, S. 12 f.

<sup>18</sup> Ebd., S. 13

<sup>19</sup> Ebd., S. 14

<sup>20</sup> Wildt A: *Solidarität – Begriffsgeschichte und Definition heute*, in: Bayertz, Fn. 9, S. 202-216; hier S. 206.

<sup>21</sup> Ebd., S. 210

<sup>22</sup> Garrafa V, Fn. 11.

<sup>23</sup> vgl. hierzu Bayertz, Fn. 9 S. 11 ff.

<sup>24</sup> Büttner SM: *Émile Durkheim: Über Soziale Arbeitsteilung*, in: Kraemer K, Brugger F: *Schlüsselwerke der Wirtschaftssoziologie*, Wiesbaden 2017, S. 49.

<sup>25</sup> Ebd., S. 48

<sup>26</sup> Garrafa, Fn. 11, S. 172.

<sup>27</sup> Tranow U: *Das Konzept der Solidarität. Handlungstheoretische Fundierung eines soziologischen Schlüsselbegriffs*, Wiesbaden 2012, S. 17.

<sup>28</sup> Büttner, Fn. 24, S. 53.

<sup>29</sup> Schnabel A, Tranow U: *Zur Einleitung: Grenzziehungen der Solidarität*, in: Berlin J *Soziol* 2020, 30:5-22. Dabei ist als „kleinster gemeinsamer Nenner“ ein Verständnis von Solidarität als „Kooperations- und Unterstützungshandeln“ zu identifizieren, das durch „Wertvorstellungen von Gemeinschaftlichkeit und/ oder kollektiver Verantwortung motiviert ist“ und bei dem „eine egoistische Interessenverfolgung im Handlungsvollzug fehlt oder zumindest nicht dominant ist“, ebd., S. 9.

<sup>30</sup> Große Kracht HJ: *Solidarität und Solidarismus. Postliberale Suchbewegungen zur normativen Selbstverständigung moderner Gesellschaften*, Bielefeld 2017. Dabei sollte es sich nicht um eine von Gott geforderte christliche Nächstenliebe oder eine erzwungene Brüderlichkeit der revolutionären Schicksalsgemeinschaft handeln, sondern um eine von den „Individuen eingesehene und bewusst akzeptierte, moralisch bejahte“ Form der Solidarität, welche „die Hegemonie des noch weitgehend an vorindustriellen Gesellschaftsbildern orientierten moralischen Dispositivs des Liberalismus zu überwinden erlaubt“, ebd., S. 11; vgl. a. Wildt, A.: *Solidarität als Strukturbegriff politisch-sozialer Gerechtigkeit*, in: *JCSW* 2007, 48: 039-060.

<sup>31</sup> Wildt, Fn. 30, S. 045.

<sup>32</sup> Vgl. Große Kracht, Fn. 34, S. 266-269.

<sup>33</sup> Also ausgerechnet von einem „konservativen, antimodernistisch aufgeladenen und von allen republikanisch-laizistischen Interessen denkbar weit entfernten Theoriemileu“, ebd., S. 272.

<sup>34</sup> Vgl. ebd., S. 271-291; dieses wird dem Solidarismus zufolge durch die ausgewogene Wechselseitigkeit der Abhängigkeiten und Verpflichtungen von Individuum und Gemeinschaft den sozioökonomischen Gegebenheiten moderner Industriegesellschaften besser gerecht. Vgl. a. Hartmut Kliemt in Auseinandersetzung mit von Nell-Breunings „Baugesetze der Gesellschaft“ (1990), in: Kliemt H: *Solidarität in Freiheit. Von einem liberalen Standpunkt*, Freiburg/München 1995, S. 48 ff.

<sup>35</sup> Bayertz, Fn. 9, S. 35 f.

<sup>36</sup> Ebd., S. 36 f.

<sup>37</sup> Ebd., S. 37.

<sup>38</sup> Ebd., S. 38 ff.

<sup>39</sup> vgl. Prainsack, Buyx, Fn. 7, S. 15.

<sup>40</sup> Bayertz, Fn. 9, S. 45.

<sup>41</sup> Scholz S J: *Political solidarity and the more than human world*, in: *Ethics & the Environment* 2013, 18(2):81-99.

<sup>42</sup> Gould CC: *Solidarity and the problem of structural injustice in healthcare*, in: *Bioethics* 2018 32:541-552.

<sup>43</sup> Vgl. Scholz, Fn. 41, S. 81 f. sowie Gould, Fn. 42, S. 544. Auch diverse weitere Autor:innen nehmen das Streben nach Gerechtigkeit in die Definition von Solidarität (insbesondere auf globaler Ebene) auf, vgl. etwa Eckenwiler L: *Displacement and Solidarity: An ethic of place-making*, in: *Bioethics*

2018, 32:562-568, und Gunson D: Solidarity and the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, in: Journal of Medicine and Philosophy 2009, 34:241-260.

<sup>44</sup> Vgl. Selli L, Garrafa V: Solidariedade crítica e voluntariado orgânico: Outra possibilidade de intervenção societária, in: História, Ciências, Saúde, Manguinhos 2006, 13(2):239-251.

<sup>45</sup> Garrafa, Fn. 11, S. 179 f.

<sup>46</sup> Vgl. z. B. Bratu C: Das Differenzprinzip, in: Goppel A, Mieth C, Neuhäuser C (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Stuttgart 2016, sowie Wildt, Fn. 30.

<sup>47</sup> Darunter versteht Rawls „Dinge, von denen man annehmen kann, daß sie jeder vernünftige Mensch haben will“ wie „Rechte, Freiheiten und Chancen sowie Einkommen und Vermögen“, ferner die „sozialen Grundlagen der Selbstachtung“, Rawls J: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2019, S. 83, und meint damit letztlich die Regelung der „Verteilung der Güter und Lasten, Rechte und Pflichten in der Gesellschaft“; um Grundgüter handelt es sich dabei aufgrund ihrer Funktion, „Ressourcen für den Gebrauch der individuellen Freiheit zur Verfügung“ zu stellen, Ebert T: Soziale Gerechtigkeit. Ideen – Geschichte – Kontroversen, Bonn 2015, S. 294.

<sup>48</sup> Rawls, Fn. 47, S. 132 ff.

<sup>49</sup> Ebd., S. 81, 95 f., 104.

<sup>50</sup> Ebd., S. 159 f.

<sup>51</sup> Ebert, Fn. 47, S. 308.

<sup>52</sup> Bratu, Fn. 46, S. 160.

<sup>53</sup> Rawls, Fn. 47, S. 81.

<sup>54</sup> Im Sinne eines gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern und gesellschaftlichen Positionen, vgl. Rawls, Fn. 47, S. 81 und 105.

<sup>55</sup> Ebd., S. 81.

<sup>56</sup> Rawls, Fn. 47, S. 82 ff.; die Grundfreiheiten dürfen nur dann beschränkt werden, wenn sie untereinander in Konflikt geraten. Ihrer Definition im Einzelnen enthält sich Rawls zwar (ebd., S. 82 und 231 ff.), bezieht sich nach Ebert damit aber wohl auf fundamentale Freiheits- und Grundrechte, wie z. B. dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie freie Entfaltung der Persönlichkeit, Meinungsfreiheit, Gleichheit vor dem Gesetz, politische Teilhaberechte, dem Recht auf Eigentum und Schutz der Privatsphäre u. a., vgl. Ebert, Fn. 47, S. 294 f.

<sup>57</sup> Vgl. Ebert, Fn. 47, S. 292, 295 und 303.

<sup>58</sup> Rawls, Fn. 47, S. 83; vgl. a. Bratu, Fn. 46, S. 159, und Ebert, Fn. 47, S. 296.

<sup>59</sup> Rawls, Fn. 47, S. 93 f.; hier setzt insbesondere die Kritik des klassischen Liberalismus an, die dem Rawlsschen Modell vorwirft, Eigenverantwortung geringzuschätzen und Leistung nur insofern zu würdigen, als sie dem Nutzen anderer dient, vgl. Ebert, Fn. 47, S. 304 f. und 309 f.

<sup>60</sup> So die Kritik des Kommunitarismus, vgl. Ebert, Fn. 47, S. 309.

<sup>61</sup> Ebert, Fn. 47, S. 311.

<sup>62</sup> Bratu, Fn. 46, S. 161.

<sup>63</sup> Rawls, Fn. 47, S. 99 ff.

<sup>64</sup> Ebert, Fn. 47, S. 298 und 303.

<sup>65</sup> Kersting W: Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart/Weimar 2000, S. 160 ff.

<sup>66</sup> Ebd., S. 167 f., Hervorhebung im Original.

<sup>67</sup> Wildt, Fn. 30, S. 42.

<sup>68</sup> Garrafa, Fn. 11, S. 177 ff.

<sup>69</sup> Das Konzept der *radical solidarity* entwickelt Garrafa in Anlehnung an Peter Singers Auffassung, demzufolge es nicht mit einer universellen, objektiven Ethik vereinbar ist, dass Menschen reicher Länder ihren eigenen materiellen Überfluss nicht dazu verwenden, um die Lage der Menschen im globalen Süden zu verbessern, nur weil eine räumliche Distanz besteht, vgl. Garrafa, Fn. 11, S. 180 f., sowie Singer P.: The Expanding Circle. Ethics, Evolution, and Moral Progress, Princeton/Oxford 2011, S. 31 ff. und 50 ff.

<sup>70</sup> Garrafa, Fn. 11, S. 184.

<sup>71</sup> Ebd., S. 179 f. und 183 f.

<sup>72</sup> UNESCO (2005): Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/bioethics-and-human-rights> (Stand: 15.09.2022).

<sup>73</sup> Gould, Fn. 42, S. 542.

<sup>74</sup> Ebd., S. 549.

<sup>75</sup> Gould unterscheidet dieses normative Begriffsverständnis von der primär deskriptiven *group* bzw. *unitary solidarity* im Sinne des Zusammenhalts einer vorbestehenden Gemeinschaft (z. B. der Bevölkerung innerhalb einer Nation, aber auch kleinerer Gruppen), vgl. Gould, Fn. 42, S. 544.

<sup>76</sup> Ebd., S. 541.

<sup>77</sup> Ebd., S. 547 ff.

<sup>78</sup> Ebd., S. 548.

<sup>79</sup> Ebd., S. 542; vgl. hierzu auch Singer, Fn. 69.

<sup>80</sup> Eckenwiler, Fn. 43.

<sup>81</sup> Ebd., S. 562 und 567 f.

<sup>82</sup> Etwa der Mangel an Infrastruktur und Erholungsräumen, Lärmbelästigung und Luftverschmutzung, schlechte Wasserqualität und beengte oder sozial isolierte Wohnverhältnisse; vgl. ebd., S. 563.

<sup>83</sup> Ebd., S. 565. Diese Form der Solidarität bezeichnet Eckenwiler als *relational solidaristic recognition*, vgl. ebd., S. 564 f.

<sup>84</sup> Gunson D: Solidarity and the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, in: Journal of Medicine and Philosophy 2009, 34:241-260.

<sup>85</sup> Rehg W: Solidarity and the Common Good: An Analytic Framework, in: Journal of Social Philosophy 2007, 38(1):7-21, hier S. 8.

<sup>86</sup> Ebd., S. 10 f.

<sup>87</sup> Ebd., S. 13 ff.

<sup>88</sup> Und zwar als „soziale Solidarität“, die ähnlich wie die „Bürgerfreundschaft“ das Prinzip der Brüderlichkeit widerspiegelt, aus dem sich jedoch keine expliziten politischen Forderungen ableiten ließen, vgl. Rawls, Fn. 47, S. 126, und Wildt, Fn. 30, S. 50 ff.

<sup>89</sup> Als dessen wichtigste Repräsentanten gelten Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Charles Taylor und Michael Sandel, vgl. hierzu Hartmut Rosas Überblick in: Düwell M, Hübenthal C, Werner MH (Hrsg.): Handbuch angewandte Ethik, Stuttgart/Weimar 2002, S. 218-230.

<sup>90</sup> Diese reichen von Alasdair MacIntyres pessimistischem Konservativismus bis hin zur liberal-progressiven Position Michael Walzers, vgl. Ebert, Fn. 47, S. 364 und 381.

<sup>91</sup> Neben Rawls' *Theorie der Gerechtigkeit* richtet sich diese Kritik besonders gegen Robert Nozicks Werk *Anarchy, State and Utopia* (1974), vgl. Beckstein M: Kommunitaristische Gerechtigkeit, in: Goppel A, Mieth C, Neuhäuser C (Hrsg.): Handbuch Gerechtigkeit, Stuttgart 2016, S. 230.

<sup>92</sup> Vgl. ebd., S. 230 ff.; Rosa, Fn. 89, S. 218 ff.

<sup>93</sup> So Charles Taylors Idee der „republikanischen Solidarität“ bzw. des „republikanischen Patriotismus“, vgl. hierzu Bayertz, Fn. 9, S. 29.

<sup>94</sup> Vgl. Buy und Prainsack, Fn. 7, S. 22 ff.

<sup>95</sup> Rosa in Auseinandersetzung mit Putnam, Etzioni und Fukuyama, Fn. 89, S. 228 f.

<sup>96</sup> Beckstein, Fn. 91, S. 230.

<sup>97</sup> Ebd., S. 233.

<sup>98</sup> Ebert, Fn. 47, S. 382.

<sup>99</sup> Hare RM: Moral Thinking: Its Levels, Method and Point, Oxford 1981, S. 152, zitiert nach Beckstein, Fn. 91, S. 234.

<sup>100</sup> Mill JS: Der Utilitarismus, in: Celikates R, Gosepath S (Hrsg.): Philosophie der Moral, Frankfurt am Main 2009, S. 259-273, zitiert nach Bayertz, Fn. 9, S. 17.

<sup>101</sup> Beckstein, Fn. 91, S. 234.

<sup>102</sup> Ebert, Fn. 47, S. 250.

<sup>103</sup> Mill, Fn. 100, S. 265.

<sup>104</sup> Ebd., S. 266.

<sup>105</sup> Ebd., S. 267.

<sup>106</sup> So beispielsweise Hare und der Regelutilitarist Brad Hooker, vgl. die Darstellung in Wessels U: Utilitaristische Gerechtigkeit, in: Goppel, Mieth, Neuhäuser, Fn. 91, S. 221, und Bayertz, Fn. 9, S. 50 f.

<sup>107</sup> Singer selbst spricht zwar nicht von Sippenolidarität, sondern *kin altruism*; letztlich entspricht jedoch seine Definition von Altruismus als „behaviour which benefits others at some initial cost to oneself, and is motivated by the desire to benefit others“ (Singer, Fn. 69, S. 43) im Wesentlichen der Definition von Solidarität nach Prainsack und Buyx.

<sup>108</sup> Singer, Fn. 9, S. 31 ff. und 50 ff.

<sup>109</sup> Vgl. Garrafa, Fn. 11.

<sup>110</sup> Wenngleich in der WHO-Definition nicht explizit so ausgedrückt, beziehen sich Public-Health-Konzepte angesichts ihres institutionellen Anwendungskontextes weniger auf die gesamte globale Gemeinschaft als auf die Bevölkerung einzelner Staaten bzw. einzelne Bevölkerungsgruppen, vgl. Werner MH: Moral, Ethik und Public Health. Philosophie und die Herausforderung des Pluralismus, in: Bundesgesundheitsblatt 2009; 52:489-493.

<sup>111</sup> Rauprich O: Utilitarismus oder Kommunitarismus als Grundlage einer Public-Health-Ethik?, in: Bundesgesundheitsblatt 2008, 51:137-150; für einen Überblick zu Solidarität und Public Health-Ethik s. a. Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 40-49.

<sup>112</sup> Callahan D: Taming the Beloved Beast. How Medical Technology Costs are Destroying our Health Care System, Princeton/Oxford 2009.

<sup>113</sup> Ebd., S. 176.

<sup>114</sup> Jennings B: Relational Ethics for Public Health: Interpreting Solidarity and Care, in: Health Care Analysis 2019, 27:4-12, sowie Jennings B: Solidarity and Care as relational practices, in: Bioethics 2018, 32:553-561.

<sup>115</sup> Rauprich, Fn. 111, S. 148.

<sup>116</sup> Ebd., S. 143.

<sup>117</sup> Vgl. ebd., S. 145 f.

<sup>118</sup> Vgl. Schabel und Tranow, Fn. 29, S. 9; so auch das Konzept von Prainsack und Buyx.

<sup>119</sup> Bayertz, Fn. 9, S. 35 und S. 40.

<sup>120</sup> Vgl. a. Tranows Darstellung und Kritik von Hechters Solidaritätskonzept in: Tranow, Fn. 27, S. 24 ff.

<sup>121</sup> Vgl. a. Tranows Darstellung und Kritik von Kaufmanns Solidaritätskonzept in: ebd., S. 21 ff.

<sup>122</sup> Große Kracht, Fn. 30, S. 271-291.

<sup>123</sup> Hartmut Kliemt in Auseinandersetzung mit von Nell-Breuning, in: Kliemt, Fn. 8, S. 53 f.; vgl. a. Gould zu „unitary solidarity“, in: Gould, Fn. 42, S. 544.

<sup>124</sup> Kliemt, Fn. 8, S. 51 ff.

<sup>125</sup> Ebert, F. 47, S. 382.

<sup>126</sup> Vgl. Gould, Fn. 42, S. 544 ff.

<sup>127</sup> Bayertz, Fn. 9, S. 20 ff.; vgl. hierzu auch Rorty R: Kontingenz, Ironie und Solidarität, Frankfurt am Main 1992.

<sup>128</sup> Michels R: Probleme der Sozialphilosophie (1914), zitiert nach: Große Kracht, Fn. 30, S. 271; vgl. hierzu auch Wilde L: The concept of solidarity: Emerging from the theoretical shadows, in: British Journal of Politics and International Relations 2007, 9:171-181.

<sup>129</sup> Schnabel und Tranow, Fn. 29, S. 11 f., Hervorhebungen im Original.

<sup>130</sup> Vgl. ebd., S. 11.

<sup>131</sup> Ebd., S. 10 f.

<sup>132</sup> Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 123-146.

<sup>133</sup> Ebd., S. 82, Hervorhebung im Original.

<sup>134</sup> Ebd., S. 82 f.

<sup>135</sup> Ebd., S. 83 und 92.

<sup>136</sup> Ebd., S. 93 f.

<sup>137</sup> Ebd., S. 84, Hervorhebung im Original.

<sup>138</sup> Ebd., S. 86, Hervorhebung im Original.

<sup>139</sup> Ebd., S. 87 f.

<sup>140</sup> Ebd., S. 88.

<sup>141</sup> Ebd., S. 89, Hervorhebung im Original.

<sup>142</sup> Ebd., S. 91.

<sup>143</sup> Ebd., S. 100-121; ähnlich ließe sich Prainsack und Buyx zufolge auch der Fokus personalisierter Medizin verschieben, um in Verbindung mit einer gestärkten öffentlichen Gesundheitsversorgung den wissenschaftlichen Fortschritt und zugleich einen schonenden Umgang mit medizinischen Ressourcen zu fördern, vgl. Prainsack und Buyx, Fn. 6, S. 123-144. Ein solidaritätsbasiertes Verständnis, das der gesamten Gesellschaft zugutekommen soll, dürfe allerdings nicht auf Eigenverantwortlichkeit im Sinne sanktionierender Andersbehandlung von mutmaßlich selbstverschuldeten Komponenten lebensstilbedingter Erkrankungen abstellen. Vielmehr müsse die Gemeinsamkeit aller Menschen betont werden, dass jedes Leben in irgendeiner Hinsicht gesundheitliche Risiken birgt, die zu irgendeinem Zeitpunkt von der Gemeinschaft mitgetragen werden müssen (ebd., S. 144). Zum Umgang mit lebensstilbedingten Erkrankungen in einem inklusiven Solidaritätsverständnis bezogen auf begrenzte Ressourcen des Gesundheitssystems s. a. Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 147-162.

<sup>144</sup> Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 135 ff.

<sup>145</sup> Ebd., S. 139 f.

<sup>146</sup> Ebd., S. 128 ff.

<sup>147</sup> Ebd., S. 130.

<sup>148</sup> Ebd., S. 130 f.

<sup>149</sup> Art. 2 GG, Abs. 2; das Infektionsschutzgesetz stellt eine Konkretisierung dieses Verfassungsauftrags dar.

<sup>150</sup> Das Bewusstsein, dass man zwar nicht selbst, wohl aber Nahestehende einer höheren Risikogruppe angehören, wird von Prainsack und Buyx hier nicht als Motivator für solidarisches Verhalten genannt; an anderer Stelle bezeichnen sie es im Falle von Solidarität mit Krebspatient:innen jedoch als hinreichendes Kriterium für das Erkennen von Gemeinsamkeiten, wenn eigene Angehörige an Krebs verstorben sind, s. Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 85.

<sup>151</sup> Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 129.

<sup>152</sup> Ebd., S. 138.

<sup>153</sup> Ebd., S. 131 f.

<sup>154</sup> Ebd., S. 132 f.

<sup>155</sup> Ebd., S. 134.

<sup>156</sup> Ebd., S. 128 ff., 131 f. und 143.

<sup>157</sup> Ebd., S. 138 f.

<sup>158</sup> Ebd., S. 143 ff.

<sup>159</sup> Ebd., S. 146.

<sup>160</sup> <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Stand: 20.09.2022).

<sup>161</sup> <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---12-march-2020> (Stand: 20.09.2022).

<sup>162</sup> <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975232/1732182/d4af29ba76f62f61f1320c32d39a7383/fernsehansprache-von-bundeskanzlerin-angela-merkel-data.pdf> (Stand: 20.09.2022).

<sup>163</sup> <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Reden/2020/03/200326-Videobotschaft-Coronahelden.html> (Stand: 20.09.2022).

<sup>164</sup> So auch die Beobachtung des damaligen Vorsitzenden des Deutschen Ethikrates, Peter Dabrock, im Zuge der Veröffentlichung der Ad-hoc-Empfehlung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ vom 27.03.2020, siehe <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/> (Stand: 20.09.2022).

<sup>165</sup> Vergin J: Solidarität: Wie uns das Coronavirus hilfsbereiter macht, Deutsche Welle 27.03.2020, <https://www.dw.com/de/solidarität-wie-uns-das-coronavirus-hilfsbereiter-macht/a-52939281> (Stand: 22.09.2022); <https://taz.de/Was-tun/!170543/> (Stand: 20.09.2022).

<sup>166</sup> <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/coronavirus-applaus-fuer-helfer-aus-fenstern-und-balkonen-der-klang-der-dankbarkeit-a-d98cda75-610a-4a65-a70d-5e2c134fd6d9> (Stand: 20.09.2022).

<sup>167</sup> Thureau J: Kommentar: Merkel und die Neuerfindung der Fernsehansprache, Deutsche Welle 11.04.2020, <https://www.dw.com/de/kommentar-merkel-und-die-neuerfindung-der-fernsehansprache/a-53073106> (Stand: 20.09.2022).

<sup>168</sup> Stephan Lessenich im Gespräch mit der Akademie für Management und Politik (MuP) der Friedrich-Ebert-Stiftung Bonn, <https://www.fes.de/akademie-management-und-politik/veroeffentlichungen/mup-interviews/solidaritaet-in-zeiten-der-krise> (Stand: 20.09.2022).

<sup>169</sup> Allerdings geht die Gleichsetzung von „social distancing“ und Solidarität auf empirischer wie auch konzeptioneller Ebene mit Konflikten einher: So tendieren auch an sich solidarisch eingestellte Individuen mit zunehmender Dauer der Maßnahmen gerade durch den mit dieser Einstellung verbundenen Wunsch nach Gemeinschaft dazu, gegen Kontaktbeschränkungen zu verstoßen (Zimmermann, Fn. 3). Denn dass solidarisch sein Abstand halten bedeutet, ist Stephan Lessenich zufolge „für ein substanzielles Solidaritätsverständnis [...] durchaus ein Problem, denn ‚social distancing‘ ist so ziemlich das genaue Gegenteil von dem, was man sich eigentlich unter einem solidarischen Zusammenschluss in Krisenzeiten vorstellen würde“, s. Fn. 168.

<sup>170</sup> Nach dem Konzept von Prainsack und Buyx darf sich solidarisches Handeln auch am Eigennutzen orientieren, solange dieser nicht einziger Motivator ist.

<sup>171</sup> Sönnichsen A, Kochen M: Nicht pharmakologische Maßnahmen bei Epidemien – Gibt es Evidenz?, in: ZFA 2020, 96(4):147-152.

<sup>172</sup> Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 88 f., Hervorhebung im Original.

<sup>173</sup> Vgl. Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 89 f., sowie Deutscher Ethikrat: Solidarität und Verantwortung in der Coronakrise. Ad-hoc-Empfehlung, Berlin, 27.03.2020, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (Stand: 21.09.2022).

<sup>174</sup> Nuffield Council on Bioethics: Rapid Policy Briefing. Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic, <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Ethical-considerations-in-responding-to-the-COVID-19-pandemic.pdf>, 17.03.2020 (Stand: 21.09.2022).

<sup>175</sup> Deutscher Ethikrat, Fn. 173, S. 5.

<sup>176</sup> <https://www.ardaudiothek.de/tacheles/medizinethikerin-ueber-herausforderungen-der-pandemie-solidaritaet-kann-es-nur-begrenzt-geben/78436664>, 01.08.2020 (Stand: 21.09.2022).

<sup>177</sup> <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2021-04/coronapolitik-internet-kampagne-allesdichtmachen-lockdown-schauspieler>, (Stand: 21.09.2022).

<sup>178</sup> Höppner S: Corona-Krise: Das Ende der Solidarität?, Deutsche Welle 29.06.2020, <https://www.dw.com/de/corona-krise-das-ende-der-solidarität/a-53970186> (Stand: 21.09.2022).

<sup>179</sup> Stendera Pia: Lederkutte trifft Steppjacke, taz 17.05.2020, <https://taz.de/Hygiene-Demonstrationen-in-Berlin/!5683822/> (Stand: 21.09.2020).

<sup>180</sup> Wer steckt hinter der „Hygienedemo“? Markus Decker im Gespräch mit Axel Rahmlow, Deutschlandfunk 25.04.2020, [https://www.deutschlandfunkkultur.de/corona-protest-in-berlin-wer-steckt-hinter-der-hygienedemo.1008.de.html?dram:article\\_id=475468](https://www.deutschlandfunkkultur.de/corona-protest-in-berlin-wer-steckt-hinter-der-hygienedemo.1008.de.html?dram:article_id=475468) (Stand: 21.09.2020); s. hierzu auch <https://demokratischerwiderstand.de/> (Stand: 21.09.2020).

<sup>181</sup> Im Sinne des eher geringen Aufwands, an Demonstrationen teilzunehmen, über das Riskieren von Bußgeldern bis hin zu einer Überwachung durch den Verfassungsschutz s. „Verfassungsschutz beobachtet Teile von ‚Querdenken‘-Bewegung, Süddeutsche Zeitung 28.04.2021, <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-querdenker-verfassungsschutz-deutschland-1.5278364> (Stand: 21.09.2022).

<sup>182</sup> Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 68.

<sup>183</sup> Vgl. etwa Cheng KK, Lam TH, Leung CC: Wearing face masks in the community during the COVID-19 pandemic: altruism and solidarity, in: The Lancet 16.04.2020, 399(10336):e39-e40, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30918-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30918-1/fulltext) (Stand: 21.09.2022); Killean GF, Kiware SS: Why lockdown? Why national unity? Why global solidarity? Simplified arithmetic tools for decision-makers, health professionals, journalists and the general public to explore containment options for the 2019 novel coronavirus, in: Infectious Disease Modelling 2020, 5:442-458.

<sup>184</sup> Vgl. etwa Taylor A, Habibi R, Burci GL et al: Solidarity in the wake of COVID-19: reimagining the International Health Regulations, in: The Lancet 11.07.2020, 396(10244):82-83.

<sup>185</sup> Ebrahim SH, Zhuo J, Gozzer E et al.: All Hands on Deck: A Synchronized Whole-of-World Approach for COVID-19 Mitigation, in: International Journal of Infectious Diseases 2020, 98:208-215; Vervoort D, Ma X, Luc JGY: COVID-19 Pandemic: A time for Collaboration and a Unified Global Health Front, in: International Journal for Quality in Health Care 2021, 33(1):1-3.

<sup>186</sup> Forman R, Atun R, McKee M, Mossialos E: 12 Lessons learned from the management of the coronavirus pandemic, in: Health Policy 2020, 124(6):577-580.

<sup>187</sup> Ebrahim et al., Fn. 185.

<sup>188</sup> Vervoort et al., Fn. 185.

<sup>189</sup> So etwa Ho A, Dascalu I.: Global Disparity and Solidarity in a pandemic, in: Hastings Center Report 2020, 50(3):65-67; Arora G., Kroumpouzos G, Kassir M et al.: Solidarity and Transparency against the COVID-19 pandemic, in: Dermatologic Therapy 28.03.2020, 33(4):e13359; Quian X, Ren R, Wang Y et al.: Fighting against the common enemy of COVID-19: a practice of building a community with a shared future for mankind, in: Infectious Diseases of Poverty 2020, 9,34).

<sup>190</sup> Fong JM, Anantham D: Health ethics in COVID-19: no better time for solidarity, in: Singapore Med J 2020, 1-3; European Group on Ethics in Science and New Technologies: Statement on Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic; Triandafyllidou A: Spaces of Solidarity and Spaces of Exception at the times of Covid-19, in: International Migration 2020, 58(3); Elcheroth G, Drury J: Collective resilience in times of crisis: Lessons from the literature for socially effective responses to the pandemic, in: British Journal of Social Psychology 2020, 59:703-713.

<sup>191</sup> Nuffield Council on Bioethics, Fn. 174; vgl. auch van Uden A, van Houtum H: Beyond Coronatvism: The need for agape, in: Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie 2020, 5:333-346.

<sup>192</sup> European Group on Ethics in Science and New Technologies, Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic, 02.04.2020, S. 1, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/research\\_and\\_innovation/ege/ec\\_rtd\\_ege-statement-covid-19.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/research_and_innovation/ege/ec_rtd_ege-statement-covid-19.pdf) (Stand: 21.09.2022).

<sup>193</sup> Vervoort et al., Fn. 185; Arora et al., Fn. 189; Forman et al., Fn. 186.

<sup>194</sup> Fong und Anantham, Fn. 190; European Group on Ethics in Science and New Technologies, Fn. 190; Ho und Dascalu, Fn. 189; Taylor et al., Fn. 184, West-Oram P: Solidarity is for other people: identifying derelictions of solidarity in responses to COVID-19, in: Journal of Medical Ethics 2020, 47:65-68195.

<sup>195</sup> Quian et al., Fn. 189.

<sup>196</sup> Vgl. hierzu die Rede des französischen Präsidenten Emmanuel Macron vom 16.03.2021, <https://www.youtube.com/watch?v=N5lCMQa1XY> (Stand: 22.09.2022).

<sup>197</sup> Arora et al., Fn. 189.

<sup>198</sup> Vervoort et al., Fn. 185.

<sup>199</sup> Arora et al., Fn. 189.

<sup>200</sup> Ho und Dascalu, Fn. 189; Falicov C, Niño A, D'urso S: Expanding possibilities: Flexibility and Solidarity with Under-resourced Immigrant Families During the COVID-19 Pandemic, in: Family Process 2020, 59(3):865-882; Al-Mandhari A, Kodama C, Abubakar A, Brennan R: Solidarity in response to COVID-19 outbreak in the eastern Mediterranean Region, in: Eastern Mediterranean Health Journal 2020, 26(5):492-494; Ratner L, Martin-Blais R, Warrell C, Narla NP: Reflections on Resilience du-

ring the COVID-19 Pandemic: Six lessons from Working in Resource Denied settings, in: *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene* 2020, 102(6):1178-1180; s.a.: Triandafyllidou, Fn. 190; Elcheroth und Drury, Fn. 190; West-Oram, Fn. 194; Arora et al., Fn. 189.

<sup>201</sup> Jeffrey DI: Relational Ethics Approaches to the COVID-19 pandemic, in: *Journal of Medical Ethics* 2020, 46:495-498, hier S. 496.

<sup>202</sup> European Group on Ethics in Science and New Technologies, Fn. 190, S. 1.

<sup>203</sup> Lynch J: Health Equity, Social Policy, and Promoting Recovery from COVID-19, in: *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2020, 45(6):983-995; Wachtler B, Michalski N, Nowossadeck E et al.: Sozioökonomische Ungleichheit und COVID-19: Eine Übersicht über den internationalen Forschungsstand, in: *Journal of Health Monitoring* 2020, 5(S7).

<sup>204</sup> Nuffield Council on Bioethics, Fn. 194, S. 4.

<sup>205</sup> Lynch, Fn. 203; Waxman E, Gupta P, Gonzalez D: Six Months into the Pandemic, 40 Percent of Parents with Young Children have Experienced Economic Fallout, Urban Institute, Dezember 2020, [https://www.urban.org/sites/default/files/publication/103336/six-months-into-pandemic-40-percent-parents-with-young-children-have-experienced-economic-fallout\\_4.pdf](https://www.urban.org/sites/default/files/publication/103336/six-months-into-pandemic-40-percent-parents-with-young-children-have-experienced-economic-fallout_4.pdf) (Stand: 22.09.2022); Waxman E, Gupta P, Karpman Michael: More than One in Six Adults Were Food Insecure Two Months into the COVID-19 Recession, Urban Institute, Juli 2020, [https://www.urban.org/sites/default/files/publication/102579/more-than-one-in-six-adults-were-food-insecure-two-months-into-the-covid-19-recession\\_0.pdf](https://www.urban.org/sites/default/files/publication/102579/more-than-one-in-six-adults-were-food-insecure-two-months-into-the-covid-19-recession_0.pdf) (Stand: 22.09.2022).

<sup>206</sup> Forman et al., Fn. 186.

<sup>207</sup> Nuffield Council on Bioethics (2020); Vervoort et al., Fn. 185; European Group on Ethics in Science and New Technologies, Fn. 190; Ho und Dascalu, Fn. 189; Fong und Anantham, Fn. 194; Al-Mandhari et al., Fn. 200; Taylor et al., Fn. 184.

<sup>208</sup> Forman et al., Fn. 186.

<sup>209</sup> Ebd; van Uden und van Houtum, Fn. 191; Vervoort et al., Fn. 185.

<sup>210</sup> Auswärtiges Amt: Solidarität in Krisenzeiten: transatlantische Zusammenarbeit während der Corona-Pandemie, 15.05.2020, <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/internationale-organisationen/nato/nato-corona/2340926> (Stand: 22.09.2022).

<sup>211</sup> Triandafyllidou, Fn. 190; European Group on Ethics in Science and New Technologies, Fn. 190.

<sup>212</sup> Triandafyllidou, Fn. 190, S. 2.

<sup>213</sup> Das kann wiederum zu gegenläufigen (exklusiven) Solidarisierungen im Sinne kollektiver Missbilligung und ggf. Ausgrenzung bereits zuvor marginalisierter Gruppen führen, s. Van Assche J, Politi E, Van Dessel P, Phalet K: To punish or to assist? Divergent reactions to ingroup and outgroup members disobeying social distancing, in: *British Journal of Social Psychology* 2020, 59:594-606.

<sup>214</sup> Neben einer konkreten gesundheitlichen Gefährdung durch die Verzögerung der Pandemieeindämmung können aber auch Konzepte wie eine durch rasche Virusausbreitung erreichte „Herdenimmunität“ in Verbindung mit umfassenden Schutzstrategien für Risikogruppen (vgl. Deutscher Ethikrat, Fn. 173), z. B. durch das Konzept der „inversen Isolation“ bzw. „inversen Quarantäne“ von Risikogruppen (s. Standl F, Jöckel K-H, Stang A: COVID-19 and the need of targeted inverse quarantine, in: *European Journal of Epidemiology* 2020, 35:339-340) zur Ausgrenzung vulnerabler Personen führen: Zu nennen sind hier bspw. Formen der Altersdiskriminierung, insofern als die Pandemie besonders zu Beginn in erster Linie als Problem älterer und chronisch kranker Menschen betrachtet wurde. So werden z. B. Besuchsverbote zur Abschirmung von (Alten-)Pflegeeinrichtungen nicht nur unter dem Aspekt der Fürsorge gewertet, sondern z. T. auch als paternalistische soziale Ausgrenzung mit ihrerseits schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen kritisiert (vgl. Fraser S, Lagacé M, Bongué B et al.: Ageism and COVID-19: What does our society's responses say about us?, in: *Age and Ageing* 2020, 49(5):692-695.) Massive Kritik wurde zudem an den Stellungnahmen einiger Fachgesellschaften geübt, die als Kriterien für Priorisierungsentscheidungen die Erfolgsaussicht bzw. Prognose enthalten und damit das kalendarische Alter und etwaige Behinderungen implizit in Triageentscheidungen einbeziehen würden, bspw. die SAMW-Richtlinien zur Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit (Version 3.1 vom 17.12.2020) sowie die

klinisch-ethischen Empfehlungen zu Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (Version vom 25.03.2020; entsprechend aktualisierte Überarbeitung: Version 2.0 vom 17.04.2020, <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin/Intensivmedizin-Triage.html> [Stand: 22.09.2022]). Kritik übt beispielsweise Tolmein O: Triage oder inklusive Intensivmedizin? 13.04.2020, <https://www.tolmein.de/bioethik/details/artikel/triage-oder-inklusive-intensivmedizin-1373.html> (Stand: 22.09.2022) und abilitywatch, <https://www.youtube.com/watch?v=0N20dIBOQFo> (Stand: 22.09.2022) ; s. hierzu auch Marckmann G, Neitzke G, Schildmann J et al.: Triage in der COVID-19 Pandemie – was ist gerecht?, *DIVI* 2020, 11:172-178.

<sup>215</sup> Gunson, Fn. 84.

<sup>216</sup> Danayiyen A, Kavsur Z, Baysan S: The Impact of comprehension of disease-related information and perceptions regarding effects and controllability on protective and social solidarity behaviors with regard to COVID-19, in: *Journal of Public Health* 2022, 30(5):1163-1170. s. a. Zimmermann et al., Fn. 3.

<sup>217</sup> Ölczer S, Yilmaz-Aslan Y, Brzoska P: Lay perspectives on social distancing and other official recommendations and regulations in the time of COVID-19: a qualitative study of social media posts, in: *BMC Public Health* 2020, 20:963-971.

<sup>218</sup> West-Oram, Fn. 194.

<sup>219</sup> Zu erwähnen ist hier besonders die hervorstechende Rolle des damaligen US-amerikanischen Präsidenten Donald Trump, s. Evanega S, Lynas M, Adams J, Smolenyak K: Coronavirus misinformation: Quantifying sources and themes in the COVID-10 'infodemic', Cornell University 2020, <https://allianceforscience.cornell.edu/wp-content/uploads/2020/09/Evanega-et-al-Coronavirus-misinformationFINAL.pdf> (Stand: 22.09.2022).

<sup>220</sup> Ölczer et al., Fn. 217.

<sup>221</sup> So führte im Fall der wissenschaftsfeindlichen Einstellung und neoliberalen Politik des brasilianischen Präsidenten Jair Bolsonaro im Gegenteil die politisch gezielt vernachlässigte Infrastruktur der Favelas und indigenen Communities z. B. zur Ausbildung selbstverwalteter Formen der Gesundheitsversorgung, s. Ortega F, Orsini M: Governing COVID-19 without government in Brazil: Ignorance, neoliberal authoritarianism, and the collapse of public health leadership, in: *Global Public Health* 2020; 15(9):1257-1277.

<sup>222</sup> Drury J, Reicher S, Stott C: COVID-19 in context: Why do people die in emergencies? It's probably not because of collective psychology, in: *British Journal of Social Psychology* 2020, 59:686-693.

<sup>223</sup> Ebd.

<sup>224</sup> Baqui P, Bica I, Marra V et al.: Ethnic and regional variations in hospital mortality from COVID-19 in Brazil: a cross-sectional observational study, in: *The Lancet Global Health* 2020, 8(8):1018-1026; die Autor:innen der zitierten Studie führen diesen ungleichen Zugang zu medizinischen Ressourcen unter anderem auf deren unterschiedliche Verfügbarkeit im privaten und öffentlichen Gesundheitssektor zurück.

<sup>225</sup> Vgl. Kluge S, Janssens U, Welte T et al.: Empfehlungen zur intensivmedizinischen Therapie von Patienten mit COVID-19, in: *Med Klin Intensivmed Notfmed* 2020, 115:175-177.

<sup>226</sup> Moore JT, Ricaldi JN, Rose CE et al.: Disparities in Incidence of COVID-19 in Underrepresented Racial/Ethnic Groups in Counties Identified as Hotspots During June 5-18, 2020 – 22 States, February – June 2020, in: *Morbidity and Mortality Weekly Report* 2020, 69(33):1122-1126.

<sup>227</sup> S. hierzu Wachtler et al., Fn. 203.

<sup>228</sup> Lessenich, Fn. 168.

<sup>229</sup> Prainsack und Buyx, Fn. 7, S. 146.

<sup>230</sup> Zimmermann et al., Fn. 3.

<sup>231</sup> Rauprich, Fn. 111.

Hannah Mrozynski ist ab Januar 2024 als Ärztin am Interdisziplinären Zentrum für Palliative Versorgung am Universitätsklinikum Augsburg tätig.

# Die COVID-19-bedingte Isolation von Pflegeheimen im Spannungsfeld zwischen Infektionsschutz und Selbstbestimmung der Bewohner\*innen\*

von Dr. med. Sabine Sommerlatte, M.med.

## 1 Einleitung

Einrichtungen der stationären Altenpflege waren und sind im Rahmen der Pandemie durch COVID-19 mit großen Herausforderungen konfrontiert (Hower et al. 2020). Pflegeheimbewohner\*innen gelten als vulnerable Gruppe. Sie zeichnen sich häufig durch mehrere Risikofaktoren für einen schweren Verlauf im Rahmen einer COVID-19 Erkrankung aus und tragen ein erhöhtes Risiko, an der Erkrankung zu versterben (Dichter et al. 2020). Vor diesem Hintergrund wurden auf dem Boden des Infektionsschutzgesetzes weitreichende Maßnahmen für Altenpflegeeinrichtungen in Form von Kontaktsperren sowie Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen beschlossen (BIVA-Pflegeschutzbund 2020a). Diese Maßnahmen dienen dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz (GG). Gleichzeitig bedeuten sie jedoch weitreichende Einschnitte in Freiheitsrechte der Bewohner\*innen und sind ihrerseits durch die Gefahr sozialer Isolation mit Risiken für die Gesundheit sowie der Gefahr erhöhter Mortalität verbunden (Holt-Lunstad et al. 2015; Röhr et al. 2020). Dies hat mitunter zu Debatten um deren ethische und rechtliche Legitimation geführt: „Überleben sichern – aber unter welchen Bedingungen?“ (Akademie für Ethik in der Medizin 2020; Giese 2020, 103). Für eine fundierte Abwägung sind Kenntnisse über die Situation der Bewohner\*innen und Pflegenden in deutschen Pflegeeinrichtungen auf dem Boden belastbarer Evidenz nötig (Deutsches Netzwerk Evidenzbasierte Medizin e.V. 2020). Darüber, wie das Spannungsfeld der durch Corona bedingten Isolation der Pflegeheime in den betroffenen Einrichtungen wahrgenommen wird, ist jedoch wenig bekannt. Insbesondere den Einrichtungsleitungen kommt im Rahmen der Umsetzung der Maßnahmen eine große Verantwortung zu. Ziel dieses Beitrags ist es daher, das ethische Spannungsfeld der Isolation von Pflegeheimen während der sogenannten ersten Welle der Corona-Pandemie aus der Sicht von Einrichtungsleitungen stationärer Pflegeeinrichtungen zu untersuchen.

\*Der Text basiert auf einer Masterarbeit, die als Sekundäranalyse von Daten, die im Rahmen der Studie „HEICO – Pflegeheime in der COVID-19 Pandemie“ erhoben wurden, durchgeführt wurde. Sie wurde 2021 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg eingereicht und für die Veröffentlichung leicht gekürzt. Der Text bezieht sich somit vor allen Dingen auf das Jahr 2020. Dies betrifft insbesondere auch die rechtlichen Vorschriften wie die Gesetzeslage, die zum Teil veraltet ist. Weiteres Material zur Studie (Summary Tabellen, Liste der Codes, ausführliche Methodendarstellung sowie Abbildungen) kann bei der Autorin angefragt werden.

## 1.1 COVID-19

### 1.1.1 Epidemiologie

Die durch Sars-CoV-2 (severe acute respiratory syndrome coronavirus 2) verursachte Lungenerkrankung, die im März 2020 durch die Weltgesundheitsorganisation (World Health Organization, WHO) den Namen COVID-19 erhielt, wurde erstmals im Dezember 2019 in Wuhan, China registriert (Phelan et al. 2020; WHO 2020a). Am 11.03.2020 wurde sie durch die WHO zur Pandemie erklärt (WHO 2020b). Bis zum 12.11.2020 sind laut Johns-Hopkins Universität weltweit 52,2 Millionen Erkrankungen und 1,28 Millionen Todesfälle registriert worden (Die Bundesregierung 2020). In Deutschland wurden gemäß Robert Koch Institut bis zum 12.11.2020 727.553 Fälle registriert, 11.928 Personen sind verstorben, 476.800 gelten als genesen (RKI 2020a). Männer und Frauen erkranken etwa gleich häufig, wobei Männer öfter einen schweren Verlauf erleiden und auch häufiger an der Erkrankung versterben (RKI 2020b). Gemäß § 6 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) besteht eine namentliche Meldepflicht an das Gesundheitsamt bei Krankheitsverdacht, Erkrankung sowie Tod durch die Erkrankung.

### 1.1.2 Transmission und Inkubationszeit

Als Inkubationszeit wird der Zeitraum von der Ansteckung bis zum Beginn der Symptome bezeichnet. Sie wird im Mittel mit 5-6 Tagen angegeben und kann bis zu 14 Tage betragen (Lauer et al. 2020; McAloon et al. 2020). Hauptübertragungsweg ist die Aufnahme über Tröpfchen oder Aerosole, wobei Viren, die beim Husten, Niesen oder Sprechen ausgeschieden werden, über kleine Partikel transportiert und über die Schleimhaut aufgenommen werden. Auch eine Kontaktübertragung durch kontaminierte Oberflächen ist denkbar (RKI 2020b).

### 1.1.3 Klinik

Symptome und Verläufe der Erkrankung sind vielfältig, zu den typischen Symptomen zählen Fieber, Müdigkeit, Kopfschmerzen, trockener Husten, Schnupfen sowie Geruchs- und Geschmacksverlust. Bei schweren Verläufen kann eine Lungenentzündung mit Lungenversagen (ARDS, Acute Respiratory Distress Syndrome), bis hin zum Tode auftreten (Robert Koch-Institut (RKI), 2020b).

### 1.1.4 Risikofaktoren

Das Risiko für einen schweren Verlauf steigt mit dem Alter. Zu den wichtigsten Risikofaktoren zählen außerdem männliches Geschlecht, Rauchen, starkes

Übergewicht sowie Vorerkrankungen z.B. des Herz-Kreislauf-Systems, Diabetes mellitus, chronische Lungen-, Nieren- und Lebererkrankungen sowie auch Krebserkrankungen und jegliche Erkrankungen, die mit einer Immunschwäche einhergehen (RKI 2020b).

### **1.1.5 Letalität und Fall-Verstorbenen-Anteil**

Der Fall-Verstorbenen-Anteil (case fatality rate, CFR) beschreibt den Quotienten aus gemeldeten Verstorbenen unter den diagnostizierten bzw. gemeldeten Fällen und den insgesamt diagnostizierten bzw. gemeldeten Fällen. Der CFR ist international variabel, steigt jedoch mit dem Alter an. So liegt er bei Menschen unter 50 Jahren bei 0,1 %, kann bei Menschen über 80 Jahren jedoch bei mehr als 10 % liegen. Die Letalität ist definiert als der Quotient aus verstorbenen Fällen und faktisch Erkrankten. Sie kann nicht zuverlässig bestimmt werden, da nicht bekannt ist, wie viele Menschen tatsächlich erkranken (RKI 2020b).

### **1.1.6 COVID-19 in Pflegeheimen**

Insbesondere ältere Menschen und Menschen mit Vorerkrankungen wie den oben genannten tragen ein höheres Risiko für einen schweren Verlauf mit Intensivpflichtigkeit (Wang et al. 2020; Zhou et al. 2020). Pflegeheimbewohner\*innen, die i.d.R. ein fortgeschrittenes Alter aufweisen und häufig multimorbide sind, gelten als besonders vulnerable Gruppe mit einem hohen Risiko, an der Erkrankung zu versterben (Dichter et al. 2020). In einem internationalen Vergleich von 21 Ländern waren durchschnittlich 46 % der an COVID-19 Verstorbenen Pflegeheimbewohner\*innen (Comas-Herrera et al., 2020).

### **1.1.7 Die Maßnahmen zum Infektionsschutz**

Vor diesem Hintergrund wurden in Deutschland neben den Maßnahmen für die Allgemeinbevölkerung weitreichende Maßnahmen für Pflegeheime ergriffen, um den Infektionsschutz zu gewährleisten (BIVA-Pflegeschatzbund 2020a).

In Sachsen wurden beispielsweise vom sächsischen Staatsministerium für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt im Rahmen der Allgemeinverfügungen vom 20.03.2020 (Az: 33-5421.50/58) und 22.03.2020 (Az: 15-5422/10) Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen sowie ein Besuchsverbot, welches Besuche nur unter strengen Auflagen zulässt, für Alten- und Pflegeheime, Einrichtungen und ambulant betreute Wohngemeinschaften und Wohngruppen für Menschen mit Behinderungen sowie stationäre Einrichtungen der Pflege und Hospize erlassen. Durch die Allgemeinverfügung vom 17.04.2020 (Az: 33-5421.50/58) trat zudem eine Einschränkung von Aufenthaltswechseln der Bewohner\*innen in Kraft.

## **1.2 Rechtlicher Rahmen der Maßnahmen zum Infektionsschutz**

### **1.2.1 Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit**

Die oben genannten Maßnahmen dienen dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Dieses Grundrecht bezeichnet nicht lediglich ein Abwehrrecht, sondern dem Staat kommt hier auch eine Schutzpflicht zu (Küspert 2015).

### **1.2.2 Das Infektionsschutzgesetz**

Um das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu schützen, ist im Rahmen der Maßnahmen zum Infektionsschutz in andere Grundrechte eingegriffen worden. Staatliche Maßnahmen, die in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen, sind zwar rechtfertigungsbedürftig, jedoch möglich. Eine Ausnahme bildet die Menschenwürde, sie ist gemäß Art. 1 Abs. 1 GG „unantastbar“. Abgesehen davon können sich Einschränkungen beispielsweise aus der Grundrechtsnorm selbst ergeben (grundrechtsimmanente Schranke) oder sie können zum Schutz von Grundrechten Dritter oder anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang gerechtfertigt sein. Zudem kann in Grundrechte ggf. durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden (Hesse 1999, 139-142). Insbesondere dieser sogenannte Gesetzesvorbehalt spielt im Kontext der Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung eine tragende Rolle.

Die Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens durch Sars-CoV-2 stellt das Infektionsschutzgesetz (IfSG) dar. Gemäß § 28 Abs. 1 IfSG hat die zuständige Behörde, z.B. das Gesundheitsamt, im Infektions- und Verdachtsfall insbesondere die in § 28a Abs. 1 und den §§ 29-31 IfSG genannten Schutzmaßnahmen zu ergreifen, d.h., Allgemeinverfügungen und/oder Einzelanordnungen zu erlassen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten notwendig ist. Dies beinhaltet auch das Verbot, bestimmte Orte zu betreten oder den aktuellen Aufenthaltsort zu verlassen, z.B. im Sinne von Ausgangssperren. Die Grundrechte der Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG, der Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG und der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG können eingeschränkt werden. Zudem sind gemäß § 30 IfSG Quarantänemaßnahmen vorgesehen. Gemäß § 30 Abs. 2 IfSG ist bei Nichtbefolgen von Quarantäneanordnungen ggf. eine zwangsweise Unterbringung vorgesehen. Gemäß § 32 IfSG haben die Landesregierungen zudem die Möglichkeit, nach Maßgabe der §§ 28-31 IfSG Rechtsverordnungen zu erlassen, welche die eben genannten Grundrechte sowie das Grundrecht auf Brief- und Postgeheimnis aus Art. 10 GG einschränken.

Dennoch gilt stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der besagt, dass eine staatliche Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, um nicht verfassungswidrig zu sein, einem legitimen Zweck dienen und außerdem geeignet, erforderlich sowie angemessen sein muss, um diesen Zweck zu befördern (Wienbracke 2013).

### **1.3 Autonomie im Kontext von Pflege**

#### **1.3.1 Autonomie als pflegeethisches Prinzip**

Autonomie stellt aus medizin- und pflegeethischer Sicht ein zentrales Prinzip dar (Beauchamp, Childress 2019, 99; Lay 2004, 187). Das Wort stammt aus dem Griechischen und meint ursprünglich die Selbstgesetzgebung unabhängiger Stadtstaaten. Später erfuhr der Begriff eine Bedeutungserweiterung im Sinne der Selbstbestimmung von Individuen und meint dann, dass das Individuum frei von Zwängen und nach einem selbst gewählten Plan handelt (Beauchamp, Childress 2019, 99). Eng verknüpft ist somit der Begriff der Freiheit. Klassischerweise wird zwischen Willens- und Handlungsfreiheit differenziert. Willensfreiheit wird häufig synonym mit Entscheidungsfreiheit verwendet. „Handlungsfreiheit besitzt man, wenn man nicht durch äußeren Zwang daran gehindert wird, seinen Willen in die Tat umzusetzen“ (Keil, 2018, S. 24). Wulff et al. unterscheiden zwei Dimensionen der Autonomie, nämlich Selbstbestimmung als Entscheidungsautonomie und Handlungsfähigkeit als Handlungsautonomie: „Selbstbestimmung beschreibt die Entscheidungs- und Verfügungsmöglichkeit über die eigene Lebensführung (auch im Heim) ...“ (Wulff et al. 2010, 242). Autonomie und Selbstbestimmung werden in Anlehnung an Monika Bobbert im Folgenden synonym verwendet.

Als inhaltliche Präzisierung und Ausdifferenzierung des Autonomierechts lassen sich nach Monika Bobbert vier Rechte anführen:

- das Recht auf informierte Zustimmung oder Ablehnung,
- das Recht auf Festlegung des eigenen Wohls,
- das Recht auf Wahl zwischen möglichen Alternativen und
- das Recht auf eine möglichst geringe Einschränkung des Handlungsspielraums durch Institutionen (Bobbert 2020, 77).

Der Respekt vor der Autonomie findet also mitunter Ausdruck in der Einbeziehung der Werte und Präferenzen der Patient\*innen oder Bewohner\*innen und im Einholen der informierten Zustimmung (Lay 2004, 6-7; Remmers 2018, 132).

Viele Autonomiekonzepte betonen kognitive Fähigkeiten als Voraussetzung für Selbstbestimmung. Es ist Gegenstand der Diskussion, inwieweit der Begriff Autonomie auf Menschen mit kognitiven Einschränkungen, beispielsweise im Rahmen einer Demenz, angewendet werden kann (Beauchamp, Childress, 2019, 99-154; Lay 2004, 133; Wulff et al. 2010; Wunder 2008). Für die Praxis kann an-

genommen werden, dass je nach Stadium der Demenzerkrankung und je nach Komplexität des Gegenstands, über den es zu entscheiden gilt, zumindest eine „Teilselbstbestimmung“ im Sinne verschiedener Abstufungen der Fähigkeit zur Selbstbestimmung anzuerkennen ist und es Ziel sein sollte, „Möglichkeiten zur Achtung und Förderung der Selbstbestimmung bei Menschen mit Demenz zu entdecken“ (Deutscher Ethikrat 2012, 50; Wunder 2008). Klar ist also, dass auch oder insbesondere auch bei kognitiv beeinträchtigten Menschen Anzeichen für Zustimmung bzw. Ablehnung stets zu beachten sind (Bobbert 2020, 77-78; Wunder 2008). So ist auch aus rechtlicher Sicht bei Nicht-Einwilligungsfähigkeit der sogenannte natürliche Wille zu beachten (Damm 2010; Jox et al. 2014).

#### **1.3.2 Kodifizierung von Freiheitsrechten**

Das Selbstbestimmungsrecht ist kodifiziert als die freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie als das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG. Zudem schützt Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG die Freiheit der Person im Sinne der Fortbewegungsfreiheit. Von Bedeutung im Rahmen der Pandemiebekämpfung in Pflegeheimen sind zudem die unter 1.2.2 genannten Grundrechte der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG, der Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG und der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG sowie der Schutz des Eigentums aus Art. 14 GG, der Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 2 GG und die Religionsfreiheit aus Art. 4 GG (Hufen 2020, 12-13).

Speziell im Kontext von Pflege findet die Bedeutung der Selbstbestimmung mitunter auch Ausdruck in dem Recht auf Selbstbestimmung und Selbstständigkeit gemäß § 2 SGB XI sowie dem Recht auf Selbstbestimmung und Hilfe zur Selbsthilfe aus Art. 1 der Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen (Pflege-Charta). Die Kommentierung von Art. 1 der Pflege-Charta betont das Recht auf die Beachtung des Willens und der Entscheidungen sowie der Ziele und Wünsche der Bewohner\*innen bei der Bestimmung des eigenen Aufenthaltsorts und der sozialen Kontakte (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2019).

#### **1.3.3 Freiheitseinschränkende Maßnahmen (FEM)**

Aus ethischer Perspektive wird die Gefahr einer vermehrten Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen im Rahmen der Pandemie thematisiert (Akademie für Ethik in der Medizin 2020). „FEM sind Hilfsmittel oder umgebungsbedingte Faktoren, die eine Person daran hindern, sich an einen Ort ihrer Wahl zu bewegen oder ungehindert Zugang zum eigenen Körper zu haben“ (Meyer et al., 2016). Dabei werden körpernahe FEM wie z.B. Bettgitter, Fixiergurte oder Stecktische und körperferne FEM wie z.B. das Abschließen von Zimmertüren

sowie die sogenannte „chemische Fixierung“ mittels bestimmter Medikamente unterschieden. Ungerechtfertigte FEM erfüllen den Straftatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 Strafgesetzbuch (StGB). Sie sind gemäß § 1906 Abs. 1 BGB (heute § 1831 BGB) nur zum Wohl der betroffenen Person zulässig, wenn die Gefahr eines erheblichen gesundheitlichen Schadens besteht und bedürfen gemäß § 1906 Abs. 2 BGB (§ 1831 Abs. 2 BGB) der richterlichen Genehmigung. Sie können dann von dem/der Betreuer\*in oder Vorsorgebevollmächtigten angeordnet werden. Die richterliche Genehmigung entspricht dabei keiner bindenden Anordnung, sondern bedarf der ständigen Hinterfragung (Meyer et al. 2016).

Aus juristischer Perspektive werden freiheitseinschränkende, freiheitsbeschränkende und freiheitsentziehende Maßnahmen unterschieden. Freiheits-einschränkende Maßnahmen bezeichnen auf verfassungsrechtlicher Ebene jeden Eingriff in die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Auf zivilrechtlicher Ebene besteht ein Unterschied zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung hinsichtlich Dauer und Intensität. Im Folgenden wird der Begriff Freiheitseinschränkung in Anlehnung an die Leitlinie FEM als Oberbegriff verwendet (Köpke et al. 2015, 54–55). Ferner wird der Begriff Freiheitseinschränkung in diesem Beitrag außerhalb des Kontexts von FEM auch unabhängig von Fragen der Bewegungsfreiheit auf Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht bezogen.

#### **1.4 Moralische Probleme, Konflikte und Dilemmata**

In der Literatur werden mitunter die Begriffe ethisches Problem, ethischer Konflikt und ethisches Dilemma unterschieden. Die Autor\*innen differenzieren dabei weiter in ethische Probleme Typ 1, bei denen ein offenkundiges „ethisches Defizit“ vorliegt und die korrekte Handlungsweise eigentlich unstrittig ist sowie ethische Probleme Typ 2, die durch „ethische Unsicherheit“ charakterisiert sind (Salloch et al. 2016, 274). Sie gehen ferner davon aus, „dass ethische Probleme nicht ‚objektiv vorhanden‘ sind, sondern durch Betroffene, Forscher und andere Personen als solche aufgefasst, benannt und diskutiert werden“ (Salloch et al. 2016, 269).

Ein ethisches Dilemma kann als Sonderform eines ethischen Problems in Bezug auf die Schwere gesehen werden, da hier einander exkludierende Werte auf dem Spiel stehen. Ethische Konflikte wiederum stellen auf die Betroffenenperspektive ab (Salloch et al. 2016). Es handelt sich um „Entscheidungskonflikte [...], die aufgrund konfligierender moralischer Überzeugungen entstehen“, und somit um intra- oder interpersonelle Wertkonflikte (Sauer 2015). Gefühle, z.B. ein „moralisches Unbehagen“ können dabei als Hinweis dienen (Linde 2018, 57).

#### **1.5 Herleitung und theoriegeleitete Differenzierung der Fragestellung**

Aus den obigen Ausführungen wird deutlich, dass in Bezug auf die Maßnahmen zum Infektionsschutz ein Wertkonflikt zwischen dem Schutz des Lebens und dem Recht auf Selbstbestimmung der Bewohner\*innen von Pflegeheimen besteht. Diese gelten in Bezug auf COVID-19 als vulnerable Gruppe und sie zu schützen, ist sowohl rechtlich als auch ethisch geboten. Die Maßnahmen zum Infektionsschutz stellen jedoch weitreichende Eingriffe in Freiheitsrechte der Bewohner\*innen dar und müssen gegen das Prinzip der Selbstbestimmung abgewogen werden. Aus ethischer Perspektive wird zudem die Gefahr einer Zunahme freiheitsentziehender Maßnahmen problematisiert. Überdies wird die organisations- und sozialetische Dimension der Maßnahmen betont und auf die Rolle von Institutionen als moralische Akteure verwiesen (Akademie für Ethik in der Medizin 2020).

Bei der Betrachtung ethischer Probleme kann es geboten sein, nicht lediglich die Experten- sondern auch die Betroffenenperspektive einzubeziehen (Salloch et al. 2016). Insbesondere den Einrichtungsleitungen, die mit der hausinternen Umsetzung der Maßnahmen zum Infektionsschutz betraut sind, kommt im Zuge der Pandemie eine besondere Verantwortung zu. Gemäß einer Studie von Hower et al. stellt die Angst vor einer bei Bewohner\*innen auftretenden Infektion mit COVID-19 eine bedeutende Belastung für Einrichtungsleitungen dar (Hower et al. 2020).

Dieser Beitrag verfolgt daher das Ziel, das ethische Spannungsfeld der Einschränkung von Freiheitsrechten der Bewohner\*innen durch die durch Corona bedingte Isolation von Pflegeheimen aus der Perspektive von Einrichtungsleitungen (EL) zu untersuchen.

Folgende Forschungsfragen stehen dabei im Zentrum:

1. Wie beschreiben die Einrichtungsleitungen das ethische Spannungsfeld der Einschränkung von Freiheitsrechten der Bewohner\*innen durch die durch Corona bedingten Maßnahmen zum Infektionsschutz?
2. Wie beschreiben die ELs die Maßnahmen zur Begrenzung der Pandemie im Hinblick auf die Freiheitsrechte der Bewohner\*innen?
3. Wie wird die Akzeptanz der Bewohner\*innen hinsichtlich der Maßnahmen zur Begrenzung der Pandemie beschrieben?
4. Welche potenziell konfliktverstärkenden Kontextfaktoren auf Meso- und Makroebene werden beschrieben?

## 2 Methode

### 2.1 Studiendesign

Die Masterthesis ist als qualitative Querschnittstudie konzipiert. Im Rahmen einer Sekundäranalyse wurden insgesamt 12 Leitfadeninterviews mit Einrichtungsleitungen aus 12 deutschen Pflegeheimen im Hinblick auf die oben genannten Forschungsfragen ausgewertet. Zudem wurden strukturierte Merkmalsbögen, die jeweils im Zusammenhang mit den Interviews erfasst worden waren, zur Beschreibung der Stichprobe ausgewertet.

### 2.2 Qualitative Forschung

Qualitative Forschung möchte soziale Realität aus der Perspektive der jeweiligen Akteure erfassen und verstehen. Dabei zeichnet sie sich im Gegensatz zu standardisierten quantitativen Verfahren insbesondere durch das „Prinzip der Offenheit“ aus (Flick et al. 2019, 23).

### 2.3 Datenerhebung mittels Leitfadeninterviews

Das semistrukturierte Leitfadeninterview ist ein halbstandardisiertes Verfahren, das einer gewissen Systematik folgt und dabei gleichzeitig Offenheit gewährleistet. Die Fragen des Leitfadens geben den Interviewenden Orientierung, können jedoch in ihrer Abfolge variiert werden. Zudem sind spontane Nachfragen möglich (Hussy et al. 2013, 225).

### 2.4 Datenauswertung mittels qualitativer Inhaltsanalyse

Für die Auswertung von Leitfadeninterviews bietet sich die Methode der qualitativen Inhaltsanalyse an (Hussy et al. 2013, 227). Diese ist als solche eine heterogene Methode und in der Literatur werden zahlreiche Abwandlungen diskutiert (Schreier 2014). Zentrales Element stellt jedoch stets die Analyse des Materials mittels eines Kategoriensystems dar. „[...] Kategorien enthalten Anweisungen, unter welchen Bedingungen ein Text(teil) einer Kategorie zuzuordnen ist“ (Hussy et al. 2013, 255). Textstellen, die unter eine bestimmte Kategorie fallen, können als Fundstellen oder Segmente bezeichnet werden. Dabei kann zwischen Fakten-Kategorien, thematischen, evaluativen, analytischen, natürlichen und formalen Kategorien unterschieden werden. Schwierigkeiten kann die Abgrenzung der Begriffe Kategorie und Code bereiten. Letzterer ist vor allem im Rahmen der Grounded Theory gebräuchlich. Da in der Literatur nicht einheitlich zwischen Code und Kategorie unterschieden wird, werden die Begriffe in An-

lehnung an Udo Kuckartz im Folgenden synonym verwendet. Die für ein Projekt entwickelten Kategorien stellen zusammengenommen das Kategoriensystem dar. Kategoriensysteme können dabei linear, als Netzwerk, oder hierarchisch, also unterteilt in Haupt- und Subcodes geordnet sein (Kuckartz 2018, 33-43). Für die Entwicklung von Kategorien stehen grundsätzlich zwei Herangehensweisen zur Verfügung, die induktive Kategorienbildung, die direkt am Material erfolgt sowie die deduktive, oder a-priori-Kategorienbildung, die theoriegeleitet im Vorfeld erfolgt. Häufig kommen Mischformen zur Anwendung, bei denen deduktiv entwickelte Hauptkategorien induktiv in Subkategorien ausdifferenziert werden (Kuckartz 2018, 64). Für diese Thesis wurde auf die qualitative Inhaltsanalyse nach Mayring sowie ergänzend auf die Weiterentwicklung nach Kuckartz zurückgegriffen. Die qualitative Inhaltsanalyse nach Mayring stellt ein systematisches, regel- und theoriegeleitetes Verfahren zur Analyse fixierter Kommunikation dar (Mayring 2015, 13). Die Analyse folgt dabei festen Schritten eines Ablaufmodells, auf das im Folgenden eingegangen werden soll.

Als erstes gilt es, das Material, welches für die Untersuchung herangezogen werden soll, den sogenannten „Corpus“ genau zu bestimmen. Dies beinhaltet Überlegungen zur Grundgesamtheit und zur Auswahl der Stichprobe. Als zentrale Eigenschaft der Inhaltsanalyse nennt Mayring die „Einbettung des Materials in den Kommunikationszusammenhang“ (Mayring 2015, 50). Schritt zwei und drei fordern daher die genaue Beschreibung der Umstände, unter denen die Daten erhoben wurden sowie deren formale Charakterisierung. Im vierten Schritt wird festgelegt, unter welchem Gesichtspunkt das Material analysiert werden soll. So kann z.B. der Gegenstand des Textes, dessen Wirkung auf bestimmte Personen, oder aber auch der Zustand der Verfasser\*in von Interesse sein. In weiteren Schritten erfolgen die theoriegeleitete Differenzierung der Fragestellung sowie die Bestimmung des genauen Vorgehens und des Kategoriensystems. Die letzten beiden Schritte umfassen Aufbereitung und Interpretation der Ergebnisse sowie die Reflexion der inhaltsanalytischen Gütekriterien (Mayring 2015, 54 ff.).

#### 2.4.1 Festlegung des Materials und Analyse der Entstehungssituation

Die Masterthesis wurde im Rahmen des Projekts „HEICO – Pflegeheime in der COVID-19 Pandemie“ angefertigt. Es handelt sich bei HEICO um eine nationale Multicenterstudie, die im Kontext des Gewaltpräventionsprojekts PEKO (Partizipative Entwicklung und Evaluation eines multimodalen Konzeptes zur Gewaltprävention in stationären Pflegeeinrichtungen) anhand erweiterter Fragestellungen die COVID-19 bedingten Herausforderungen und Veränderungen in stationären Pflegeeinrichtungen in Deutschland untersucht. Beteiligt sind insgesamt 8 Studienzentren in Halle-Wittenberg, Köln, Fulda, Wuppertal, Ol-

denburg, Bielefeld, Witten-Herdecke und Lübeck. Bei dem im Rahmen des HEICO-Projekts erhobenen Datenmaterial handelt es sich um eine Gelegenheitsstichprobe (n = 4-5 Pflegeeinrichtungen pro Studienzentrum). Die Rekrutierung erfolgte unter den stationären Altenpflegeeinrichtungen des PEKo-Projekts sowie unter Einrichtungen aus abgeschlossenen Projekten oder aus solchen, die sich in der Planung befinden. Für die Sekundäranalyse im Rahmen der Masterarbeit wurden jeweils 4, im Rahmen des HEICO-Projekts mit Führungskräften (Einrichtungsleitung oder Pflegedienstleitung) geführte Interviews der Cluster Fulda, Lübeck und Halle-Wittenberg ausgewertet (n = 12). Die Rekrutierung war mittels schriftlicher Anfrage durch das jeweilige Studienzentrum und Zuschicken von Informationsmaterial erfolgt. Die Interviews fanden telefonisch zwischen Juni und Juli 2020 statt und dauerten zwischen 30 und 90 Minuten. Die Befragung bezog sich auf den Zeitraum vom Beginn der Maßnahmen bis zur erneuten Lockerung in den jeweiligen Bundesländern im Rahmen der sogenannten ersten Welle der Pandemie. Die Interviews erfolgten nach Aufklärung und informierter Einwilligung. Zwei der hier analysierten Interviews wurden von der Autorin selbst geführt. Die Erhebung, Speicherung und Auswertung fand in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der EU-DSGVO statt. Die Transkripte lagen in anonymisierter Form vor, gekennzeichnet mittels eines alphanumerischen Codes aus Studienzentrum und Zählnummer. Der Zugang erfolgte über einen Server des Universitätsklinikums Halle mit einem nutzerbezogenen Passwort.

#### **2.4.2 Formale Charakteristika des Materials**

Die Interviews wurden mittels Diktiergerät im mp3-Format aufgezeichnet und anschließend transkribiert. Die Transkription der Interviews erfolgte extern nach den Transkriptionsregeln von Dresing und Pehl (Dresing & Pehl, 2011, S. 15 ff.). Die Audiodateien wurden nach Abschluss der Transkription gelöscht.

#### **2.4.3 Richtung der Analyse**

Im Zentrum der Fragestellung stand das ethische Spannungsfeld der Einschränkung von Freiheitsrechten der Bewohner\*innen durch die Maßnahmen zum Infektionsschutz aus der Sicht von Einrichtungsleitungen von Pflegeheimen. Die Analyse erfolgte also in Richtung eines thematischen Gegenstands sowie dem emotionalen Erleben der interviewten Personen.

#### **2.4.4 Bestimmung der Analysetechnik und Festlegung des konkreten Ablaufmodells**

Mayring unterscheidet drei grundsätzliche Formen der qualitativen Inhaltsanalyse, nämlich Zusammenfassung, Explikation und Strukturierung (Mayring,

2015, S. 67). Da in dieser Arbeit das Material im Hinblick auf das ethische Spannungsfeld der Einschränkung von Freiheitsrechten der Bewohner\*innen durch die Maßnahmen zum Infektionsschutz untersucht werden sollte, erfolgte die Analyse mittels inhaltlicher Strukturierung. Diese ermöglicht die Extraktion bestimmter Gesichtspunkte anhand von theoriegeleiteten, deduktiv entwickelten Kategorien.

#### **2.4.5 Festlegung und Definition des Kategoriensystems**

Es gilt genau zu bestimmen, unter welchen Bedingungen eine Textstelle einer bestimmten Kategorie zuzuordnen ist. Dazu werden die Kategorien genau definiert sowie mit aussagekräftigen Textstellen, sog. Ankerbeispielen, unterfüttert. Zudem können Kodierregeln formuliert werden, um Kategorien voneinander abzugrenzen. Im Rahmen eines Probedurchlaufs an einem Teil der Transkripte werden die Kategorien getestet und ggf. überarbeitet (Mayring, 2015, S. 97-99).

Für die Thesis wurden auf diese Weise 5 Hauptkategorien gebildet, von denen 2 weiter in 2 bzw. 3 Subkategorien ausdifferenziert wurden:

- Akzeptanz der Maßnahmen durch Bewohner\*innen
- Erlebte Freiheitseinschränkungen
- Ausnahmeregelungen
- Umgang mit Nichteinhaltung und FEM
  - Bewohner\*innen insgesamt
  - Kognitive Einschränkung und Demenz
- Konfliktbegünstigende Kontextbedingungen
  - Ämter und Behörden
  - Politik und Gesellschaft
  - Interne Umsetzung behördlicher Vorgaben

#### **2.4.6 Definition der Analyseeinheiten**

Mayring unterscheidet Kodiereinheit, Kontexteinheit und Auswertungseinheit. Die Auswertungseinheit bestimmt, welche Texte jeweils nacheinander analysiert werden sollen. Die Kodiereinheit bestimmt den minimalen, die Kontexteinheit den maximalen Textabschnitt, der einer Kategorie zugeordnet werden kann (Mayring, 2015, S. 61). Im Falle dieser Studie war dies maximal alles Material eines jeweiligen Interviews, mindestens jedoch ein vollständiger Satz. In Anlehnung an Udo Kuckartz wurden idealerweise Sinneinheiten, die möglichst für sich genommen nachvollziehbar sein sollten, kodiert. Dabei können Überlappungen oder Verzahnungen auftreten (Kuckartz, 2018, S. 43). Beim Kodieren entsprach zunächst jedes Transkript einer Auswertungseinheit. Anschließend wurden zunächst alle kodierten Segmente pro Subkategorie, dann wenn nötig

pro Hauptkategorie ausgewertet. Textstellen, die sich auf den Themenkomplex Gewalt und Gewaltprävention innerhalb des HEICO-Leitfadens bezogen, wurden nicht in die Analyse eingeschlossen, da dieser Komplex separat durch das Studienzentrum Fulda ausgewertet wurde.

#### 2.4.7 Analyseschritte gemäß Ablaufmodell mittels Kategoriensystem

Die Analyse erfolgte gemäß Mayrings Modell der inhaltlichen Strukturierung mittels des zuvor festgelegten Kategoriensystems und anschließender Zusammenfassung mithilfe des Programms MAXQDA 2020. Dabei wurden die zuvor kodierten Textsegmente nach Mayrings Regeln der Zusammenfassung zunächst pro Sub- und dann ggf. pro Hauptkategorie zusammengefasst, indem die entsprechenden Textstellen paraphrasiert und anschließend generalisiert und reduziert wurden (Mayring, 2015, S. 72). Dies erfolgte in MAXQDA mithilfe der Analysetools „Summary Grid“ und „Summary Tabellen“.

### 3 Ergebnisse

#### 3.1 Beschreibung der Stichprobe

Von den 12 interviewten Personen waren 7 Einrichtungsleitungen und 5 Pflegedienstleitungen. Im Folgenden wird für alle die Bezeichnung Einrichtungsleitung (EL) verwendet. Die mittlere Berufserfahrung betrug 20,5 Jahre (Spannweite 4-37 Jahre), die Berufserfahrung in der aktuellen Position 5 Jahre (Spannweite 2-30 Jahre). Alle EL hatten beruflich Erfahrung mit Infektionskrankheiten, die erweiterte Maßnahmen erforderten. Die Zahl der verfügbaren Pflegeplätze der Einrichtungen betrug zwischen 48 und 174, im Mittel 85. In einer Einrichtung war eine bestätigte COVID-19-Infektion bei einer Bewohner\*in aufgetreten. COVID-19 bedingte Todesfälle unter den Bewohner\*innen waren in keiner der Einrichtungen aufgetreten.

#### 3.2 Überblick über die zentralen Themen

Zentrale Themen waren Ambivalenz und emotionale Schwierigkeiten aufgrund einer Freiheitseinschränkung der Bewohner\*innen durch die Maßnahmen zum Infektionsschutz, Schwierigkeiten und Unsicherheit beim Umgang mit Bewohner\*innen mit Demenz und FEM sowie Fragen der Gleichbehandlung und der Umgang mit unterschiedlichen Wertpräferenzen der Bewohner\*innen im Hinblick auf die Maßnahmen zum Infektionsschutz. Zudem spielten gesellschaftlicher Druck, Informations- und Kommunikationsdefizite sowie praxisferne und uneindeutige Anordnungen und Rechtsunsicherheit im Kontext der Zusammenarbeit mit Politik und Behörden eine tragende Rolle.

#### 3.3 Akzeptanz der Maßnahmen durch die Bewohner\*innen

Insgesamt wurden unterschiedliche Reaktionen der Bewohner\*innen auf die Maßnahmen zum Infektionsschutz berichtet. Wichtige Bedingungen, die im Kontext der Akzeptanz genannt wurden, waren der kognitive Zustand der Bewohner\*innen, der zeitliche Rahmen der Maßnahmen und das Gefühl der Freiheitseinschränkung. Aber auch der Grad an Kompensationsmöglichkeiten im Sinne von möglichem Kontakt zu Angehörigen sowie Bewegungsfreiraum spielten eine wichtige Rolle.

Bezüglich des kognitiven Zustands ist den Berichten zu entnehmen, dass insbesondere das Thema Demenz im Zusammenhang mit der Akzeptanz der Maßnahmen eine große Rolle spielte, da Bewohner\*innen mit Demenz aufgrund von kognitiver Einschränkung häufig nicht in der Lage waren, sich an Kontaktbeschränkungen, Ausgangssperren oder Isolationsmaßnahmen zu halten. Dies hat mitunter zu Ängsten bei anderen Bewohner\*innen geführt und war in der Folge mit Spannungen verbunden.

Wir haben ja auch Bewohner die das Haus dann verlassen haben. Das IST einfach so. ... Ähm, hochgradig mobil aber eben so demenz, dass man da nicht auf Verständnis stößt. Das hat natürlich auch für Konflikte innerhalb der Bewohnerschaft dann gesorgt. So nach dem Motto, ich bleibe hier drinnen und wenn der jetzt rausgeht, wir wissen nicht, wo der hingehet, dann schleppt der das hier rein. (HAL\_EL\_01, Pos. 48)

Von guter Akzeptanz der Bewohner\*innen wird insbesondere in der Anfangszeit der Pandemie berichtet, während es mit Andauern der Maßnahmen schwieriger zu werden schien und sich die Lage in dem Maße entspannte, in dem wieder Kontakt zu Angehörigen und Bewegung im Freien möglich waren.

Also ja vier Wochen ging es gut und dann wurde es wirklich sehr aufwändig. Besser geworden ist es wirklich ab dem Moment, wo die Angehörigen auch teilweise dann wieder ins Besucherzimmer konnten. ... Und richtig gut ging es, dass jeder dann wirklich jetzt zum Spaziergang raus durfte. (HAL\_EL\_01, Pos. 58)

Als Erklärung für das Vorhandensein von Akzeptanz bei den Bewohner\*innen wurden außerdem die Angst der Bewohner\*innen sich zu infizieren und Dankbarkeit dafür, geschützt zu werden, genannt. Als Begründung für eine Abnahme der Akzeptanz im Verlauf wurden lange Dauer und ein unklarer zeitlicher Rahmen der Maßnahmen sowie die mangelnde Möglichkeit zur Kompensation von Einsamkeit genannt.

Und auch, wie gesagt, manchmal waren sie sehr verständnisvoll, sie haben gesagt: „Wir fühlen uns beschützt, wir finden das auch gut, dass Sie auf uns aufpassen.“ und weil aber keiner wusste, wie sich das entwickelt und kein Ende abzusehen ist, im Grunde genommen, habe viele gesagt: „Also das, ich will jetzt meine Angehörigen sehen, ich bin einsam. Und Sie sind lieb und Sie kümmern sich, aber Sie können das gar nicht auffangen.“ (LUE\_EL\_04, Pos. 47)

Gemäß den Berichten bestand bei kognitiv fitten Bewohner\*innen zudem mitunter Ambivalenz zwischen der Angst vor einer Infektion mit COVID-19 einerseits und der Einsamkeit durch soziale Isolation und das Vermissen der Angehörigen andererseits. Im Zusammenhang mit der Ablehnung von Maßnahmen wurden der Verlust des Kontakts zu anderen Heimbewohner\*innen als wichtige soziale Gemeinschaft sowie das Gefühl der Freiheitseinschränkung und die Weigerung, sich in seiner Freiheit einschränken zu lassen, berichtet.

Da ging es auch um Bewohner, die die Station verlassen haben, die gesagt haben: „Wissen Sie was, das ist mir doch egal, Sie können mich hier nicht einsperren.“ (LUE\_EL\_04, Pos. 37)

Eine EL berichtete zudem über Schwierigkeiten im Umgang mit russischsprachigen Bewohner\*innen aufgrund verharmlosender Berichterstattung russischer Medien.

Insgesamt ist deutlich geworden, dass die EL vor der Herausforderung standen, zwischen mitunter konträren Einstellungen der Bewohner\*innen bezüglich der Maßnahmen zum Infektionsschutz zu vermitteln.

Das ist unterschiedlich. Viele haben jetzt auch im Nachhinein schon gesagt, sie haben sich wirklich sehr gut durch uns geschützt gefühlt. Andere sagen natürlich, wir sind so was von in unserer Freiheit eingeschränkt gewesen, dass es fast nicht zu ertragen ist. Also das sind diese zwei ja Extreme, mit denen wir uns halt auseinandersetzen mussten. (FUL\_EL\_04, Pos. 25).

### 3.4 Erlebte Freiheitseinschränkung

Sowohl eine von den Bewohner\*innen erlebte Freiheitseinschränkung als auch eigene emotionale Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einem als freiheitseinschränkend erlebten Charakter der Maßnahmen zum Infektionsschutz waren wichtige Themen der EL. Häufig wurden Begriffe aus dem Bereich des Strafvollzugs wie „Gefängnis“, „Knast“, „Haft“ und „Wärter“ verwendet. Gefängnisvergleiche wurden dabei insbesondere im Zusammenhang mit zeitlichen Einschränkungen und räumlichen Barrieren wie Zäunen und Plexiglasscheiben, die im Zuge der Besuchsregelungen und Kontaktbeschränkungen eine Rolle spielten, gezogen. Auch ein aktives Eingreifen durch Personal bei Kontaktversuchen

wurde thematisiert und als belastend empfunden.

Die dürfen nur zu Besuchszeiten, die dürfen nur eine halbe Stunde, die dürfen nur hinter einer Plexiglasscheibe. Das ist schon irre. ... Ne? Das finde ICH schon belastend. ... So die Situation. Wenn ich da ausgehe, ich würde Besuch kriegen und müsste hinter einer Plexiglasscheibe sitzen wie im Gefängnis, das, finde ich, ist irgendwo schon komisch. (HAL\_EL\_03, Pos. 43-49)

Da, wo sie gesagt haben: „Da müssen wir halt einen FSJler 24 Stunden an die Tür stellen, der den aufhält oder einen Bauzaun davor bauen.“ Und das war dann schon so der Moment, wo ich sagte, also jetzt wird es emotional schwierig, wo auch meine Mitarbeiter sagten: „Wir sind doch hier keine Wärter.“ (LUE\_EL\_01, Pos. 21)

Dabei wurde der Vorwurf der Freiheitsberaubung durch die Bewohner\*innen und das tägliche Miterleben des Leidens im Rahmen der Besuchsverbote und Kontaktbeschränkungen mitunter als ethische Herausforderung und größte Belastung empfunden.

Die größte Belastung für mich war als Verantwortlicher die ethisch moralische Herausforderung, dass Ehepaare sich zum Beispiel nicht treffen konnten im klassischen Sinne. ... Du stehst daneben, wenn die weinen und wollen jeden Tag denjenigen sehen und die fragen dich jeden Tag das Gleiche, warum sie das eben nicht dürfen. Und das wäre, ich sage mal, nicht vertretbar und was hier mit uns gemacht werde, dass wäre schlimmer wie Knast und schlimmer wie DDR-Zeiten und was weiß ich, was da alles gekommen ist. (HAL\_EL\_04, Pos. 28-30)

Eine EL negierte explizit einen gefängnisartigen Charakter der Maßnahmen zum Infektionsschutz mit der Begründung, dass die Bewohner\*innen Zimmer und Einrichtung hätten verlassen dürfen.

Also ganz geschlossen haben wir nicht. Die fitten Bewohner, die nicht im Bett liegen und mobil sind. Also ganz geschlossen hatten wir hundert Prozent nicht. Also wir hatten kein Gefängnis. Die durften alle raus. (FUL\_EL\_02, Pos. 9).

### 3.5 Umgang mit Nichtakzeptanz und freiheitseinschränkenden Maßnahmen

Ein wichtiges Thema stellten Herausforderungen bezüglich der Umsetzung von Maßnahmen zum Infektionsschutz bei Menschen mit Demenz dar. Dies betraf insbesondere die Einhaltung von Quarantäne und Zimmerisolation, aber auch Ausgangssperren und Kontaktbeschränkungen bzw. Abstandsregeln innerhalb und außerhalb der Einrichtung. Dabei wurde berichtet, ein Nichteinhalten explizit geduldet zu haben, da die Anwendung von Zwang abgelehnt werde.

Es gibt ja auch demente Menschen, die wir betreuen, die das überhaupt nicht verstanden haben, viele Male auf den Flur gekommen sind, obwohl wir gesagt haben: „Wir achten jetzt auf den Abstand“ und haben immer von dem Virus erzählt. Aber bei manchen bleibt es nicht hängen und dann haben wir das auch geduldet. Wir können ja keinen wegsperren, das machen wir nicht. (LUE\_EL\_04, Pos. 25)

Bei bestehendem Demenzschwerpunkt wurde mitunter von vornherein eine Kohortenisolation durchgeführt, was als Vorteil empfunden wurde, da dadurch weiterhin soziale Kontakte für die Bewohner\*innen möglich waren. Demgegenüber wurden auch Beispiele berichtet, in denen Schritte unternommen wurden, die entweder das Einhalten bestimmter Regelungen im Vorfeld sicherstellen sollten oder aber als Reaktion auf bereits erfolgte Verstöße gegen Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen getroffen wurden. Berichtet wurden sowohl personelle als auch bauliche und verbale Maßnahmen. Als personelle Maßnahme wurde beispielsweise über die Beauftragung eines Sicherheitsdienstes berichtet, der aufgrund des Verdachts auf eine Infektion bei einer Mitarbeiterin gewährleisten sollte, dass keiner der Bewohner\*innen das Wohnhaus verlässt. Auch wurde berichtet, dass im Verlauf alle Arztbesuche durch Betreuer\*innen begleitet worden seien und dass Quarantäne verordnet worden sei, wenn Bewohner\*innen bei Aufenthalten außerhalb des Heims Hygienemaßnahmen nicht eingehalten hätten, während Bewohner\*innen, die sich gemäß den Betreuer\*innen regelkonform verhielten, nicht in Quarantäne zu gehen brauchten.

Wir hatten dann in den letzten Wochen, eigentlich sind wir dazu übergegangen, dass wir eigentlich ALLE Arztbesuche unserer Bewohner durch Betreuungskräfte begleiten lassen. Und wenn dann die Betreuungskräfte gesagt haben: „Ja, die Frau Müller hat sich an die Hygienevorschriften gehalten. Die hatte Abstand. Die hatte die ganze Zeit Maske“ und so weiter. Bei DENEN haben wir dann darauf verzichtet, dass wir hier eine Zimmerversorgung machen, weil sie sich zumindest fachlich nach wirklich menschlichem Ermessen an die entsprechenden Hygieneverordnungen gehalten haben. (FUL\_EL\_04, Pos. 71)

In einem Fall wurde auf Hinwirken des Gesundheitsamtes als bauliche Maßnahme ein Bauzaun als Konsequenz eines Verstoßes gegen Kontakt- bzw. Ausgangsbeschränkungen durch einen Bewohner errichtet.

[S]eit der Woche Ostermontag haben wir die Ausgangstüren zuerst am Stück Bauzaun gesichert und dann Mitte der Woche mit einem Bauzaun um das Parkgelände der Einrichtung. So, dass wir wirklich jetzt eine bauliche Veränderung haben, die Ein- und Ausgänge sind zwar nicht geschlossen, aber das Gelände ist komplett umzäunt, da kommt keiner raus. (LUE\_EL\_01, Pos. 11)

Auch wurde berichtet, Quarantäne als Drohinstrument eingesetzt zu haben, falls Maßnahmen nicht eingehalten würden.

... also die Quarantäne war auch in vielen Einrichtungen oder bei uns MANCHMAL auch, also wenn sich die Bewohner so gar nicht an die Regeln gehalten haben, war die Quarantäne immer so ein Drohinstrument. Wenn Sie nicht brav sind, dann müssen Sie in die Quarantäne. (FUL\_EL\_03a, Pos. 59)

### 3.6 Argumente für und wider die Anwendung von freiheitseinschränkenden Maßnahmen

Begründungen für die Ablehnung von bzw. den Verzicht auf Zwang und FEM waren die Priorisierung von Freiheitsrechten vor dem Infektionsschutz sowie Rechtsunsicherheit und Strafbarkeit.

Ansonsten wir können den andern nicht zwingen. Also das, die Freiheit geht noch vor der Hygiene sozusagen. (HAL\_EL\_01, Pos. 48)

Eine EL einer jüdischen Einrichtung berichtete außerdem, die Vorstellung, demente Bewohner\*innen in ihren Zimmern einzusperren, aufgrund deren traumatischer Erfahrungen während der Zeit des Nationalsozialismus als unerträglich zu empfinden.

Mitunter wurde auch eine Ambivalenz der EL in Bezug auf die Maßnahmen deutlich, die sich in Abwägungsüberlegungen zwischen den individuellen Freiheitsrechten und Präferenzen einzelner Bewohner\*innen und dem Gemeinwohl sowie dem Gebot, vulnerable Gruppen zu schützen, äußerte.

Oder ein Bewohner, der hier lebt, der gesagt hat: „Ich gehe jetzt in die Waschküche und das ist mir ganz egal, ob jetzt Coronapandemie haben oder nicht, ich gehe jetzt da runter.“ Wo wir dann auch gesagt haben: „Was können wir tun?“ Dieser Mensch hat natürlich das Recht dazu, aber er gefährdet auf der anderen Seite das Wohl einer Gemeinschaft. Wenn er jetzt in einem Apartment leben würde, wäre er ein Mieter, dann wäre das eine andere Situation. Aber hier leben viele multimorbide Menschen, auf die man Rücksicht nehmen muss. (LUE\_EL\_04, Pos. 37)

Neben der Einschränkung von Freiheitsrechten wurde auch der zeitliche Rahmen der Maßnahmen problematisiert und eine kurze Dauer der Maßnahmen mitunter explizit als Rahmenbedingung für deren Akzeptabilität genannt. Zudem wurden, insbesondere im Zusammenhang mit einer langen Dauer, Bedenken bezüglich negativer Effekte von Isolationsmaßnahmen geäußert. Gleichzeitig wurde demgegenüber die Angst, im Falle eines Ausbruchs beschuldigt zu werden, als Grund für die Aufrechterhaltung von eigentlich als problematisch angesehenen Maßnahmen genannt.

So und ich habe da schon immer gedacht, wir können doch nicht hier ein bis einhalb Jahre, bis ein Impfstoff da ist, unsere Bewohner wegsperren. Das geht doch nicht. Aber immer wieder so, wenn man da was anders macht, auch diese ganz klare Gefahr, wenn hier was ausbricht, wird zunächst danach gesucht, war das Heim zu blöd, ein Pandemieplan aufzustellen und originär durchzusetzen. Und diese Angst war wirklich da. (LUE\_EL\_01, Pos. 159)

### 3.7 Ausnahmeregelungen

Den Berichten ist zu entnehmen, dass unter bestimmten Umständen Ausnahmeregelungen für Besuchs- und Kontaktbeschränkungen getroffen wurden. Gründe hierfür waren palliative Situationen, schlechter Allgemeinzustand sowie Krankheitsschübe und Nahrungsverweigerung der Bewohner\*innen. Dabei wurde auch thematisiert, dass eine ethische Abwägung zwischen den Freiheitsrechten der von den Ausnahmeregelungen Betroffenen und dem Schutz der übrigen Bewohner\*innen stattfinden musste.

Und diese Ausnahmen müssen schon fachlich oder ethisch begründet sein, weil wir wirklich den Schutz der anderen Bewohner in der Wohngruppe eigentlich so weitestgehend aufrechterhalten. Ja, Spagat wirklich zwischen den Freiheitsrechten und dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit von ja den anderen Bewohnern. (FUL\_EL\_04, Pos. 31)

### 3.8 Ämter und Behörden, Politik und Gesellschaft

#### 3.8.1 Unterstützung durch Ämter und Behörden

Es wurde beklagt, dass insbesondere am Anfang der Pandemie wenig Informationen und Unterstützung durch behördliche Stellen z.B. bei der Beschaffung von Schutzkleidung und der Erstellung von Hygienekonzepten sowie dem Umgang mit freiheitseinschränkenden Maßnahmen erhalten worden waren, und dass die Unterstützung zu spät erfolgt sei und eher in der Akutphase nötig gewesen wäre. Erklärt wurde die mangelnde Unterstützung mit einer Überlastung der Ämter und deren eigener Unvorbereitetheit.

Was ich dort wahrgenommen habe, ist, dass wir absolut KEINE Unterstützung hatten [...] von irgendwelchen Ämtern und Behörden. Im Gegenteil, wir sollten es machen wie in DDR-Zeiten, Windeln umbinden und solche Aussagen, also NICHTS Brauchbares. Also die kamen mir sehr überlastet vor. (HAL\_EL\_02, Pos. 3)

Überdies fanden sich auch Berichte darüber, zwar wenig Unterstützung durch öffentliche Stellen erhalten zu haben, diese aber auch nicht gebraucht zu haben. Eine EL erzählte, zwar ausreichend Informationen erhalten zu haben, dass die nötigen Mittel zur Umsetzung allerdings gefehlt hätten. Demgegenüber wurde

jedoch auch von einer durchaus guten Zusammenarbeit mit dem Gesundheitsamt, insbesondere im späteren Verlauf der Pandemie, aber auch in Zeiten vor der Pandemie berichtet.

Das ist ja wirklich eine sehr enge Zusammenarbeit, auch mit dem Gesundheitsamt und mit der Stadt .... Manchmal war es ein bisschen undurchsichtig, da hatten wir aber kurzfristig wirklich unseren Ansprechpartner im Gesundheitsamt, wenn wir unseren Pandemieplan oder Hygieneplan anpassen mussten, wegen der Besuchsregelung und Abstandsregelung, aber da gab es überhaupt keine Probleme und auch keine Schwierigkeiten. (LUE\_EL\_03, Pos. 21)

#### 3.8.2 Kommunikationsdefizite, unklare Zuständigkeiten und widersprüchliche Anordnungen

Kritisiert wurde neben mangelnder Präsenz vor Ort von Gesundheitsamt und Heimaufsicht insbesondere eine unzureichende Vernetzung sowie Kommunikationsdefizite der Behörden, da dies mitunter zu widersprüchlichen Anweisungen und dem Problem unklarer Zuständigkeiten geführt habe.

Das war am Anfang eigentlich wirklich schwierig. Es gab ja Anweisungen sozusagen, die manchmal konträr gewesen sind, von Seiten der Stadt, von Seiten des Sozial- und Jugendamtes, die sich dann irgendwann nochmal miteingegliedert hatten, vom Gesundheitsamt, von der Heimaufsicht. Also man wusste irgendwann wirklich nicht, wer ist jetzt/ Wer hat wem etwas zu sagen und nach was soll man sich richten. (FUL\_EL\_04, Pos. 49)

Zudem hatte sich für die Heime ein erheblicher Aufwand durch die Notwendigkeit mehrfacher, separater Informationsübermittlung an die verschiedenen Behörden ergeben. Als Verbesserungsvorschläge wurden z.B. eine Bündelung der Kommunikation durch zentrale Ansprechpartner\*innen und eine verbesserte Vernetzung von Einrichtungen und Behörden, insbesondere Gesundheitsamt, Heimaufsicht und Betreuungsaufsicht, durch beispielsweise eine gemeinsame Task Force, genannt.

Thematisiert wurde außerdem die Schwierigkeit, die Flut häufiger neuer Gesetze und Verordnungen unmittelbar umzusetzen. Insbesondere wurde auch der Wunsch geäußert, früher durch die Politik über geplante Maßnahmen informiert worden zu sein. Dadurch, dass die Einrichtungen meist erst gleichzeitig mit der Öffentlichkeit informiert worden seien, sei es schwierig gewesen, den Anforderungen der Menschen an eine zeitnahe Umsetzung der durch die Politik zugesagten Maßnahmen gerecht zu werden.

Das heißt, ich muss mir von Donnerstag auf Montag etwas aus dem Ärmel schütteln, weil heute stehen die Leute da und sagen: „So, wir dürfen jetzt dreimal so viel besuchen, wir wollen das jetzt.“ Und dann stehen wir da und müssen sagen: „Nein, wir müssen erst noch die Plexiglasscheiben besorgen, wir müssen die Räume herrichten, wir müssen die Mitarbeiter informieren, das dauert noch eine gute Woche.“ Und dann sind die natürlich gleich wieder angepisst, weil die Politik hat ja gesagt, das geht. Und das wäre einfach schön, wenn wir da ein paar Tage Vorlauf hätten. (FUL\_EL\_01, Pos. 61)

### 3.8.3 Mangelnde Umsetzbarkeit von Quarantäne

Den Berichten ist zu entnehmen, dass eine fehlende Umsetzbarkeit von Quarantänemaßnahmen in Verbindung mit bestimmten Anordnungen als problematisch angesehen wurde und mitunter zu Schwierigkeiten oder erheblichem Mehraufwand geführt hat. Dies betraf z.B. die fehlende Möglichkeit zur Kohortenisolation von Menschen mit Demenz, Rückübernahmeverbote aus Krankenhäusern sowie die Anordnung, Bewohner\*innen bei fehlender Durchführbarkeit von Quarantäne in die Häuslichkeit zu entlassen.

So und was passiert, wenn da Leute raus sind, müssen wir sie dann in Quarantäne stecken und können das nicht? Oder müssen wir das machen, was vom Gesundheitsamt gesagt wurde, dann müssen die halt nach Hause ... Wenn ihr sie nicht in Quarantäne nehmen könnt. Wobei meine Leute ja nicht hier sind, die hoch Demenzerkrankten, weil die Leute zuhause zu faul sind, ne? Und also das ist für mich so der dritte Zyklus, wenn ich das mal so auf die Schnelle erzählen will (lacht). (LUE\_EL\_01, Pos. 13-15)

Ein dementer Bewohner sei zudem beispielsweise über mehrere Wochen mehrere Stunden pro Tag beim Spazierengehen begleitet worden, um sicherzustellen, dass keine Kontakte stattfinden, da sonst laut Verordnung eine Quarantäne notwendig gewesen wäre. In Bezug auf Rückübernahmeverbote wurde insbesondere die Gefahr einer medizinischen Unterversorgung problematisiert.

### 3.8.4 Rechtssicherheit und Verantwortungsübernahme

Ein wichtiges Thema stellte für die EL das Gefühl der Rechtsunsicherheit durch mangelnde oder widersprüchliche Informationen dar sowie das Gefühl, es werde sowohl auf behördlicher als auch politischer und gesellschaftlicher Ebene versucht, die Verantwortung für schwierige Entscheidungen und die Schuld im Falle eines Infektionsgeschehens bewusst an die Einrichtungen abzuschieben. Konkret wurde problematisiert, dass bewusst keine schriftlichen Informationen von Behörden gegeben würden, damit diese im Nachhinein nicht in die Ver-

antwortung gezogen werden könnten. Auch wurde kritisiert, dass als problematisch angesehene Maßnahmen wie beispielsweise der Bauzaun nicht offiziell angeordnet worden seien. Es wurde ferner beklagt, dass die Einrichtungsleitungen durch abwägungsbedürftige und mitunter widersprüchliche Verordnungen vor Dilemmata, wie beispielsweise das einer im Rahmen der Maßnahmen zum Infektionsschutz bestehenden Ungleichbehandlung der Bewohner\*innen im Vergleich zum Rest der Gesellschaft, gestellt würden.

Ja, weil die die Entscheidung auf uns abladen, der Staat. Die Verordnungen sind immer so geschrieben, ... dass du immer drinstehen hast, dass nach bürgerlichem Recht der Heimbewohner das gleiche Recht hat wie andere auch, sage ich jetzt mal, also zusammengefasst, kurzgehalten (unv.) Und dann kommt immer der nächste Satz danach, dass die Heimleitung aber im Sinne der Mitarbeiter und im Sinne der anderen Bewohner schützende Maßnahmen/ das abzuwägen hat, schützende Maßnahmen auch zu tun hat. Und ich sage jetzt mal, schlussendlich bist du der Gelackmeierte, egal, wie du es drehst. Der Druck wird auf die Hausleiter abgeladen. Die Gesellschaft bildet nicht die/ oder die Politik bildet nicht die Antwort oder gibt, sagen wir mal, das nicht vor, oder?, sondern es wird auf uns abgeladen. Egal, wie du es machst, du kannst es schlussendlich nur falsch machen. (HAL\_EL\_04, Pos. 150)

Ein Problem stellte zudem dar, dass sich die EL in der Situation befinden, ohne juristische Ausbildung Vorgaben und Gesetzestexte auslegen zu müssen und gleichzeitig als haftbar ausgewiesen zu werden.

Und man kriegt halt, das ist immer das Problem, das Land schreibt ein Erlass, dann macht jeder kleine Kreis daraus eine Allgemeinverfügung und dann fängt der kleine Heimleiter Herr EL an. Er liest erst den Erlass, ist aber kein Fachanwalt für Infektiologie oder Infektionsschutzgesetz. Legt das für sich aus, dann kommt die Allgemeinverfügung, die legt der kleine ... für sich aus und muss hoffen, dass er es richtig auslegt. ... Danach kam eine sogenannte Durchführungsverordnung mit Beispielen, wie damit umzugehen ist. Da stand dann auch ganz klar drin, das ist eine Verantwortung der Einrichtung und das Gesundheitsamt hat eventuelle Nachfragen, die das und das und das beinhalten, zurückzuweisen und das Heim haftet. Also auch hier ganz klar, ihr seid schuld.“ (LUE\_EL\_01, Pos. 171)

Es ist auch deutlich geworden, dass ein erheblicher gesellschaftlicher und medialer Druck empfunden wird. In diesem Zusammenhang wurde der Wunsch nach einem offeneren gesellschaftlichen Diskurs bezüglich der Frage der Abschottung der Pflegeheime und der Abwägung zwischen Selbstbestimmung und dem Schutz vulnerabler Gruppen geäußert. Dabei wurde Skepsis bezüglich der Möglichkeit einer dauerhaften Abschottung der Heime aufgrund negativer Konsequenzen längerfristiger Isolation geäußert.

Also die psychische Komponente ist natürlich, das hatte ich in einigen Gesprächen gehabt, dass man sagt, dass die Gesellschaft beziehungsweise, dass es dann immer durch die Medien geht, wenn in einem Pflegeheim ein Covid-19-Ausbruch war, das ausgeschlachtet wurde und das hat natürlich eine Zeit sehr auf mir gelastet. (HAL\_EL\_04, Pos. 34-36)

Den Berichten ist ferner zu entnehmen, dass insbesondere in der Anfangszeit der Pandemie große Unsicherheit bestand bezüglich der Umsetzung von FEM und der Einschränkung von Freiheitsrechten der Bewohner\*innen sowie bezüglich der Frage, wie im Falle einer tatsächlichen COVID-19-Infektion mit einer Nichteinhaltung von Isolationsmaßnahmen umgegangen werden sollte. Berichtet wurde von fehlenden, aber auch zunächst falschen oder mindestens widersprüchlichen Informationen durch beispielsweise die Heimaufsicht bis hin zu der Tatsache, dass Politik und Behörden mitunter ihre Zuständigkeit völlig verneint hätten.

Ähm, oder wegen der freiheitsentziehenden Maßnahmen. Wie soll das denn geregelt werden, wenn jetzt wirklich unsere hochgradig dementen Bewohner. Die kann ich ja nicht in ein Zimmer einsperren oder ich kann sie auch nicht sezieren [sic]. Wie soll das denn gehandhabt werden, Fragen sie das Gesundheitsamt, die sagen wieder: Fragen sie das Amtsgericht. Na, also, meine Güte, ich schicke hier schon die E-Mails, mit denen ich schon Hilfe gesucht habe, gleich mit. Dann habe ich an Herrn Spahn geschrieben, da wurde mir gesagt, also wir sind dafür gar nicht zuständig. (HAL\_EL\_01, Pos. 10)

### 3.9 Interne Umsetzung behördlicher Vorgaben

In den Interviews finden sich zum Teil Berichte, dass die Schließung der Einrichtungen im Sinne von Besuchsverboten schon sehr früh und noch bevor diese offiziell durch Behörden angeordnet worden waren, umgesetzt oder von Mitarbeitenden gewünscht worden waren. Auch mussten bestimmte Maßnahmen auf behördliche Anweisung hin wieder rückgängig gemacht werden, weil sie als zu strikt befunden worden waren, bzw. zuvor abgesagte Therapien wieder zugelassen werden.

Also wir hatten, bevor schon dieses generelle, ähm, Kontaktverbot sozusagen ausgesprochen wurde. Haben wir einfach gesagt, ok, wir machen hier die Schotten dicht. (HAL\_EL\_01, Pos. 18)

## 4 Diskussion

### 4.1 Zusammenfassung und Interpretation der Ergebnisse

Es hat sich gezeigt, dass der theoretisch postulierte Wertkonflikt zwischen dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Selbstbestimmung der Bewohner\*innen durch die Maßnahmen zum Infektionsschutz auch in der Praxis existiert und von den EL als solcher empfunden wird. Dies drückte sich in mitunter ambivalenten Gefühlen und Abwägungsüberlegungen bezüglich dieser Maßnahmen aus. Zudem wurden auch emotionale Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einem als freiheitseinschränkend erlebten Charakter der Maßnahmen zum Infektionsschutz geäußert. Auch in Bezug auf die Bewohner\*innen weisen die Interviews darauf hin, dass zwar einerseits Angst vor einer Infektion mit COVID-19 und in der Folge Dankbarkeit für konsequente Schutzmaßnahmen besteht, die Bewohner\*innen mitunter jedoch auch sehr unter den Maßnahmen und der dadurch bedingten sozialen Isolation leiden und sich teilweise erheblich in ihrer Freiheit eingeschränkt fühlen.

Auffällig in diesem Zusammenhang ist der häufige Gebrauch von Gefängnisvergleichen und Begriffen aus dem Strafvollzug wie „Haft“, „Wärter“ und „Knast“, sowohl seitens der Bewohner\*innen als auch der EL. Haft meint letztlich Haftstrafe, also Freiheitsentzug als Folge einer Straftat. Die Bewohner\*innen sind jedoch keine Straftäter\*innen und sollen eigentlich durch die Maßnahmen nicht bestraft, sondern geschützt werden (Blättner, Freytag 2021, 77). Ein gewisser Strafcharakter klingt jedoch in einigen der berichteten Maßnahmen durchaus an, insbesondere im Zusammenhang mit dem Umgang von Nichtakzeptanz und Quarantänemaßnahmen. So wurde beispielsweise berichtet, mit Quarantäne gedroht zu haben, falls sich Bewohner\*innen nicht an Hygienevorgaben hielten, was letztlich in den Bereich psychischer Gewalt fällt. Zudem wurde Quarantäne beispielsweise nach Ausgängen verordnet, wobei mitunter nur solche Bewohner\*innen in Quarantäne zu gehen brauchten, die sich nach Einschätzung des Personals nicht an Hygienevorschriften hielten, solche, die sich daran hielten, jedoch davon ausgenommen wurden. Positiv interpretiert stellt dies den Versuch dar, zumindest einigen die Quarantäne zu ersparen. Gleichzeitig drängt sich aber auch die Frage der Willkür sowie ein Beigeschmack von „Belohnung“ und „Bestrafung“ regelkonformen bzw. nicht regelkonformen Verhaltens auf. Zudem scheint die Gefahr einer Benachteiligung besonders vulnerabler Gruppen, wie z.B. Bewohner\*innen mit Demenz, zu bestehen, welche Hygienevorschriften oftmals gar nicht einhalten können. Auch von Interessenvertretungen und aus verfassungsrechtlicher Perspektive werden Quarantäneanordnungen nach Ausgängen als unverhältnismäßig und Strafcharakter tragend kritisiert (BIVA-Pflegeschatzbund, 2020b; Hufen, 2020, S. 32-33).

#### **4.2 Der zeitliche Rahmen der Maßnahmen zum Infektionsschutz und das Problem einseitiger Fokussierung**

Gemäß dem Deutschen Ethikrat fordert „das Verhältnismäßigkeitsprinzip ... ein Einbeziehen der Zeitdimension“ (Deutscher Ethikrat 2020b, 5). In seiner Ad-Hoc-Empfehlung vom 18.12.2020 fordert der Deutsche Ethikrat zudem eine stringente Realisierung des § 28a Abs. 2 S. 2 IfSG, demgemäß ein „Mindestmaß an sozialen Kontakten“ für Pflegeheimbewohner\*innen gewährleistet sein muss (Deutscher Ethikrat 2020a). Aus juristischer Perspektive werden zeitlich unbegrenzte, komplette Besuchsverbote nach aktuellen Einschätzungen als verfassungswidrig angesehen (Hufen 2020, 29). Auch die EL problematisieren eine lange Dauer der Maßnahmen zum Infektionsschutz, insbesondere angesichts der möglichen negativen Konsequenzen für die Gesundheit der Bewohner\*innen. Dazu passt, dass von eher guter Akzeptanz der Maßnahmen durch die Bewohner\*innen insbesondere im Hinblick auf die Anfangszeit der Pandemie berichtet wurde, da die Angst vor einer Infektion mit COVID-19 bei einigen Bewohner\*innen noch im Vordergrund zu stehen schien, während die soziale Isolation mit zunehmender Dauer der Maßnahmen möglicherweise weniger kompensiert werden konnte. In der Tat sind soziale Isolation und Quarantäne nachweislich mit weitreichenden Gesundheitsrisiken und erhöhter Mortalität verbunden (Holt-Lunstad et al. 2015; Röhr et al. 2020). Hinzu kommt, dass Pflegeheimbewohner\*innen häufig eine verringerte Lebenserwartung aufweisen. In einer europaweiten Studie mit 57 Pflegeheimen verstarben 20 % innerhalb von 12 Monaten (Dichter et al. 2020; Vetrano et al. 2018). Negative Effekte der Maßnahmen zum Infektionsschutz für die psychische Gesundheit und die Lebensqualität der Bewohner\*innen sind also in besonderem Maße in Abwägungsüberlegungen einzubeziehen. Eine einseitige Fokussierung auf den Infektionsschutz, nicht nur, aber insbesondere auch am Lebensende, wird auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive kritisiert.

Obwohl das Leben in jeder Lebensstufe und bis zum Tode grundsätzlich gleichwertig ist, kann der Schutz der bloßen physischen Existenz gegenüber der psychischen Gesundheit zurücktreten, wenn der nahende Tod, eine schwere Krankheit, ein hohes Lebensalter oder ohnehin vorhandene starke körperliche Beeinträchtigungen dies nahelegen. (Hufen, 2020, S. 19)

#### **4.3 Weitere zentrale Spannungsfelder**

Im Kontext der Einschränkung von Freiheitsrechten der Bewohner\*innen wurden weitere zentrale Spannungsfelder thematisiert, die in diesem Zusammenhang eine Rolle spielten.

Zunächst ist die Frage nach der Gleichbehandlung der Bewohner\*innen zu nennen. Diese bezog sich in den Interviews einerseits auf Bewohner\*innen untereinander, beispielsweise im Rahmen der in Abhängigkeit von der Einhaltung von Hygieneregeln verordneten Quarantänemaßnahmen. Andererseits war insbesondere auch das Verhältnis der Bewohner\*innen zur Gesellschaft ein wichtiges Thema. Die Tatsache, dass Bewohner\*innen von Pflegeheimen beispielsweise im Rahmen der Besuchsverbote mit stärkeren Einschränkungen konfrontiert waren als der Rest der Gesellschaft, wird auch von Interessenvertretungen wie dem BIVA-Pflegeschatzbund kritisiert (BIVA-Pflegeschatzbund 2020c). Begründung für die Maßnahmen ist in der Regel die besondere Vulnerabilität der Gruppe der Pflegeheimbewohner\*innen. Gemäß dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ist eine Diskriminierung pflegebedürftiger Menschen jedoch unzulässig. Die undifferenzierte Einstufung dieser Gruppe als besonders vulnabel bei gleichzeitiger Vernachlässigung des Gesundheitsrisikos, welches mit der sozialen Isolation, die durch die Maßnahmen zum Infektionsschutz mitunter verursacht wird, einhergeht, stößt auf Kritik und wird im Zusammenhang mit Altersdiskriminierung diskutiert (Fischer et al. 2020).

Ein weiteres zentrales Thema betraf in den Berichten das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft. Dabei wurde auf das Spannungsfeld zwischen Rechten und Bedürfnissen einzelner Bewohner\*innen einerseits und dem Schutz der übrigen Bewohner\*innen sowie des Gemeinwohls andererseits abgestellt. Thematisiert wurde dies insbesondere im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung von Maßnahmen zum Infektionsschutz durch Bewohner\*innen sowie im Zusammenhang mit bestimmten Ausnahmeregelungen, die beispielsweise für Besuchsverbote getroffen wurden. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Relationalität von Freiheitsrechten in den Blick genommen werden muss (Zaborowski 2021, 17 ff.). Die Feststellung, dass die eigene Freiheit dort ihre Grenzen findet, wo die Rechte eines anderen verletzt werden, und somit auch Grundrechte dort ihre Schranken haben, wo Grundrechte Dritter verletzt werden, erscheint zunächst banal. Im Kontext der Isolation von Pflegeheimen und deren Bewohner\*innen ist dies jedoch von entscheidender Relevanz. Zwar wird die mangelnde Beachtung des Selbstbestimmungsrechts der Pflegeheimbewohner\*innen im Zuge der Maßnahmen zum Infektionsschutz zu Recht kritisiert (BIVA-Pflegeschatzbund 2020c). Blättner und Freytag weisen jedoch darauf hin, dass die Idee der informierten Einwilligung in diesem Zusammenhang an Grenzen stößt, da Entscheidungen eben nicht nur mit Blick auf einzelne Bewohner\*innen getroffen werden können, sondern auch mögliche negative Konsequenzen für andere Bewohner\*innen bedacht werden müssen (Blättner und Freytag 2021, 85 f.). Aus den Interviews ist deutlich geworden, dass die EL innerhalb der Bewohnerschaft mit pluralen und im Zweifelsfall diametralen Ansichten bezüglich der Maßnahmen zum Infektionsschutz konfron-

tiert waren. Das Schutzbedürfnis ist nicht bei allen Menschen gleich ausgeprägt. Der eine würde eine Coronainfektion möglicherweise der sozialen Isolation vorziehen, andere wiederum bekommen vielleicht ohnehin keinen Besuch und wollen geschützt werden. Erschwerend kommt hinzu, dass Bewohner\*innen mit Demenz unter Umständen/in der Regel nicht in die Maßnahmen einwilligen können und, wie aus den Interviews hervorgeht, sich auch nicht an die Maßnahmen halten können. Jedoch selbst wenn alle einwilligen könnten, stünden die EL nicht nur vor dem Dilemma, im Spannungsfeld zwischen Infektionsschutz und den Freiheitsrechten der Bewohner\*innen tragbare Lösungen zu finden, sondern mit möglicherweise völlig unterschiedlichen Bedürfnissen, Wertpräferenzen und Grundrechtsansprüchen innerhalb der Bewohnerschaft umzugehen. Blättner und Freytag diskutieren das Erzielen eines Konsens als Ideallösung, geben aber gleichzeitig zu bedenken, dass dies in der Realität schwer machbar sein dürfte (Blättner und Freytag 2021, 86). Mindestens die Einbeziehung von Bewohner\*innenvertretungen bei der heiminternen Umsetzung behördlicher Vorgaben, wie von der BIVA gefordert, scheint vor diesem Hintergrund jedoch geboten (BIVA-Pflegeschatz 2020c).

#### 4.4 Zusammenarbeit mit Ämtern und Behörden

Ferner deuten die Interviews auf die Notwendigkeit einer verbesserten Zusammenarbeit und Kommunikation zwischen öffentlichen Stellen untereinander sowie zwischen öffentlichen Stellen und Einrichtungen hin.

Obschon auch von guter Zusammenarbeit mit Ämtern und Behörden berichtet wurde, stellte sich vor allem die Interaktion mit Gesundheitsamt und Heimaufsicht in den Berichten als schwierig dar. Kommunikations- und Informationsdefizite im Sinne mangelnder oder widersprüchlicher Informationen sowie als praxisfern empfundene Anweisungen standen dabei im Zentrum. Da es sich bei dieser Studie um eine qualitative Befragung handelt, erhebt sie keinen Anspruch auf Repräsentativität. Abgesehen davon stehen diese Ergebnisse jedoch im Einklang mit einer Studie von Hower et al., in der 525 Leitungspersonen deutscher Pflegeeinrichtungen befragt wurden und „die Widersprüchlichkeit und Intransparenz arbeitswichtiger Informationen und Richtlinien“ als die mitunter größten Herausforderungen bewertet wurden (Hower et al. 2020, 207). In einer bundesweiten Online-Befragung von insgesamt 1524 ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen zu Bedarfen in der Langzeitpflege während der Pandemie wurden zudem widersprüchliche Informationen durch RKI, Gesundheitsamt und Träger sowie eine schlechte Umsetzbarkeit von Empfehlungen thematisiert und folglich einheitliche und praxisnahe Empfehlungen gefordert (Stolle et al., 2020).

#### 4.5 Rechtssicherheit

Zudem weisen die Interviews darauf hin, dass Defizite in Bezug auf eine ausreichende Rechtssicherheit für die Einrichtungsleitungen bestehen und diese möglicherweise einerseits mehr Aufklärung und auch Unterstützung, andererseits aber auch umsetzbare sowie hinreichend klare Vorgaben und ggf. Handlungsempfehlungen benötigen. Denn in den Interviews wurde ein Gefühl der Rechtsunsicherheit, welches mit unklaren oder fehlenden Informationen und auslegungsbedürftigen Verordnungen und Gesetzen einherging, problematisiert und mitunter auch betont, sich mit deren Auslegung als juristische Lai\*in überfordert zu fühlen. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass bestimmte Ausnahmen, wie sie gemäß den Interviews beispielsweise für Besuchsverbote in palliativen Situationen gemacht wurden, rechtlich betrachtet explizit vorgesehen waren und sind. Aus juristischer Perspektive wird betont, dass solche Ausnahmebestimmungen nicht lediglich als Optionen zu betrachten, sondern obligatorisch auszuschöpfen sind. Insbesondere in palliativen Situationen wird ein Besuchsverbot mitunter als verfassungswidrig, weil gegen die Menschenwürde verstoßend, angesehen (Hufen 2020, 20). Die Interviews weisen jedoch darauf hin, dass die EL zwar mitunter instinktiv großes Engagement zeigten, um Besuche in beispielsweise palliativen Situationen zu ermöglichen. Ein Bewusstsein bezüglich der rechtlichen Verbindlichkeit solcher Ausnahmebestimmungen ist aus den Interviews jedoch nicht primär erkennbar.

Ferner legen die Interviews nahe, dass das Gefühl der Rechtsunsicherheit zusammen mit hohem gesellschaftlichem und mitunter auch behördlichem Druck mit großer Angst, Fehler zu machen und rechtlich belangt zu werden, verbunden ist. Die EL beklagen, sich mit der Verantwortung für dilemmatische Entscheidungen mitunter sehr allein gelassen zu fühlen. Eine solche Konstellation aus ethisch dilemmatischen Entscheidungssituationen, hohem gesellschaftlichem Druck und Haftungsangst dürfte eine an den Bedürfnissen der Bewohner\*innen orientierte Abwägung von Maßnahmen mindestens nicht befördern, wenn sie sie nicht gar völlig verhindert. Zwar zeigt sich in den Berichten bezüglich des Umgangs mit Nichtakzeptanz, dass die Freiheitsrechte der Bewohner\*innen grundsätzlich ernstgenommen und nicht leichtfertig eingeschränkt werden. Zudem wird die Ablehnung von Zwangsmaßnahmen betont, nicht zuletzt auch aufgrund des Bewusstseins um deren Strafbarkeit bei mangelnden Rechtfertigungsgründen. Gleichzeitig finden sich aber auch Beispiele für drastische Maßnahmen wie die Errichtung eines Bauzauns oder die Beauftragung eines Sicherheitsdienstes, welche teilweise – wie im Falle des Sicherheitsdienstes – auch nicht hinterfragt wurden. Die Angst vor Rechtsfolgen stellt erwiesenermaßen einen wichtigen Grund dar, warum FEM von Pflegenden unter Umständen als erforderlich angesehen werden (Köpke et al. 2015, 30). In den Interviews wur-

de die Angst, im Falle eines Ausbruchs beschuldigt zu werden, als Grund für die Aufrechterhaltung von Maßnahmen wie dem Bauzaun, der aufgrund seines freiheitseinschränkenden Charakters eigentlich als äußerst problematisch angesehen wurde, genannt. Die Kritik von Interessenverbänden, Heime hätten Verordnungen teilweise über das erforderliche Maß hinaus und zu streng umgesetzt, weist in dieselbe Richtung, und auch in den Interviews fanden sich Beispiele, in denen berichtet wurde, dass Maßnahmen, noch bevor Verordnungen in Kraft traten, umgesetzt oder im Nachhinein von offiziellen Stellen als zu drastisch bewertet wurden und wieder rückgängig gemacht werden sollten (BIVA-Pflegeschutzbund 2020c). Gleichzeitig wurde auch in Zusammenhang mit behördlichen Aktivitäten explizit die Befürchtung geäußert, dass das Wohl der Bewohner\*innen in den Hintergrund gerate, da es lediglich darum ginge die Schuld an die Heime abzuschieben.

Vor diesem Hintergrund ist die Forderung nach „Rechtssicherheit als Minimalanforderung für Pflegebedürftige und Pflegende“ umso dringlicher zu betonen (Giese 2020, 104).

Die EL sind überdies nicht die Einzigen, die die Übertragung der Verantwortung für die genaue Ausgestaltung von Besuchs-, Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen auf die Einrichtungen beklagen und diese nicht zuletzt auch aufgrund mangelnder juristischer Expertise als völlige Überforderung empfinden. Denn es werden Zweifel geäußert, dass das IfSG den sogenannten Bestimmtheitsgrundsatz erfüllt, der im Staatsrecht besagt, dass eine Ermächtigungsgrundlage so klar formuliert sein muss, dass behördliche Eingriffe nicht willkürlich erfolgen können. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive werden in diesem Zusammenhang

die nahezu uneingeschränkten Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Behörden und Heimleitungen, die die Möglichkeiten zur Ausübung grundlegender Freiheitsrechte vom Zufall und der jeweiligen Einschätzung der Aufsichtsbehörden und der Heimleitungen abhängig machen [...]

(Hufen 2020, 23)

kritisiert.

## 5 Fazit

Diese Studie hatte zum Ziel, das Spannungsfeld der Einschränkung von Freiheitsrechten der Bewohner\*innen von Pflegeheimen durch die Maßnahmen zum Infektionsschutz im Rahmen des Sars-CoV-2-Ausbruchs in Deutschland aus der Sicht von Einrichtungsleitungen zu untersuchen. Dabei hat sich gezeigt, dass dieses Spannungsfeld für die EL ein wichtiges Thema darstellt und sowohl für diese selbst, als auch für die Bewohner\*innen mit emotionalen Schwierigkei-

ten und mitunter ambivalenten Gefühlen verbunden ist. Für die EL stehen dabei neben der Abwägung zwischen dem Infektionsschutz und den Freiheitsrechten der Bewohner\*innen sowie möglichen negativen Folgen der Maßnahmen zum Infektionsschutz für die Gesundheit der Bewohner\*innen auch Gerechtigkeitsfragen im Sinne der Gleichbehandlung der Bewohner\*innen im Zentrum. Obwohl Freiheitsrechte aus Sicht der EL betont werden und diese großes Engagement für die Rechte der Bewohner\*innen und Sorge bezüglich deren Leids zeigen, werden mitunter sowohl ethisch als auch rechtlich bedenkliche Maßnahmen berichtet. Diese standen teils direkt im Zusammenhang mit behördlichen Forderungen, wurden aber auch unabhängig davon oder teils über das notwendige Maß behördlicher Verordnungen hinaus getroffen. Die Interviews legen nahe, dass unter anderem möglicherweise Informationsdefizite, Rechtsunsicherheit sowie gesellschaftlicher Druck hierbei eine Rolle gespielt haben. Es bliebe zu untersuchen, inwieweit ein Mangel an Schutzkleidung oder Personal eine übermäßig strikte Umsetzung von Maßnahmen begünstigt hat und welche Voraussetzungen wiederum auf Heimebene für eine optimale Versorgung der Bewohner\*innen vorliegen müssen.

Weiterhin ist deutlich geworden, dass im Kontext der Maßnahmen zum Infektionsschutz das Thema des Umgangs mit Bewohner\*innen mit kognitiver Einschränkung und Demenz eine zentrale Rolle spielt und mit Schwierigkeiten sowie großer Unsicherheit verbunden ist, da die Umsetzung der Maßnahmen bei Bewohner\*innen mit Demenz häufig nicht oder nur eingeschränkt möglich ist und gleichzeitig Informationsdefizite bestehen, wie mit diesem Umstand umgegangen und im Falle von Nichteinhaltung vorgegangen werden sollte. Hier gilt es, ethisch und rechtlich fundierte Strategien eines möglichst effizienten Infektionsschutzes bei gleichzeitiger Minimierung von Leiden durch FEM sowie durch für diese Bewohner\*innen nicht verständliche Maßnahmen zu minimieren. Politik und Behörden müssen beim Beschluss von Maßnahmen auch die Realität der Pflegeeinrichtungen in den Blick nehmen und diese unter dem Gesichtspunkt der Umsetzbarkeit bedenken. Die Einrichtungen dürfen nicht mit unrealistischen Verordnungen sich selbst überlassen werden.

In Bezug auf die Akzeptanz der Bewohner\*innen haben die Interviews gezeigt, dass der zeitliche Rahmen der Maßnahmen sowie Kompensationsmöglichkeiten eine wichtige Rolle spielen. Insbesondere ist aber auch eine Pluralität der Wertpräferenzen deutlich geworden. Daher sollte in der Diskussion um die Maßnahmen auch die Relationalität von Freiheitsrechten in den Blick genommen werden. Vor diesem Hintergrund sind ein gesamtgesellschaftlicher Diskurs sowie Verantwortungsübernahme der Politik für umsetzbare und klare Vorgaben notwendig.

## 6 Limitation

Die Nähe zum Gegenstand verlangt eine zum Forschungsgegenstand passende Methode sowie eine Annäherung an die Interessen und konkreten sozialen Probleme der Studienteilnehmenden, sodass ein Laborsetting möglichst vermieden wird (Mayring, 2002, S. 146). Die Einrichtungsleitungen wurden in ihrem jeweiligen Berufssetting befragt. Insbesondere die ausreichende Offenheit des Interviewverfahrens ermöglichte es den EL, die für sie aktuell wichtigen Themen in den Vordergrund zu stellen. Als Limitation ist zu nennen, dass es sich bei dieser Studie um eine Sekundäranalyse handelt und die Datenerhebung somit nicht explizit im Hinblick auf die Beantwortung der Forschungsfragen dieser Thesis konzipiert wurde. Weiterhin ist zu bedenken, dass es sich bei den Aussagen zur Akzeptanz der Bewohner\*innen um Fremdeinschätzungen handelt, da diese nicht selbst bezüglich ihrer Akzeptanz der Maßnahmen zum Infektionsschutz befragt wurden. Auch haben die EL vermutlich weniger direkten Bewohner\*innenkontakt als beispielsweise Pflegende oder Angehörige.

## 7 Literaturverzeichnis

Akademie für Ethik in der Medizin: Pflegeethische Reflexion der Maßnahmen zur Eindämmung von Covid-19, 2020, [https://www.aem-online.de/fileadmin/user\\_upload/2020\\_05\\_12\\_Pflegeethische\\_Reflexion\\_Papier.pdf](https://www.aem-online.de/fileadmin/user_upload/2020_05_12_Pflegeethische_Reflexion_Papier.pdf) (Stand: 06.12.2023).

Beauchamp T L, Childress J F: Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl., Oxford University Press 2019.

BIVA-Pflegeschatzbund: Besuchseinschränkungen in Alten- und Pflegeheimen wegen Corona. Die Regelungen in den einzelnen Bundesländern, 2020a, <https://www.biva.de/besuchseinschraenkungen-in-alten-und-pflegeheimen-wegen-corona/> (Stand: 14.11.2020).

BIVA-Pflegeschatzbund: Corona: Darf die Einrichtung Quarantäne verhängen?, 2020b, <https://www.biva.de/corona-darf-die-einrichtung-quarantaene-verhaengen/> (Stand: 06.12.2023).

BIVA-Pflegeschatzbund: Positionspapier: Ein halbes Jahr Corona im Pflegeheim – Was uns die Krise lehrt. Lebensqualität und Infektionsschutz aus Sicht des Verbraucherschutzes, 2020c, <https://www.biva.de/positionspapier-corona-im-pflegeheim-was-uns-die-krise-lehrt/> (Stand: 06.12.2023).

Blättner B, Freytag S: Gewalt in der stationären Altenpflege während der Maßnahmen zum Schutz vor Covid-19, in: Bonacker M, Geiger G (Hrsg.): Pflege in Zeiten der Pandemie. Wie sich Pflege durch Corona verändert hat, Leverkusen: Barbara Budrich 2021.

Bobbert M: Das Autonomierecht von Patient\*innen: vier Entfaltungen., in Monteverde S (Hrsg.): Handbuch Pflegeethik. Ethisch denken und Handeln in den Praxisfeldern der Pflege, 2. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer 2020.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen, 2019, <https://www.bmfsfj.de/blob/93450/534bd1b2e04282ca14bb725d684bdf20/charta-der-rechte-hilfe-und-pflegebeduerftiger-menschen-data.pdf> (Stand: 06.12.2023).

Comas-Herrera A, Zalakain J, Lemmon E, Henderson D, Litwin C, Hsu A T, Schmidt A E, Arling G, Fernandez J-L (2020). Mortality associated with COVID-19 outbreaks in care homes: early international evidence, International Long Term Care Policy Network, <https://itccovid.org/wp-content/uploads/2020/10/Mortality-associated-with-COVID-among-people-living-in-care-homes-14-October-2020-5.pdf> (Stand: 06.12.2023).

Damm R: Medizinrechtliche Grundprinzipien im Kontext von Pflege und Demenz – „Selbstbestimmung und Fürsorge“, in: MedR 2010, 28, 451-463, <https://doi.org/10.1007/s00350-010-2695-0>.

Deutscher Ethikrat: Demenz und Selbstbestimmung, Stellungnahme 2012, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-demenz-und-selbstbestimmung.pdf> (Stand: 06.12.2023).

53

Deutscher Ethikrat: Mindestmaß an sozialen Kontakten in der Langzeitpflege während der Covid-19-Pandemie, Ad-Hoc-Empfehlung 2020a, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-langzeitpflege.pdf> (Stand: 06.12.2023).

Deutscher Ethikrat: Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-Hoc-Empfehlung 2020b, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (Stand: 06.12.2023).

Deutsches Netzwerk Evidenzbasierte Medizin e.V.: Stellungnahme. Corona-Virus in unseren Pflegeheimen – ein evidenzfreies Drama in drei Akten, Stellungnahmen 2020, <https://www.ebm-netzwerk.de/de/veroeffentlichungen/pdf/stn-corona-pflegeheime-20200428.pdf> (Stand: 06.12.2023).

Dichter M N, Sander M, Seismann-Petersen S, Köpke S: COVID-19: It is time to balance infection management and person-centered care to maintain mental health of people living in German nursing homes, in: Int Psychogeriatr 2020, 32(10), 1157–1160, <https://doi.org/10.1017/s1041610220000897>.

Die Bundesregierung: Coronavirus in Deutschland. Die aktuellen Fallzahlen in Deutschland und weltweit, 2020, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-aktuell-1738048>. Hier finden sich jedoch nicht mehr die aktuellen Fallzahlen. Diese lassen sich auch nicht mehr auf der Seite der Johns Hopkins-Universität einsehen, die ihr Monitoring der Fallzahlen zum 10.03.2023 einstellte, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (Stand: 06.12.2023).

Dresing T, Pehl, T: Praxisbuch Transkription. Regelsysteme, Software und praktische Anleitungen für qualitative ForscherInnen, Eigenverlag 2021.

Fischer F, Raiber L, Boscher C, Winter M H-J: COVID-19-Schutzmaßnahmen in der stationären Altenpflege. Ein Mapping Review pflegewissenschaftlicher Publikationen, in: Pflege 2020, 33(4), 199–206, <https://doi.org/https://doi.org/10.1024/1012-5302/a000745>.

Flick U, von Kardoff E, Steinke I: Was ist qualitative Forschung? Einleitung und Überblick, in: Flick U, von Kardoff E, Steinke I (Hrsg.): Qualitative Forschung. Ein Handbuch, 13. Aufl., Hamburg: Rowohlt 2019.

Giese C: Menschenrechte in der Pflege angesichts Covid 19 – und das Recht Pflegender, sich im Arbeitsalltag nicht schuldig zu machen oder schuldig zu fühlen, in: Pflegewissenschaft 2020, 22(2), 103–105.

Hesse K: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., München: Beck 1999.

Holt-Lunstad J, Smith T B, Baker M, Harris T, Stephenson D: Loneliness and Social Isolation as Risk Factors for Mortality: A Meta-Analytic Review, in: *Perspect Psychol Sci* 2015, 10(2), 227-237, <https://doi.org/10.1177/1745691614568352>

Hower K I, Pfaff H, Pförtner T-K: Pflege in Zeiten von COVID-19: Onlinebefragung von Führungskräften zu Herausforderungen, Belastungen und Bewältigungsstrategien, in: *Pflege* 2020, 33(4), 207-218. <https://doi.org/10.1024/1012-5302/a000752>.

Hufen F: Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, Rechtsgutachten, Bundesarbeitsgemeinschaft der Seniorenorganisationen (BAGSO) 2020, [https://www.bagso.de/fileadmin/user\\_upload/bagso/06\\_Veroeffentlichungen/2020/Rechtsgutachten\\_Besuchseinschraenkungen\\_in\\_Pflegeheimen.pdf](https://www.bagso.de/fileadmin/user_upload/bagso/06_Veroeffentlichungen/2020/Rechtsgutachten_Besuchseinschraenkungen_in_Pflegeheimen.pdf) (Stand: 06.12.2023).

Hussy W, Schreier M, Echterhoff G: Forschungsmethoden in Psychologie und Sozialwissenschaften für Bachelor, 2. Aufl., Springer 2013.

Jox R J, Ach J S, Schöne-Seifert B: Der „natürliche Wille“ und seine ethische Einordnung, in: *Dtsch Arztebl* 2014, 111(10), A 394-6.

Keil G: Willensfreiheit und Determinismus, 2. Aufl., Ditzingen: Reclam 2018.

Köpke S, Möhler R, Abraham J, Henkel A, Kupfer R, Meyer G: Leitlinie FEM – Evidenzbasierte Praxisleitlinie Vermeidung von freiheitseinschränkenden Maßnahmen in der beruflichen Altenpflege, 1. Aktualisierung 2015, 2. Auflage, Universität zu Lübeck & Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2015, [http://www.leitlinie-fem.de/download/LL\\_FEM\\_2015\\_Auflage-2.pdf](http://www.leitlinie-fem.de/download/LL_FEM_2015_Auflage-2.pdf) (Stand: 06.12.2023).

Kuckartz U: Qualitative Inhaltsanalyse. Methoden, Praxis, Computerunterstützung, 4. Aufl., Weinheim: Beltz Juventa 2018.

Küspert P: Leben als höchstes Gut – juristisch betrachtet, in: Höfling S, Rösch E (Hrsg.): *Argumente und Materialien zum Zeitgeschehen (AMZ). Wem gehört das Sterben? Sterbehilfe und assistierter Suizid*, Hanns-Seidel-Stiftung, Akad. für Politik und Zeitgeschehen 2015, [https://www.hss.de/download/publications/AMZ\\_99\\_Sterben\\_05.pdf](https://www.hss.de/download/publications/AMZ_99_Sterben_05.pdf) (Stand: 06.12.2023).

Lauer S A, Grantz K H, Bi Q, Jones F K, Zheng Q, Meredith H R, Azman A S, Reich N G, Lessler J: The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: Estimation and Application, in: *Ann Intern Med* 2020, 172(9), 577-583, <https://doi.org/10.7326/M20-0504>.

Lay R: *Ethik in der Pflege. Ein Lehrbuch für die Aus-, Fort- und Weiterbildung*, Hannover: Schlütersche 2004.

Lind A-C: *Ethik in alltäglichen pflegerischen Situationen erkennen*, in: Riedel A, Linde A-C (Hrsg.): *Ethische Reflexion in der Pflege: Konzepte – Werte – Phänomene*, Springer 2028.

Mayring P: *Einführung in die qualitative Sozialforschung. Eine Anleitung zu qualitativem Denken*, 5. Auflage, Weinheim: Beltz 2002.

Mayring P: *Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken*, 12. Aufl., Weinheim: Beltz 2015.

McAloon C, Collins Á, Hunt K, Barber A, Byrne A W, Butler F, Casey M, Griffin J, Lane E, McEvoy D, Wall P, Green M, O’Grady L, More S J: Incubation period of COVID-19: a rapid systematic review and meta-analysis of observational research, in: *BMJ Open* 2020, 10, e039652, <https://doi.org/10.1136/bmjopen-2020-039652>.

Meyer G, Möhler R, Köpke S: *Freiheitsentziehende Maßnahmen in der Altenpflege. Beitrag der Wissenschaft zur Qualitätssicherung*, in: *Arztebl Sachsen* 2016, 2, 70-73, [https://www.slaek.de/media/dokumente/ueber-uns/presse/aerzteblatt/archiv/2011-2020/2016/02/0216\\_070.pdf](https://www.slaek.de/media/dokumente/ueber-uns/presse/aerzteblatt/archiv/2011-2020/2016/02/0216_070.pdf) (Stand: 06.12.2023).

Phelan A L, Katz R, Gostin L O: The Novel Coronavirus Originating in Wuhan, China. Challenges for Global Health Governance, in: *JAMA* 2020, 323(8), 709-710, <https://doi.org/doi:10.1001/jama.2020.1097>.

Remmers H: *Diskussion ethischer Bezugspunkte professionellen Pflegehandelns. Ethik in der Pflege*, in: Riedel A, Linde A-C (Hrsg.): *Ethische Reflexion in der Pflege: Konzepte – Werte – Phänomene*, Springer 2018.

Robert Koch-Institut (RKI): COVID-19: Fallzahlen in Deutschland und weltweit, 2020a. Das Pandemieradar des RKI wurde zum 01.07.2023 eingestellt, siehe [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html). Daten sind nun über <https://corona-pandemieradar.de/de/inzidenz> abrufbar (Stand: 06.12.2023).

Robert Koch-Institut (RKI): *Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19*, 2020b, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=BB3C19BF25B708A6AA5D5BECE188FC4F.internet091#doc13776792bodyText1](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=BB3C19BF25B708A6AA5D5BECE188FC4F.internet091#doc13776792bodyText1) (Stand: 06.12.2023).

Röhr S, Müller F, Jung F, Apfelbacher C, Seidler A, Riedel-Heller S G: *Psychosoziale Folgen von Quarantänemaßnahmen bei schwerwiegenden Coronavirus-Ausbrüchen: ein Rapid Review*, in: *Psychiat Prax* 2020, 47, 179-189, <https://doi.org/10.1055/a-1159-5562>.

Salloch S, Ritter P, Wäscher S, Vollmann J, Schildmann J: Was ist ein ethisches Problem und wie finde ich es? Theoretische, methodologische und forschungspraktische Fragen der Identifikation ethischer Probleme am Beispiel einer empirisch-ethischen Interventionsstudie, in: *Ethik Med* 2016, 28, 267–281, <https://doi.org/10.1007/s00481-016-0384-x>.

Sauer T: *Zur Perspektivität der Wahrnehmung von Pflegenden und Ärzten bei ethischen Fragestellungen. Empirische Daten und theoretische Überlegungen*, in: *Ethik Med*, 27, 123-140, <https://doi.org/10.1007/s00481-014-0291-y>.

Schreier M: *Varianten qualitativer Inhaltsanalyse: Ein Wegweiser im Dickicht der Begrifflichkeiten*, in: *Forum Qualitative Sozialforschung* 2014, 15(1), Art. 18, <https://doi.org/https://doi.org/10.17169/fqs-15.1.2043>.

Stolle C, Schmidt A, Domhoff D, Friedrich A C, Heinze F, Preuß B, Seibert K, Rothgang H, Wolf-Ostermann K: *Bedarfe der Langzeitpflege in der COVID-19-Pandemie*, in: *Z Gerontol Geriat* 2020, 53, 788-795, <https://doi.org/10.1007/s00391-020-01801-7>.

Vetrano D L, Collamati A, Magnavita N, Sowa A, Topinkova E, Finne-Soveri H, van der Roest H G, Tobiasz-Adamczyk B, Giovannini S, Ricciardi W, Bernabei R, Onder G, Poscia A: Health determinants and survival in nursing home residents in Europe: Results from the SHELTER study, in: *Maturitas* 2018, 107, 19-25, <https://doi.org/10.1016/j.maturitas.2017.09.014>.

Wang D, Hu B, Hu C, Zhu F, Liu X, Zhang J, Wang B, Xiang H, Cheng Z, Xiong Y, Zhao Y, Li Y, Wang X, Peng Z: Clinical Characteristics of 138 Hospitalized Patients with 2019 Novel Coronavirus-Infected Pneumonia in Wuhan, China., in: *JAMA* 2020, 323(11), 1061-1069, <https://doi.org/10.1001/jama.2020.1585>.

Weltgesundheitsorganisation (WHO): Naming the coronavirus disease (COVID-19) and the virus that causes it, 2020a, [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it) (Stand: 06.12.2023).

Weltgesundheitsorganisation (WHO): WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020, 2020b, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Stand: 06.12.2023).

Wienbracke M: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: *Zeitschrift Für Das Juristische Studium (ZJS)* 2013, 2, 148-155, [http://zjs-online.com/dat/artikel/2013\\_2\\_681.pdf](http://zjs-online.com/dat/artikel/2013_2_681.pdf) (Stand: 06.12.2023).

Wulff I, Kalinowski S, Dräger D: Autonomie im Pflegeheim – Konzeptionelle Überlegungen zu Selbstbestimmung und Handlungsfähigkeit anhand eines Modells, in: *Pflege* 2010, 23(4), 240-248, <https://doi.org/10.1024/1012-5302/a000051>.

Wunder M: Demenz und Selbstbestimmung, in: *Ethik Med* 2008, 20, 17-25, <https://doi.org/10.1007/s00481-007-0529-z>.

Zaborowski H: Mitten im Sturm. Freiheit, Verantwortung und Menschenwürde angesichts der Corona-Pandemie, in: Bonacker M, Geiger G (Hrsg.): *Pflege in Zeiten der Pandemie. Wie sich Pflege durch Corona verändert hat*, Leverkusen: Barbara Budrich 2021.

Zhou F, Yu T, Du R, Fan G, Liu Y, Liu Z, Xiang J, Wang Y, Song B, Gu X, Guan L, Wei Y, Li H, Wu X, Xu J, Tu S, Zhang Y, Chen H, Cao B: Clinical course and risk factors for mortality of adult inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: a retrospective cohort study, in *Lancet* 2020, 395(10229), 1054–1062, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30566-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30566-3).

Sabine Sommerlatte ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Geschichte und Ethik der Medizin der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Mitglied der Ethik-Kommission des Landes Sachsen-Anhalt sowie Mitglied der Ethik-Kommission der Medizinischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

## Autonomie durch Algorithmen?

### Recht und Ethik der KI-gestützten Prädiktion von Behandlungsentscheidungen nicht einwilligungsfähiger Patienten\*

von Dominik Dahlhaus, Dipl.-Jur. Univ.

#### 1 Problemaufriss

Als *Predictive Analytics* wird das Erkennen von Mustern und Korrelationen in historischen Daten (*analyse*), um Prognosen zu treffen (*predict*), bezeichnet.<sup>1</sup> Neben diversen anderen Anwendungsfeldern<sup>2</sup> werden prädiktive Algorithmen zunehmend auch in der Medizin und im Gesundheitssystem eingesetzt.<sup>3</sup> Die damit verbundenen Erwartungen sind immens: Zum einen sollen sie *Public-Health*-Entscheidungen verbessern, indem solche Algorithmen etwa zur Vorhersage von Krankheitsausbrüchen<sup>4</sup> und für den Entwurf präventiver Gesundheitsprogramme<sup>5</sup> eingesetzt werden. Zum anderen sollen sie der Gesundheitsversorgung einzelner Patienten zugutekommen, indem sie die medizinischen Entscheidungen der Behandelnden zu verbessern helfen<sup>6</sup> – etwa durch individuelle Krankheitsprädiktion<sup>7</sup> und -prävention, genauere Diagnosen<sup>8</sup> und Verlaufsprognosen<sup>9</sup> sowie personalisierte Behandlungen<sup>10</sup>. Obschon bereits diese Arten der Anwendung prädiktiver Algorithmen vielfältige – und in einer Vielzahl von Arbeiten diskutierte – ethische und rechtliche Probleme aufwerfen, so stoßen sie doch meistens jedenfalls nicht auf durchgreifende Bedenken.<sup>11</sup>

Im Folgenden soll indes untersucht werden, ob dem auch so ist, wenn *Predictive Analytics* eingesetzt werden, nicht um eine Prognose über *objektive Grundlagen einer medizinischen Entscheidung* wie den wahrscheinlichen Behandlungserfolg verschiedener Therapieansätze oder die Überlebenswahrscheinlichkeit des Patienten zu treffen, sondern um eine Prognose darüber abzugeben, wie es um die *subjektiven Behandlungswünsche des Patienten* steht, das heißt darüber, ob er die Vor- oder Nichtvornahme einer bestimmten medizinischen Maßnahme wollen würde. Dabei kann etwa der Patient selbst auf *Predictive Analytics* zurückgreifen: Insbesondere wenn unter zeitlichem Druck eine existenzielle Entscheidung zu treffen ist, mag ein Gefühl der Überforderung nicht unwahrscheinlich sein; nicht selten lässt sich das eigene Verhalten in einer konkreten Ausnahmesituation nicht oder nur schlecht antizipieren; zum Teil mag eine Auseinandersetzung mit den eigenen Behandlungspräferenzen

\*Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 30.11.2019 auf dem Symposium *New Ideas for Medicine* an der Technischen Universität München, organisiert von Priv.-Doz. Dr. Dr. Alexander Zink, gehalten hat.

zen überhaupt noch nicht in einem ausreichenden Maße stattgefunden haben. Der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen soll auf dem zweiten Anwendungsszenario liegen, da dieses weitreichende ethische und rechtliche Fragen aufwirft: Denn *Predictive Analytics* könnten nach einem Vorschlag von Camillo Lamanna und Lauren Byrne auch eingesetzt werden, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist und daher nicht selbst entscheiden kann, zur Unterstützung des Vorsorgebevollmächtigten beziehungsweise Betreuers des Patienten oder des Arztes, wenn eine Einwilligung in eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden kann; sie bezeichnen ein solches Instrument als „Autonomy Algorithm“<sup>12</sup>.

Der erste Teil dieses Beitrags arbeitet heraus, wie ein solcher *Autonomy Algorithm* dem Patienten in einer Situation, in der er sein medizinisches Selbstbestimmungsrecht nicht mehr ausüben kann, gegenüber dem *status quo* ein Mehr an Patientenautonomie ermöglichen kann (II.). Im zweiten Teil wird untersucht, welche Risiken von Autonomieverlusten der Algorithmus seinerseits mit sich bringen kann und wie diesen begegnet werden kann (III.), bevor abschließend die Implikationen für die Zulässigkeit des Einsatzes eines solchen Instruments skizziert werden (IV.).

## 2 Potential für Autonomiegewinne durch einen Autonomy Algorithm

### 2.1 Ziel der Gewährleistung weitestgehender Selbstbestimmung in allen Lebensphasen

Unter dem Begriff der Patientenautonomie wird das Recht des Patienten verstanden, „über jeglichen diagnostischen, therapeutischen oder der Forschung dienenden Eingriff durch Zustimmung oder Ablehnung selbst zu bestimmen“<sup>13</sup>. Verfassungsrechtlich ist die Patientenautonomie als (medizinisches) Selbstbestimmungsrecht über das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 sowie über die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG geschützt:<sup>14</sup> Danach hat jeder Mensch das Recht, zu entscheiden, was er im Hinblick auf sein eigenes Leben als würdevoll und angemessen erachtet;<sup>15</sup> insbesondere kann er ein Schutzrecht gegen eigenmächtige Heilbehandlungen geltend machen, sodass auch die Freiheit geschützt ist, lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen abzulehnen, mithin einen Behandlungsabbruch zu verlangen.<sup>16</sup>

Auf das maßgebliche Instrument, um dem medizinischen Selbstbestimmungsrecht Geltung zu verschaffen – den *informed consent*, die Einwilligung nach ordnungsgemäßer Aufklärung<sup>17</sup> –, kann naturgemäß nicht zurückgegriffen werden, wenn der Patient nicht in der Lage ist, von seinem Selbstbestimmungs-

recht Gebrauch zu machen: Dies setzt nach überzeugender Ansicht voraus, dass der Patient einerseits *intellektuell* in der Lage ist, der Aufklärung zu folgen, sie zu verstehen und insgesamt die für eine Entscheidung notwendige Tatsachenkenntnis zu erlangen (Einsichtsfähigkeit); das so Erfahrene muss er auf die eigenen Lebensumstände und Wertvorstellungen übertragen können (Urteilsfähigkeit). Andererseits ist *voluntativ* die Fähigkeit erforderlich, nach dem eigenen Urteil auch autonom handeln zu können (Steuerungsfähigkeit).<sup>18</sup> Diese erforderliche sogenannte Einwilligungsfähigkeit kann *noch* fehlen bei jüngeren Kindern, *vorübergehend* bei Bewusstlosen, *dauerhaft* bei Dementen im schwersten Stadium; sie kann *generell* fehlen bei einem Wachkomapatienten oder nur *relativ* im Hinblick auf einen besonders komplexen Eingriff; insgesamt wird der durchschnittliche Anteil einwilligungsunfähiger Patienten im Kontext einer medizinischen Behandlung auf 34 %, im Kontext einer psychiatrischen Behandlung auf 45 % geschätzt.<sup>19</sup>

### 2.2 Defizite des gesetzlich vorgesehenen Instrumentariums

Wie die Entscheidung „über ob und wie“<sup>20</sup> einer medizinischen Maßnahme in einem solchen Fall erfolgt, wird – jedenfalls grundsätzlich – in § 630d Abs. 1 Sätze 2-4 BGB geregelt. Ziel ist es, dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten „in allen Lebensphasen“<sup>21</sup> so weit zur Geltung zu verhelfen, wie dies unter den Bedingungen seiner fehlenden Einwilligungsfähigkeit eben möglich ist.<sup>22</sup> Die dafür gesetzlich vorgesehenen Mittel erfüllen diesen ihren Zweck jedoch nicht ohne Einschränkungen zufriedenstellend: Verbindliche Patientenverfügungen sind immer noch kaum verbreitet und selten aktuell (a.), sodass die Behandlungsentscheidung nicht selten von Dritten getroffen werden muss, was mit erheblichen Belastungen für Angehörige und einer nur geringen Genauigkeit einhergeht (b.). In bestimmten Fällen kann ferner eine mit nicht unerheblichen Verzögerungen verbundene betreuungsgerichtliche Entscheidung erforderlich sein (c.), während in Ausnahmefällen besonderer Dringlichkeit der behandelnde Arzt die Entscheidung sogar allein treffen muss (d.).

#### 2.2.1 Geringe Verbreitung und zweifelhafte Aktualität verbindlicher Patientenverfügungen

Da der Patient über seine Gesundheit und die Art der Behandlung am besten entscheiden kann („patient knows best“), ist die Möglichkeit einer antizipierten Einwilligung seit langem anerkannt und inzwischen im Recht der Patientenverfügung, §§ 1827 ff. (§§ 1901a ff. a. F.) BGB, kodifiziert.<sup>23</sup> Liegt sie vor, so sind die in ihr getroffenen Festlegungen verbindlich, das heißt der Kontrolle und Korrektur entzogen.<sup>24</sup>

Zwar hat der Anteil der Deutschen, die eine Patientenverfügung errichtet haben, zwischen 2012 und 2017 um rund 12 Prozentpunkte zugenommen; er liegt indes immer noch nur bei schätzungsweise 43 %.<sup>25</sup> Und selbst in den Fällen, in denen eine Patientenverfügung im Sinne des § 1827 Abs. 1 BGB vorliegt, trifft sie längst nicht immer hinreichend klare Festlegungen über vorzunehmende beziehungsweise zu unterlassende Untersuchungen, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe; die Anforderungen, die der BGH insofern an eine verbindliche Abfassung stellt, sind denkbar hoch.<sup>26</sup> Schließlich müssen die Festlegungen noch „auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation [...] zutreffen“ (§ 1827 Abs. 1 Satz 1 BGB), was nicht selbstverständlich ist: Ungefähr 30 % der Patientenpräferenzen verändern sich im Laufe der Zeit.<sup>27</sup>

### 2.2.2 Erhebliche Belastungen bei geringer Genauigkeit im Falle der Einschätzung der Behandlungspräferenzen durch Dritte

Liegt keine im Einzelfall verbindliche Patientenverfügung vor,<sup>28</sup> hat grundsätzlich der Bevollmächtigte in Gesundheitsangelegenheiten oder der Betreuer selbst die Entscheidung über die in Rede stehende Maßnahme zu treffen, wofür er die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Patienten festzustellen hat, § 630d Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 1827 Abs. 2 Satz 1, für den Bevollmächtigten in Verbindung mit Abs. 6 BGB.<sup>29</sup> Das deutsche Recht folgt damit im Wesentlichen dem Konzept des *surrogate decision-making* mit dem Ziel des *substituted judgment*,<sup>30</sup> wonach so über die Behandlung zu entscheiden ist, wie es der Patient wohl getan hätte, wenn er dazu in der Lage wäre.<sup>31</sup>

Auch wenn die Angehörigen des Patienten entgegen landläufiger Ansicht in der Bevölkerung nicht per se eine Vertretungsmacht oder Einwilligungskompetenz in Gesundheitsangelegenheiten haben,<sup>32</sup> fällt ihnen diese Aufgabe in der Regel dennoch zu: Schließlich bevorzugt die „überwältigende Mehrheit“ Ehe- bzw. Lebenspartner, danach sonstige Angehörige wie Geschwister oder Kinder als Bevollmächtigte in Gesundheitsangelegenheiten.<sup>33</sup> In jedem Fall, das heißt auch dann, wenn eine entsprechende Patientenverfügung oder Vollmacht fehlen, soll gemäß § 1828 Abs. 2 BGB nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Patienten bei der Feststellung des Patientenwillens nach § 1827 Abs. 1 oder der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens nach § 1827 Abs. 2 Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist. Dahinter dürften im Wesentlichen zwei Überlegungen stehen: Zum einen wird davon ausgegangen, dass „the patient’s beloved people“<sup>34</sup> am ehesten „um den Patienten als Menschen, seine Überzeugungen, Werthaltungen und Lebenseinstellungen“ wissen;<sup>35</sup> zum anderen dürfte es mutmaßlich dem Patientenwillen entsprechen, dass eine Entscheidung im Kreise der Angehörigen – und nicht durch öffentliche Institutionen – getroffen wird.<sup>36</sup>

Den *surrogates* wird damit jedoch eine Verantwortung auferlegt, die für mindestens ein Drittel der zur Entscheidung Berufenen mit erheblichen emotionalen Belastungen verbunden ist,<sup>37</sup> welche regelmäßig über Monate, zum Teil über Jahre anhalten.<sup>38</sup> Einer der dafür am häufigsten genannten Gründe ist die Unsicherheit über die Behandlungspräferenzen des Patienten<sup>39</sup> – und das nicht zu Unrecht: Anders, als oft angenommen wird,<sup>40</sup> schätzen *surrogates* die Behandlungspräferenzen einwilligungsunfähiger Patienten lediglich in 68 % der Fälle korrekt ein, wobei die Genauigkeit abhängig von Krankheitsbild und in Rede stehender Maßnahmen variiert.<sup>41</sup> In vielen der untersuchten Fälle lag eine der zur Auswahl stehenden Behandlungsalternativen klar im objektiven medizinischen Interesse des Patienten; umgekehrt legen die Daten nahe, dass die Einschätzung der Behandlungspräferenzen durch *surrogates* sogar nur unwesentlich genauer ist als eine Zufallsentscheidung, wenn keine der Alternativen klar im besten Interesse des Patienten liegt. Dabei wird angenommen, dass die Entscheidungen insbesondere durch die Ansichten der sie treffenden *surrogates* beeinflusst werden.<sup>42</sup>

Die Genauigkeit der Einschätzungen seiner Präferenzen wird im Übrigen weder zwingend dadurch verbessert, dass der Patient die zur Entscheidung berufene Person selbst bestimmt<sup>43</sup> (im deutschen Recht: durch Bevollmächtigung für Gesundheitsangelegenheiten, §§ 164 ff. [analog], vgl. § 1820 Abs. 1 Satz 1 BGB, oder durch Bestellung einer durch Betreuungswunsch vorgeschlagenen Person zum Betreuer, § 1816 Abs. 2 BGB), noch – *nota bene!* – dadurch, dass seine Präferenzen vorab diskutiert werden,<sup>44</sup> was wohl auch das in Ansehung dieser Defizite oft vorgeschlagene Konzept des *Advance Care Planning* nicht als die versprochene Lösung jeglicher Probleme erscheinen lässt.

Insofern mag selbst eine wirksame Patientenverfügung nur vordergründig weiterhelfen. *Realiter* ist sie gleichwohl, wie oben erwähnt, nur verbindlich, wenn die dort getroffenen Festlegungen noch „auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen“, also zeitlich aktuell und inhaltlich kongruent sind.<sup>45</sup> Ob das der Fall ist, muss wiederum durch einen Vorsorgebevollmächtigten oder Betreuer festgestellt werden – mit den oben dargestellten Konsequenzen.

### 2.2.3 Verzögerung bei Dissens und Notwendigkeit betreuungsgerichtlicher Genehmigung

Wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Patient auf Grund der Maßnahme oder ihres Unterlassens stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, bedarf nach § 1829 Abs. 4 BGB die Einwilligung des Bevollmächtigten oder Betreuers in diese Maßnahme – oder ihre Verweigerung – nur dann nicht der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn

zwischen ihm und dem behandelnden Arzt „Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem [...] Willen“ des Patienten „entspricht“. Zwischen 2012 und 2017 wurden 8.258 solche Verfahren entschieden, wobei in 90,17 % der Fälle die Genehmigung erteilt wurde.<sup>46</sup> Nach § 287 Abs. 3 FamFG wird dabei ein entsprechender Beschluss des Betreuungsgerichts, der den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen betrifft, erst zwei Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer oder an den Bevollmächtigten sowie an den Verfahrenspfleger wirksam. Was als „Frist zum Überdenken der Entscheidung, die ggf. irreversibel ist“,<sup>47</sup> zu begrüßen ist, bedeutet gleichwohl auch, dass eine zeitnahe Entscheidung unmöglich wird. Und auch in den Fällen, in denen keine betreuungsgerichtliche Entscheidung herbeizuführen ist, steht zu befürchten, dass die nicht seltene Uneinigkeit unter den Angehörigen sowie zwischen *surrogates* und Ärzten zu einer Verzögerung der Entscheidung führt.<sup>48</sup>

#### 2.2.4 Mutmaßungen unter Zeitdruck bei Entscheidung durch den behandelnden Arzt

In zwei wesentlichen Konstellationen ist schließlich sogar der behandelnde Arzt allein dazu berufen, festzustellen, worin der wirkliche oder wenigstens mutmaßliche Wille des Patienten besteht: Er ist zum einen in der in den §§ 1827 ff. BGB nicht explizit geregelten Konstellation mit der Entscheidung betraut, in der keiner Person Vollmacht erteilt und noch kein Betreuer bestellt worden ist. Insofern wird er die Festlegungen der Patientenverfügung – sofern sie denn vorhanden ist – als antizipierte Einwilligung zu beachten oder dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechend zu handeln haben.<sup>49</sup> Zwar ist zu dessen Ermittlung auch hier gemäß § 1828 Abs. 2 BGB nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Patienten Gelegenheit zur Äußerung zu geben, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist. Die Feststellung an sich, ob eine Maßnahme diesem mutmaßlichen Willen entspricht, obliegt gleichwohl dem Arzt. Das Gleiche ist naturgemäß der Fall bei unaufschiebbaren Maßnahmen, also „insbesondere bei einem dringlichen Notfall denkbar, bei dem durch einen Aufschub Gefahren für das Leben oder die Gesundheit des Patienten drohen, so dass eine ordentliche Einwilligung [...] nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann“,<sup>50</sup> vgl. § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB.

Soweit es auf diesen sog. mutmaßlichen Willen ankommt, hat der Arzt zu prüfen, ob die Behandlung des Patienten in dessen objektiv verstandenem Interesse liegt und seinem wirklich geäußerten oder mutmaßlich anzunehmenden Willen entspricht.<sup>51</sup> Er ist dabei angehalten, alle zur Verfügung stehenden Mittel ausschöpfen, um diesen wirklichen oder mutmaßlichen Willen zu ermitteln.<sup>52</sup> Zum einen sollte dabei jedoch ohne Weiteres ersichtlich sein, dass dies in ei-

ner Notfallsituation kaum möglich ist und auch ansonsten in Anbetracht nur in überschaubarem Maße zur Verfügung stehender Zeit nicht selten eine Überforderung bedeuten würde. Zum anderen ist die Güte der Einschätzung der Patientenpräferenzen durch Ärzte noch einmal geringer als die sonstiger *surrogates*.<sup>53</sup>

#### 2.2.5 Zwischenfazit

Für Rechtsordnung und Gesellschaft ist dieser Umstand schwerlich zu ertragen: Dem „das Betreuungsrecht prägende[n] Grundsatz der Selbstbestimmung“<sup>54</sup> kommt schließlich höchste verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Damit ist der Staat nicht nur zum Schutz der objektiven Interessen an Leben und Gesundheit des nicht über die zur Ausübung seiner Grundrechte erforderliche Einwilligungsfähigkeit verfügenden Patienten vor Gefährdung oder Schädigung verpflichtet;<sup>55</sup> er ist auch zum Schutz des subjektiven Patientenwillens, wie er wirklich ist oder sich wenigstens mutmaßlich darstellt, aufgerufen. Ist dessen Ermittlung in einem nicht unerheblichen Teil der Fälle nicht, nicht genau oder nicht schnell genug gewährleistet,<sup>56</sup> kann von einem Bedarf nach geeignete(re)n Instrumenten zur verbesserten Ermittlung der Patientenpräferenzen ausgegangen werden.

#### 2.3 Kritik am statistischen Ansatz des vorgeschlagenen Patient Preference Predictor

Von Shalowitz, Garrett-Mayer und Wendler<sup>57</sup> sowie von Rid und Wendler<sup>58</sup> stammt der Vorschlag, im Rahmen der Entscheidungsfindung einen sogenannten *Patient Preference Predictor* (PPP) einzusetzen, der die Behandlungspräferenzen eines Patienten auf der Grundlage individueller, objektiver Charakteristiken vorhersagen soll.<sup>59</sup>

Hintergrund dieses Vorschlags ist die begründete Annahme, dass ebensolche objektiven Faktoren – wie zum Beispiel Alter, Geschlecht, Familienstand, Wohnort, Ausbildung, Beruf, Einkommen oder Religionszugehörigkeit – Rückschlüsse auf Behandlungspräferenzen zulassen:<sup>60</sup> Die Prädiktion der Behandlungsentscheidung eines Patienten erfolgt also auf der Basis von Behandlungsentscheidungen von Personen, die diesem Patienten ähnlich sind.<sup>61</sup> Erste Untersuchungen legen insofern nahe, dass die Genauigkeit eines solchen PPP tatsächlich größer sein könnte als die von *surrogate decision-makers*<sup>62</sup> und sein Einsatz auch patientenseitig Unterstützung finden würde<sup>63</sup>. Nichtsdestotrotz lassen sich gewichtige Bedenken gegen PPPs anbringen.

Der *normative* Einwand wurde vielleicht am deutlichsten von einem Patienten formuliert, der sich als einer von wenigen prinzipiell gegen den Einsatz eines solchen Instruments ausgesprochen hatte: „Just cause I am a Hispanic, Catholic gay man with a low income does not mean I would want what all Hispanic, Ca-

tholic, gay low-income men would want“<sup>64</sup>. Er bringt damit die Befürchtung zum Ausdruck, dass die intimsten und bedeutsamsten Wünsche, die ein Mensch nur haben kann, so betrachtet werden könnten, als wären sie lediglich durch die zufällige Zugehörigkeit zu einer demographischen Gruppe determiniert. Sich in einer solchen Weise auf eine bloße statistische Häufigkeitsbetrachtung<sup>65</sup> zu verlassen, kann in der Tat als Verletzung des Konzepts agenteller Autonomie,<sup>66</sup> teilweise gar als dehumanisierend<sup>67</sup> aufgefasst werden.

Epistemisch wird darüber hinaus zum einen stark bezweifelt, ob der einem solchen PPP zugrunde liegende aktuarisch-statistische Ansatz überhaupt zur Prädiktion eines breiten Spektrums an Behandlungsentscheidungen geeignet ist: Er hat sich bis dato nur im Hinblick auf eng umgrenzte und spezifische Fragestellungen bewährt; Evidenz für den von Rid und Wendler vorgeschlagenen Einsatz existiert hingegen nicht.<sup>68</sup> Davon abgesehen, dass für die Entwicklung eines entsprechenden statistischen Modells erhebliche zeitliche, personelle und finanzielle Ressourcen erforderlich wären, um Prädiktoren nicht nur für eine, sondern für eine unüberschaubare Vielzahl von in Betracht kommenden Behandlungsentscheidungen zu identifizieren,<sup>69</sup> besteht zum anderen vor allem die Gefahr, dass wichtige Prädiktoren übersehen werden könnten, wenn sie nicht als wenigstens potentiell relevant eingeschätzt werden. Schließlich bleibt die Frage, wie unterschiedliche Prädiktoren im Verhältnis zueinander zu gewichten sind (*weight problem*):<sup>70</sup> Sollte dem Faktor „Alter“ eine größere Bedeutung zukommen als der Religionszugehörigkeit? Sollte dies allgemein festgelegt sein oder im Einzelfall etwa auf der Grundlage einer Stellungnahme von Angehörigen?

#### **2.4 Vorschlag des Einsatzes von *Predictive Analytics* durch einen *Autonomy Algorithm***

Lamanna und Byrne schlagen daher vor, einen *Machine-Learning*-basierten<sup>71</sup> *Autonomy Algorithm* zur Entscheidungsunterstützung einzusetzen, der die subjektiven Behandlungspräferenzen des einwilligungsunfähigen Patienten präzisieren soll.<sup>72</sup> Ein solcher *Machine-Learning*-Algorithmus<sup>73</sup> besteht aus einem *learner* und einem *classifier*.<sup>74</sup> Während der *learner* Muster (sog. *patterns*) im Datenmaterial erkennen und damit ein Modell erstellen soll, benutzt der *classifier* dieses Modell zur Analyse neuer Input-Daten (sog. *features*) und zur Generierung einer Wahrscheinlichkeit, mit der der Algorithmus davon ausgeht, dass seine Prädiktion zutrifft. Ähnliche Technologie wurde bereits erfolgreich zur Vorhersage von politischen Präferenzen<sup>75</sup> und Dating-Vorlieben<sup>76</sup>, also im Kontext ebenfalls höchst subjektiver Fragestellungen, eingesetzt.

#### **2.4.1 Vorzüge gegenüber einem statistischen Modell**

Die Stärke dieser Technologie liegt vor allem darin, große Datenmengen in kürzester Zeit zu analysieren. Vorgeschlagen wird dabei zum einen die Anwendung auf elektronische Gesundheitsaufzeichnungen.<sup>77</sup> Insoweit handelt es sich um mehr als die bloße Beschleunigung des Designs des oben vorgestellten PPP: Der Einsatz von *Machine-Learning*-Algorithmen verspricht, aussagekräftige Prädiktoren für Patientenpräferenzen zu identifizieren, deren auch nur potentielle Relevanz nicht einmal antizipiert wurde.<sup>78</sup> Darüber hinaus soll der *Machine-Learning*-Ansatz auch auf andere Datensätze angewandt werden; Lamanna und Byrne schlagen insofern die Auswertung von Social-Media-Profilen vor.<sup>79</sup> Sie beziehen sich dabei insbesondere auf eine 2015 von Youyou, Kosinski und Stillwell veröffentlichte Studie, der zufolge automatische, computerbasierte Einschätzungen der Persönlichkeit genauer sind als solche, die durch Menschen vorgenommen werden:<sup>80</sup> Ein lineares Regressionsmodell wurde auf der Grundlage von Facebook-Likes und ausgefüllten Fragebögen zur Selbsteinschätzung<sup>81</sup> im Hinblick auf *openness*, *conscientiousness*, *extraversion*, *agreeableness* und *neuroticism* (sog. *Big Five*<sup>82</sup>) von 86.220 Teilnehmern entwickelt. Dabei konnte zum einen gezeigt werden, dass das Computermodell lediglich 300 Likes benötigte, um eine genauere Einschätzung (im Sinne eines *self-other agreement*<sup>83</sup>) treffen zu können als der eigene Ehepartner der Teilnehmer; im Vergleich mit Familienmitgliedern genügten sogar 150, im Vergleich mit Freunden nur 70 Likes; die höchste Genauigkeit konnte bei Zugriff auf 500 Likes erzielt werden.<sup>84</sup>

Lamanna und Byrne schlagen vor, das so gewonnene Persönlichkeitsprofil zur Einschätzung der Behandlungspräferenzen zu nutzen, und können sich in diesem Zusammenhang auf verschiedene Untersuchungen<sup>85</sup> der diesbezüglichen Bedeutung der Persönlichkeit<sup>86</sup> stützen.<sup>87</sup> Die zuvor vorgestellte Studie von Youyou, Kosinski und Stillwell deutet jedoch sogar darauf hin, dass dieser Umweg nicht einmal notwendig sein könnte: Die Fähigkeiten des Like-basierten Computermodells zur Vorhersage sog. externer Faktoren – insbesondere: menschlichen Verhaltens (*external validity*<sup>88</sup>) – übertrafen diejenige von Menschen in 12 der untersuchten 13 Kategorien.<sup>89</sup>

#### **2.4.2 Vorzüge gegenüber einer nicht assistierten Entscheidungsfindung**

Die Performance eines solchen Algorithmus sei dabei nach Biller und Biller-Andorno nicht mit menschlicher Entscheidungsfindung unter Idealbedingungen, sondern mit der Klinikrealität zu vergleichen, die von Zeitdruck und Stress, unklaren Patientenverfügungen und dem Fehlen entscheidender Informationen, überforderten oder nicht erreichbaren Angehörigen, Interessenkonflikten und fehlender Unvoreingenommenheit bestimmt sei.<sup>90</sup> Die zugrunde liegende Tech-

nologie habe demgegenüber entscheidende Vorzüge: Nach dem *Realistic Accuracy Model* hängt die Genauigkeit von Persönlichkeitseinschätzungen zum einen von der Verfügbarkeit und Menge der relevanten Informationen über das individuelle Verhalten, zum anderen von der Fähigkeit des Einschätzenden ab, diese Informationen zu erkennen und sinnvoll zu nutzen;<sup>91</sup> die Kapazität von Computern zur Datenspeicherung und -verarbeitung verspricht insoweit einen erheblichen Zuwachs an Genauigkeit gegenüber menschlichen Entscheidern.<sup>92</sup> Ein selbstlernender Algorithmus könnte darüber hinaus aus jeder abgeschlossenen Prädiktion für zukünftige Prädiktionsaufgaben „lernen“, das heißt: seine Genauigkeit durch Feedback verbessern.<sup>93</sup>

Lamanna und Byrne versprechen sich vom Einsatz eines solchen Instruments überdies, dass Angehörige ein wenig „besser schlafen“ können, wenn sie wissen, dass ein Algorithmus ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen ist, dass der Patient vermutlich den Behandlungsabbruch gewünscht hätte.<sup>94</sup>

## 2.5 Zwischenfazit

Patientenverfügungen und alle Formen des *surrogate decision-making* stellen mehr oder weniger erfolgreiche und mehr oder weniger unmittelbare Versuche dar, zu eruieren, wie sich der Patient entschieden hätte, wäre er zum entscheidenden Zeitpunkt dazu in der Lage. Befürworter des unterstützenden Einsatzes eines technologischen Instruments argumentieren daher, dass einem *Patient Preference Predictor* oder gar einem *Autonomy Algorithm* eine vergleichbare moralische Stellung zukommen müsse.<sup>95</sup> Auch sie dienen dazu, den Autonomieanspruch eines Patienten zu verwirklichen, der dafür nicht selbst Sorge tragen kann.

Versprochen wird insoweit, die Defizite menschlicher Entscheidungsträger<sup>96</sup> auszugleichen, an denen der Beitrag von *surrogate decision-making* zur Verwirklichung der Patientenautonomie leidet: Als *suboptimal information processors* sind wir nicht immer in der Lage, alle für eine Entscheidung notwendigen Informationen zu berücksichtigen – sei es wegen unzureichender zeitlicher oder kognitiver Ressourcen, sei es, weil wir ihnen nicht die ihnen zukommende Bedeutung zumessen. Als *suboptimal moral judges* verfehlen wir mitunter unsere moralischen Prinzipien. Als *suboptimal moral agents* fallen schließlich nicht selten unsere (vermeintlich) richtige Entscheidung und unser tatsächliches Handeln auseinander. Der Vorschlag eines *Autonomy Algorithm* ist insoweit im Kontext der Diskussion über die Vertretbarkeit des „Outsourcings“ von Entscheidungen zu sehen.

So wird gar der Einsatz eines *Artificial Moral Advisors*<sup>97</sup> auf Grundlage von *moral artificial intelligence*<sup>98</sup> vorgeschlagen. Ein solches Instrument würde in seiner Funktion über den hier in Rede stehenden Anwendungskontext noch

hinausgehen: Als „moral expert“<sup>99</sup> hätte er den Anspruch, dem Entscheidungsträger allgemein die Frage zu beantworten: „Was soll ich tun?“; der *Autonomy Algorithm* würde sich demgegenüber auf die Beantwortung der Frage beschränken, was der Patient wahrscheinlich will. Und seine Proponenten versprechen, dass er diese Frage wird besser beantworten können, als Patientenverfügungen und Angehörige.

## 3. Risiko von Autonomieverlusten durch einen Autonomy Algorithm

Nichtsdestotrotz dürfte der Vorschlag, ein solches Instrument einzusetzen, intuitiv Bedenken auslösen. Im Folgenden soll daher versucht werden, die entsprechenden ethischen<sup>100</sup> und rechtlichen Fragestellungen, wie sie sich aus der zugrunde liegenden *Machine-Learning*-Technologie (1.) und der Anwendung des *Autonomy Algorithm* im Kontext der Gesundheitsversorgung (2.) ergeben, zu systematisieren.

### 3.1 Technologiebezogene Risiken

Technologiebezogene Autonomierisiken können sich grundsätzlich entweder aus den Daten (a) oder dem Modell (b) ergeben: Der „Lebenszyklus“<sup>101</sup> eines solchen *Predictive-Analytics*-basierten *Autonomy Algorithm* beginnt mit der Akquise der Daten, mit denen ein solches Modell trainiert und validiert wird. Es folgen der Test des Modells und schließlich sein tatsächlicher Einsatz; die dabei generierten Daten können sodann wiederum als Feedback dienen, um den Algorithmus zu verbessern.

#### 3.1.1 Limitationen durch die Datenbasis

Da die Prädiktionen eines *Autonomy Algorithm* folglich maßgeblich von den zugrunde liegenden Trainingsdaten abhängen, gilt das (informell so bezeichnete) Prinzip des „garbage in, garbage out“<sup>102</sup> sowohl im Hinblick auf die tatsächliche Güte der Prädiktion – denn die Qualität des Outputs kann die des Inputs schlechterdings nicht übertreffen – als auch in normativer Hinsicht.

##### 3.1.1.1 Zur Notwendigkeit und Rechtfertigung der Vorselektion von Trainingsdaten

So darf der *classifier* jedenfalls nur mit solchen Patientenentscheidungen trainiert werden, die den Anforderungen an einen *informed consent*, d.h. die wirkliche Einwilligung nach ordnungsgemäßer Aufklärung über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände, § 630d Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 in Verbin-

dung mit § 630e Abs. 1-4 BGB, genügen. Der Vergleich mit den tatsächlichen Gegebenheiten des Klinikalltags genügt insoweit, anders als es bei Biller und Biller-Andorno anklingt,<sup>103</sup> nicht: weder aus ethischer Perspektive, da der *Autonomy Algorithm* ansonsten keinen Beitrag zur Verwirklichung der Patientenautonomie leistet, sondern nur die Ergebnisse schlechter Entscheidungsfindung perpetuieren würde, noch aus rechtlicher, als insoweit der Vergleich mit einem gegebenenfalls gleichermaßen rechtswidrigen, nicht aber mit einem rechtmäßigen Alternativverhalten angestellt würde.

Selbst wenn eine Behandlungsentscheidung als wirksame Einwilligung zu qualifizieren ist, kann sie dennoch als normativ bedenkliche Datenbasis für das Training des *classifiers* erscheinen. Verschiedentlich wird daher eine entsprechende Vorselektion der Input-Daten gefordert:<sup>104</sup> So stellt Sharadin<sup>105</sup> in Frage, ob es zulässig sei, Behandlungsentscheidungen als Grundlage für Prädiktionen heranzuziehen, in denen zum Ausdruck kommt, was er als normativ falsche Glaubenssätze („false normative beliefs“) bezeichnet. Er konstruiert dazu das Beispiel eines Opfers häuslicher Gewalt und unterstellt für die Zwecke seines Gedankenexperiments, dass Opfer häuslicher Gewalt ein im Vergleich mit anderen Personen verringertes Selbstwertgefühl hätten und meinten, ihr Leiden zu „verdienen“, oder dass ihr Leid moralisch weniger gewichtig sei als das Leid Anderer. Er bestreitet nicht, dass eine solche Überzeugung vielleicht sogar überragende Bedeutung für die Behandlungspräferenzen dieses Patienten besitzen und sich vielleicht in einer geringeren Wahrscheinlichkeit niederschlagen könnte, sich für eine palliativmedizinische Versorgung zu entscheiden. Dennoch sei die Heranziehung der Daten dieser Entscheidung zum Training des Algorithmus abzulehnen, da dessen Output sonst durch einen solchen normativ falschen Glaubenssatz (mit-)bedingt sei.<sup>106</sup> Auf ein anderes Problem weisen Lamanna und Byrne<sup>107</sup> hin: Eine medizinische Entscheidung etwa für die Methode zur Behandlung von Prostatakrebs hängt nicht zuletzt von der Fachrichtung des behandelnden Arztes ab.<sup>108</sup> Dies lasse darauf schließen, dass in einem solchen Fall nicht zwingend eine tatsächliche Patientenpräferenz in dieser Behandlungsentscheidung ihren Ausdruck gefunden hat, was als Input zum Training des Algorithmus disqualifiziere.

Da aus jeder solchen normativen Korrektur notwendigerweise folgt, dass sich der Output des *Autonomy Algorithm* wenigstens potentiell vom Standard des *substituted judgment* entfernt, er mit anderen Worten nicht die Präferenzen des Patienten *in concreto* vorhersagt, ist strengste Zurückhaltung geboten: Wenn der Einsatz des Algorithmus durch seine höhere Prognosegenauigkeit legitimiert wird, so ist jede Korrektur rechtfertigungsbedürftig. Da hierdurch nicht die Behandlungsentscheidungen eines einwilligungsfähigen Patienten korrigiert werden sollen, um ihn „zu seinem Besten“ vor sich selbst zu schützen,<sup>110</sup> ist dies verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich ausgeschlossen: Es soll vielmehr ein ob

seiner Einwilligungsunfähigkeit schutzbedürftiger<sup>111</sup> Patient vor in verschiedener Hinsicht potentiell problematischen Prognoseergebnissen geschützt werden. Dieses – legitime – Ziel muss jedoch mit geeigneten, erforderlichen und *stricto sensu* verhältnismäßigen Mitteln verfolgt werden, was im Ergebnis zu folgender Differenzierung führt:

Erstens können Behandlungsentscheidungen, die keine Behandlungspräferenzen zum Ausdruck bringen, sondern durch objektive Beeinträchtigungen der Willensbildung determiniert sind, wegen *normativer Unzulässigkeit* nicht zum Training des Algorithmus herangezogen werden, wenn dadurch ein rechtswidriger Zustand perpetuiert würde. Ein eindrückliches Beispiel geben die in einer 2012 veröffentlichten Untersuchung festgestellten signifikanten Diskrepanzen in der palliativmedizinischen Versorgung und Sterbebegleitung für an Krebs erkrankte Patienten mit unterschiedlicher ethnischer Zugehörigkeit.<sup>112</sup> Wahrscheinlicher Grund dafür ist, dass bestimmten Bevölkerungsgruppen der Zugang zur Gesundheitsversorgung, insbesondere zu Onkologen, erschwert ist.<sup>113</sup> Eine solche Situation stünde zum einen im Widerspruch zur von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (ggf. in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip) geschützten Pflicht des Staates zur Sicherung einer dauerhaften, flächendeckenden und sozialverträglichen Grundversorgung des Individuums und der Allgemeinheit mit Leistungen, derer der Einzelne zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz notwendigerweise bedarf;<sup>114</sup> zum anderen würde eine solche Situation den durch Art. 3 Abs. 1 GG und die Diskriminierungsverbote abgesicherten Anspruch auf diskriminierungsfreie Gewährleistung der tatsächlichen Erreichbarkeit dieser Güter im Sinne einer von sachfremden Hindernissen unabhängigen allgemeinen Zugangsmöglichkeit verletzen.<sup>115</sup>

Zweitens sind Behandlungsentscheidungen, in denen Behandlungspräferenzen zum Ausdruck kommen, die nur der einwilligungsfähige Patient hätte bilden können, wegen faktischer Irrelevanz ebenfalls außer Betracht zu lassen. Wenn also von Urologen behandelte Patienten sich wahrscheinlich für eine operative, von einem Strahlungs-onkologen behandelte hingegen eher für eine Bestrahlungstherapie entscheiden, mag dies daher rühren, dass der Patient seinem behandelnden Arzt besonders vertraut;<sup>116</sup> ein solches besonderes Vertrauen als vermittelnder Faktor darf jedoch nicht einfach unterstellt werden, sodass sich der unmittelbare Schluss von der Fachrichtung des Arztes auf die Präferenz des einwilligungsunfähigen Patienten – der diesen Arzt beispielsweise bei einem Notfall oder im Falle des Wachkomas vielleicht nie kennengelernt hat und damit ein solches besonderes Vertrauen nie hat fassen können – verbietet.<sup>117</sup>

Drittens: Im oben skizzierten Fall „normativ falscher Glaubenssätze“ kommen in einer Behandlungsentscheidung hingegen tatsächliche Patientenpräferenzen zum Ausdruck, die der einwilligungsunfähige Patient, dessen Präferenzen der *Autonomy Algorithm* vorhersagen soll, unter Umständen so oder so ähnlich

ebenfalls haben könnte. Sharadin will den Patienten also vor von ihm für normativ „falsch“ erachteten Behandlungsentscheidungen schützen. Das ist indes mit dem Standard des *substituted judgment* unvereinbar: Wenn die Entscheidung auf Grundlage der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Patientenwillens zu treffen ist, schließt dies notwendigerweise das Potential zu von Dritten als unvernünftig erachteten Entscheidungen ein. Dieses rechtlich geschützte Potential würde jedoch genommen, wenn dem *Autonomy Algorithm* durch entsprechend selektierten Input vorgespiegelt würde, solcherart unvernünftige Entscheidungen seien nicht möglich. Darüber hinaus begäbe man sich auf eine *slippery slope*<sup>118</sup>: Welche Erwägungen für eine Behandlungsentscheidung beruhen auf normativ derart falschen Glaubenssätzen, dass eine Korrektur gerechtfertigt ist? Sollte es etwa zu rechtfertigen sein, den Algorithmus nicht auf Entscheidungen von Patienten mit geringer Gesundheitskompetenz zu trainieren, nur weil befürchtet wird, dass sie vielleicht eine medizinisch nicht objektive sinnvolle Entscheidung treffen könnten?<sup>119</sup> Es erscheint daher als gleichermaßen geeignetes, aber deutlich milderer Mittel, nicht den Input zu korrigieren, sondern den *Autonomy Algorithm* normativ potentiell problematische Erwägungsgründe identifizieren zu lassen und Vorsorgebevollmächtigte oder Betreuer darauf hinzuweisen. Ein apriorischer Ausschluss von Input-Daten wegen *normativer Fragwürdigkeit*, die nicht die Grenze zur Unzulässigkeit überschreitet, ist damit nicht zu rechtfertigen.

Viertens ist es ebenfalls nicht zu rechtfertigen, Trainingsdaten wegen ihrer angeblichen normativen Irrelevanz auszuschließen, wie von Sharadin gefordert: Er gesteht zwar zu, dass es faktisch relevant sein mag, dass Personen mit ausgeprägter *openness* tendenziell häufiger Salvador Dalí, Meditation oder TED Talks liken, extravertierte hingegen eher Partys oder Tanzen<sup>120</sup> – und dass ausgeprägte *openness* oder *extraversion* wiederum auf bestimmte Behandlungspräferenzen schließen lassen mögen. Nichtsdestotrotz erscheinen ihm solche weder behandlungsbezogenen noch persönlichkeitszentralen Prädiktoren als normativ irrelevant, da sie nicht von zentraler, sondern nur von peripherer Bedeutung für das Selbstverständnis seien.<sup>121</sup> Die Entscheidung über eine medizinische Maßnahme stellt indes eine für das weitere Leben des Betroffenen bedeutsame Disposition über ein höchstpersönliches Rechtsgut dar, in der sein allgemeines Persönlichkeitsrecht zum Ausdruck kommt.<sup>122</sup> Gerade diese zentrale Bedeutung der Entscheidung zwingt jedoch grundsätzlich dazu, alle Faktoren zu berücksichtigen, die Aufschluss versprechen.

### 3.1.1.2 Zur (Un-)Zulässigkeit von Proxies

Neben der Frage, ob bestimmte Daten nicht zum Training des *Autonomy Algorithm* herangezogen werden dürfen oder sollten, wird mitunter auch diskutiert,

ob bestimmte aus den (noch verbleibenden) Daten für diesen Algorithmus ersichtliche Prädiktoren, d.h. Variablen, die einen Rückschluss auf die wahrscheinliche Behandlungspräferenz erlauben, nicht verwendet werden dürfen. So wird insbesondere die Heranziehung bestimmter Merkmale wie ethnische Zugehörigkeit, Alter und Geschlecht, als generell unzulässig erachtet. Stimmt man dem zu, so stellt sich die Folgefrage, ob dann auch sogenannte *proxies* von vornherein außer Berücksichtigung zu bleiben haben beziehungsweise nachträglich herauszurechnen wären: Neutral erscheinende Faktoren wie der Wohnort korrelieren nicht selten – etwa vermittelt durch sozialräumliche Segregation – mit sensitiven wie zum Beispiel der ethnischen Zugehörigkeit;<sup>123</sup> diese Zusammenhänge sind jedoch nur schwer vorherzusehen und zu erkennen.<sup>124</sup>

Europarechtlich verbieten Art. 2 EUV und Art. 10 AEUV Diskriminierungen, während die Antirassismusrichtlinie<sup>125</sup> und die Gleichbehandlungsrichtlinien<sup>126</sup> die Mitgliedsstaaten verpflichten, bestimmte Diskriminierungen zu unterbinden, was in Deutschland insbesondere durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt wurde. Verfassungsrechtlich verbieten die besonderen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG die Benachteiligung oder Bevorzugung wegen des Geschlechts<sup>127</sup>, der Abstammung, Rasse oder Sprache, der Heimat oder Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen sowie die Benachteiligung wegen einer Behinderung. Sie verstärken damit den Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG;<sup>128</sup> bei der Auslegung des Grundgesetzes sind die Diskriminierungsverbote des Art. 14 EMRK zu berücksichtigen,<sup>129</sup> das nationale Recht ist nach Möglichkeit im Einklang mit der Konvention auszulegen.<sup>130</sup> Nimmt man an, dass der Schutzzumfang jeweils direkte und indirekte, bezweckte und nur faktische Ungleichbehandlungen erfasst, darf zwischen den genannten Merkmalen und einer rechtlichen Ungleichbehandlung keine Kausalität bestehen,<sup>131</sup> was neben der Heranziehung von Prädiktoren gegebenenfalls auch die von *proxies* betreffen würde.

Dazu müsste jedoch erst einmal überhaupt eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vorliegen, in der Terminologie der verfassungsrechtlichen Dogmatik also entweder „wesentlich Gleiches [...] ungleich oder wesentlich Ungleiches [...] gleich“ behandelt werden.<sup>133</sup> Eine solche Ungleichbehandlung kann allerdings kaum darin liegen, dass der *Autonomy Algorithm* in seiner Anwendung auf verschiedene Personen zu unterschiedlichen Prädiktionen ihrer jeweiligen Behandlungspräferenzen gelangt: Hier wird schließlich wesentlich Ungleiches ungleich behandelt. Im Gegenteil würde es eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem darstellen, würde man durch Neutralisierung einzelner Faktoren tatsächliche Unterschiede in den Behandlungspräferenzen nivellieren. Dies wird vor allem dann ersichtlich, wenn es etwa um die Heranziehung der religiösen oder sonst weltanschaulichen Überzeugung<sup>134</sup> als Input-Variable geht: Die Berücksichtigung eines solchen Aspekts wird nachgerade erwartet,<sup>135</sup>

ja ist sogar nach § 1827 Abs. 2 Satz 3 BGB explizit geboten. Ähnliche Überlegungen liegen auch dem Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission zur Regulierung Künstlicher Intelligenz (KI-VO-E)<sup>136</sup> zugrunde: Dieser stellt für bestimmte Hochrisiko-KI-Systeme die Anforderung auf, dass die Trainings-, Validierungs- und Textdatensätze „relevant, repräsentativ, fehlerfrei und vollständig“ zu sein haben und die „geeigneten statistischen Merkmale, gegebenenfalls auch bezüglich der Personen oder Personengruppen, auf die das Hochrisiko-KI-System bestimmungsgemäß angewandt werden soll“, haben müssen, Art. 10 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KI-VO-E. Art. 10 Abs. 5 KI-VO-E schafft dazu einen eigenen Rechtfertigungsgrund für die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gemeinschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie für die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung, was insbesondere Art. 9 Abs. 1 DS-GVO grundsätzlich untersagt. *Ratio legis* dieser Vorschriften des Verordnungsentwurfs ist es, zu verhindern, dass Hochrisiko-KI-Systeme nicht selbst durch Verzerrungen zur Ursache von Diskriminierungen werden.<sup>137</sup>

Eine verbotene Ungleichbehandlung wäre hingegen denkbar, wenn die *Fehlerquote* bei der Prädiktion von Behandlungspräferenzen nicht zwischen den verschiedenen Teilpopulationen gleichmäßig verteilt, sondern bei einzelnen besonders ausgeprägt wäre,<sup>138</sup> was auch kaum rechtfertigungsfähig sein dürfte.<sup>139</sup> Denn selbst wenn man zur Rechtfertigung einer solchen indirekten Ungleichbehandlung genügen lässt, dass bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein weniger strenger Maßstab zugrunde gelegt wird, und annimmt, dass der *Autonomy Algorithm* geeignetes Mittel ist, um den aus der staatlichen Schutzpflicht für das medizinische Selbstbestimmungsrecht folgenden legitimen Zweck, die Genauigkeit der Einschätzung der Behandlungspräferenzen einwilligungsunfähiger Patienten durch Betreuer, Vorsorgebevollmächtigte oder behandelnde Ärzte durch *assisted decision-making* zu verbessern, zu erreichen: Bereits die Erforderlichkeit einer solchen ungleichen Fehlerquote wäre schon zweifelhaft, da als milderes Mittel die Korrektur der Prädiktion um die sensitiven Faktoren in Betracht kommt. Lehnt man dies mit Verweis darauf ab, dass dies unter Umständen nicht in gleichem Maße geeignet ist, so wird es jedenfalls an der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne fehlen: Die bloße Chance, die Qualität der Entscheidung durch *surrogates* zu verbessern, bildet keinen Grund von solcher Art und solchem Gewicht, dass er es rechtfertigte, dass im Vergleich zu anderen Bevölkerungsgruppen ungleich größere Risiko einzugehen, eine falsche Prognose zu treffen.

### 3.1.2 Limitationen durch das Modell

Neben dem Input ist der *Autonomy Algorithm* selbst, das heißt das Design des *Machine-Learning-Algorithmus*, die zweite entscheidende Determinante für das Prädiktionsergebnis.

#### 3.1.2.1 Das *Bias-by-Design*-Problem

So intuitiv selbstverständlich wie normativ und unter Akzeptanzgesichtspunkten entscheidend ist dabei zunächst, dass der Algorithmus ausschließlich patientenzentriert konstruiert und auf die möglichst genaue Prädiktion der Präferenzen des individuellen Patienten im Hinblick auf die konkrete Behandlungssituation gerichtet sein muss: So wird er allein auf Daten ebendieses Patienten zurückgreifen können dürfen, während die Ansichten von behandelnden Ärzten, Angehörigen oder dem Betreuer außer Betracht bleiben müssen,<sup>140</sup> um das Risiko zu verringern, dass Entscheidungen getroffen werden, die – wie bislang<sup>141</sup> – insbesondere durch die Ansichten der sie Treffenden beeinflusst werden. Vor allem aber würde es eine Verletzung (der staatlichen Pflicht zum Schutze) des medizinischen Selbstbestimmungsrechts darstellen, wenn ein solcher Algorithmus eine solche Patientenzentrierung nur vorspiegeln, *realiter* jedoch die Vor- oder Nichtvornahme medizinischer Maßnahmen etwa aus ökonomischen Gesichtspunkten empfehlen würde.<sup>142</sup>

Umgekehrt hieße es, einer utopischen Wunschvorstellung anzuhängen, ginge man von der unbedingten Objektivität algorithmischer Assistenz (oder gar Automatisierung) von Entscheidungen aus.<sup>143</sup> So stellen Mittelstadt et al. in ihrer erschöpfenden Analyse der verfügbaren Literatur treffend fest, dass der Output eines Algorithmus unvermeidbar von *biases* geprägt ist<sup>144</sup> – wenigstens insofern, als dass seine konkrete Funktionsweise davon abhängt, wie sein Urheber ihn designt hat: Er spiegelt damit zwangsläufig dessen Werte wieder.<sup>145</sup>

Es können schließlich verschiedene Designs geeignet sein, um die Aufgabe eines solchen *Autonomy Algorithm* zu erfüllen. Auch ist es nicht ausgeschlossen, beispielsweise im Hinblick auf die Notwendigkeit normativer Korrekturen des Inputs der Trainingsdaten unterschiedliche Auffassungen zu vertreten. Mit anderen Worten: Auf die Frage, wie ein *Autonomy Algorithm* konkret zu gestalten ist, gibt es nicht eine einzige objektiv korrekte Antwort. Sharadin bezeichnet dies als *Multiple-Reasonable-Models*-Problem und schlägt zu seiner Lösung vor, verschiedene Algorithmen einzusetzen:<sup>146</sup> Er folgt damit der These, dass von zwei Modellen vorgenommene Einschätzungen, die zu einem übereinstimmenden Ergebnis gelangen, eine höhere Wahrscheinlichkeit haben, zuzutreffen (sog. *interjudge agreement*).<sup>147</sup>

Ersichtlich kann angesichts dieser Limitationen nur die Verbesserung der Entscheidungsgüte zulässiges Argument für den Einsatz des *Autonomy Algorithm* zum Zwecke des *assisted decision-making* sein, nicht aber eine nur vermeintliche Objektivität.<sup>148</sup> Gleichwohl ist damit nicht der Standard abzusenken, der in allen Stadien der Entwicklung eines solchen Algorithmus anzulegen ist. Dabei sind die Anforderungen umso höher anzusetzen, je größer das aus einer Fehlklassifizierung resultierende Risiko für Patienten wäre.<sup>149</sup>

Dass indes selbst bei einem grundsätzlich geeigneten Algorithmen-Design durch ebendieses Design bedingte Fehlfunktionen auftreten können, mag das Beispiel der sogenannten *feedback control* illustrieren, die teilweise dazu eingesetzt wird, der im Laufe der Zeit nachlassenden Genauigkeit von *Machine Learning*-Algorithmen entgegenzuwirken. Dazu werden die Daten des durch das Modell prädierten Ereignisses verwendet, um den Algorithmus zu trainieren und damit eine bestenfalls verbesserte Version des ihm zugrunde liegenden Modells zu gewinnen. Damit dieses Ziel auch tatsächlich erreicht wird, muss das Feedback korrekt interpretiert werden.<sup>150</sup> Im Fall des *Autonomy Algorithm* besteht sonst beispielsweise die Gefahr eines speziellen *feedback loops*, der hier als *bias towards death* bezeichnet werden soll: Sagt der Algorithmus vorher, dass der Patient mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit die Fortführung der Behandlung wünscht, kann – unterstellt, dass tatsächlich in diesem Sinne entschieden wird – unter Umständen durch den Patienten zurückgemeldet werden, dass doch ein Behandlungsabbruch in seinem Sinne gewesen wäre. Im umgekehrten Fall des auf eine entsprechende Prognose hin erfolgten Behandlungsabbruchs kann ein solches Feedback naturgemäß nicht erfolgen. Da das Lernziel im Rahmen der *feedback control* notwendigerweise darauf gerichtet sein muss, die Prädiktionsgenauigkeit zu maximieren, könnte dies dazu führen, dass der *Autonomy Algorithm* im Laufe mehrerer *feedback loops* darauf trainiert wird, tendenziell häufiger den Wunsch nach einem Behandlungsabbruch vorherzusagen: Hier hat der Algorithmus schließlich seltener die Rückmeldung erhalten, falsch entschieden zu haben.

### 3.1.2.2 Das Opacity-Problem

Welche (Kombinationen von) Faktoren *in concreto* zu welchem Output geführt haben, lässt sich hingegen nicht ohne Weiteres feststellen.<sup>151</sup> Denn um seine Aufgabe zu erfüllen, Muster in großen Datensätzen zu erkennen, verändert ein *Machine-Learning*-Algorithmus durch sein Training die Struktur, mit der er neuen Input klassifiziert: Er lernt. Sobald er dann auf die Lösung des spezifischen Problems trainiert ist, kann der *classifier* seine Aufgabe ohne menschliche Supervision erfüllen.<sup>152</sup>

*Machine-Learning*-Algorithmen werden daher mit Blick auf die hohe Dimensionalität der analysierten Daten, die Komplexität ihres Codes und die Veränderlichkeit ihrer internen Entscheidungslogik<sup>153</sup> nicht selten als opake *black boxes*<sup>154</sup> beschrieben.<sup>155</sup> Die Eigenschaften, die ihr größtes Potential begründen, bedingen insofern auch ihre einzigartigen Risiken.<sup>156</sup> Teilweise wird befürchtet, dass es nicht einmal der Designer eines solchen Algorithmus vermag, dessen Output zu erklären.<sup>157</sup> Ohne Nachvollziehbarkeit kann es jedoch keine Kontrolle geben, ohne Kontrollierbarkeit keine Korrektur.<sup>158</sup> Was dann bleibt, ist die Notwendigkeit, blind zu vertrauen: dem Designer; dem Anwender; dem Algorithmus, auf seine Freiheit von Defekten und von Manipulation.<sup>159</sup> Zu vermuten steht gleichwohl eher, dass das für den Einsatz einer solchen Entscheidungsunterstützung notwendige Vertrauen verloren geht – und damit das mit dem Einsatz einhergehende Potential zur verbesserten Entscheidungsfindung.

Die oft reflexhaft<sup>160</sup> erhobene Forderung nach Transparenz – nach vollständigem Einblick in das System und seine Entscheidungslogik – geht dabei jedoch am Problem vorbei, denn die „Einsicht in den reinen Quellcode“ wird den meisten Nutzern indes „keinen Mehrwert“ bringen;<sup>161</sup> Gleiches dürfte für die bloße Auflistung der signifikanten Faktoren für das Prädiktionsergebnis gelten.<sup>162</sup> Ob in Anbetracht dessen ein Eingriff in die entgegenstehenden rechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und das geistige Eigentum an einem solchen Algorithmus gerechtfertigt werden kann, darf bezweifelt werden.<sup>163</sup> Erforderlich erscheint insoweit eher der Aufbau einer effektiven Kontrollinfrastruktur, die Geheimhaltungsinteressen gegenüber Dritten wahrt, staatliche Regulation und gerichtliche Kontrolle jedoch erlaubt;<sup>164</sup> dies könnte zur Schaffung eines antizipatorischen Systemvertrauens<sup>165</sup> beitragen, das das konkrete Vertrauen in das jeweilige System, das der Nutzer, wie gesehen, technisch, praktisch und rechtlich bedingt nicht immer erwerben kann, ersetzen könnte.

Hiermit können gleichwohl nur die Kontrolle und Korrektur der allgemeinen Performance und die Güte der dem Algorithmus zugrundeliegenden Prozesse im Hinblick auf seinen Zweck gewährleistet werden. Dem Bedürfnis, das konkret-individuelle Prädiktionsergebnis nachzuvollziehen, um etwa einzelne „Erwägungsgründe“, hier: des *Autonomy Algorithm*, in Frage stellen zu können, wird dies hingegen nicht gerecht. Denn die statistisch überdurchschnittliche Wahrscheinlichkeit größerer Genauigkeit sagt nichts über den Einzelfall aus.<sup>166</sup> Diese intuitive Überlegung lässt sich normativ in den Kontext des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, teilweise gar in den der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG übersetzen: Zwar ist Autonomie im Sinne einer vollständigen Unabhängigkeit von Systemen selten gewährleistet.<sup>167</sup> Es besteht hier jedoch die Gefahr, der Einzelne könnte zum bloßen „Objekt“ eines maschinellen Datenverarbeitungsvorgangs degradiert werden, „der dem Personsein des Betroffenen sowie der Individualität des konkreten Falls keine Beachtung schenkt“.<sup>168</sup>

Ein aus diesem Grunde gefordertes, wie auch immer verstandenes „Recht auf Erklärung“ besteht jedoch *de lege lata* jedenfalls nicht aus der DS-GVO.<sup>169</sup> Insbesondere Art. 15 Abs. 1 lit. h gewährt zwar dem Betroffenen einen Auskunftsanspruch auf aussagekräftige Informationen „über die involvierte Logik [lernfähiger und nicht-lernfähiger Systeme] sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung auf die betroffene Person“ (vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. f und 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO); wenn diese Systeme jedoch nicht voll-automatisiert eine eigene Einzelentscheidung treffen, sondern nur – wie hier – zur Unterstützung menschlicher Entscheider eingesetzt werden, ist bereits der sachliche Anwendungsbereich dieser Normen nicht eröffnet.

Eine Erklärung im technischen Sinne ist jedoch an dieser Stelle auch nicht, was Ethik und Recht erfordern: Es geht hier nicht in erster Linie darum, dem Betroffenen die Wahrnehmung seiner Rechte zu ermöglichen und beispielsweise Schadensersatzansprüche wegen eines unzutreffenden Prädiktionsergebnisses geltend zu machen.<sup>170</sup> Eine *Erklärung* im Sinne der Darstellung aller für das konkrete Ergebnis ursächlichen Faktoren ist damit weniger gefragt als vielmehr eine *Begründung*, aus der beispielsweise hervorgeht, dass die Einschätzung der Behandlungspräferenzen vor allem darauf beruht, dass der Patient sein Leben für weniger wertvoll erachtet.<sup>171</sup> Der Forderung nach einer Erklärung oder Begründung könnte man zwar entgegenhalten, was in der Frage zum Ausdruck kommt, die Hinton in Reaktion auf den Vorschlag eines White Papers der Europäischen Kommission für die künftige KI-Politik der EU<sup>172</sup> gestellt hat: „Suppose you have cancer and you have to choose between a black box A.I. surgeon that cannot explain how it works but has a 90% cure rate and a human surgeon with an 80% cure rate. Do you want the A.I. surgeon to be illegal?“<sup>173</sup> Dem *surrogate* ist es im Fall des *Autonomy Algorithm* gleichwohl nur mit einer solchen Begründung möglich, die Prädiktion der Behandlungspräferenzen des Patienten durch den Algorithmus richtig einzuordnen, sie anzunehmen oder zu verwerfen. Denn: Erst einmal ist er nichts anderes als ein Instrument des *assisted decision-making*. In diesem Sinne fordert etwa auch Art. 13 Abs. 1 Satz 1 KI-VO-E für Hochrisiko-KI-Systeme, dass diese so konzipiert und entwickelt werden müssen, „dass ihr Betrieb *hinreichend* transparent ist, damit die Nutzer die Ergebnisse des Systems angemessen interpretieren und verwenden können“ (Hervorhebung des Verf.).

### 3.1.3 Zwischenfazit und Ausblick auf die *lex ferenda*

KI-Systeme unterliegen bislang kaum technologiespezifischer Regulierung, sodass technologische Anforderungen an den hier diskutierten *Autonomy Algorithm* aus allgemeinen Erwägungen herzuleiten sind. Auch die künftige KI-Regulierung der Europäischen Union<sup>174</sup>, wie sie im Entwurf der EU-Kommission für eine KI-Verordnung<sup>175</sup> angelegt ist, wird diese Erwägungen nicht ohne Wei-

teres überformen: Die besonderen Anforderungen des 2. Kapitels des KI-VO-E gelten nur für Hochrisiko-KI-Systeme im Sinne des Art. 6 KI-VO-E. Da der *Autonomy Algorithm* nicht unter die in Anhang III KI-VO-E genannten KI-Systeme fällt, käme derzeit nur eine Klassifikation nach Art. 6 Abs. 1 in Betracht, wenn er als Medizinprodukt oder Zubehör im Sinne des Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Nr. 1 beziehungsweise 2 der Medizinprodukteverordnung<sup>176</sup> anzusehen wäre. Wie eingangs ausgeführt, dient der *Autonomy Algorithm* jedoch nicht der Prädiktion objektiver medizinischer Umstände und damit nicht einem der in Art. 2 Nr. 1 Medizinprodukteverordnung genannten spezifischen medizinischen Zwecke („Vorhersage, Prognose [...] von Krankheiten“). Auch eine Änderung des Anhangs III KI-VO-E, zu der die EU-Kommission nach Art. 7 Abs. 1 KI-VO-E ermächtigt werden soll, wäre nicht ohne Weiteres möglich: Zwar birgt der *Autonomy Algorithm* ein Risiko der Schädigung der Gesundheit und nachteiliger Auswirkungen auf die Grundrechte, was mit den in Anhang III bereits aufgeführten Hochrisiko-KI-Systemen vergleichbar ist; er wird jedoch nicht in einem der in Anhang III genannten Bereiche eingesetzt, sodass die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. a) KI-VO-E für eine Änderung des Anhangs III durch die EU-Kommission nicht erfüllt sind. Es bestehen jedoch weitreichende Möglichkeiten, ein Produkt in den Geltungsbereich der Medizinprodukteverordnung aufzunehmen, sodass die Frage der künftigen Anwendbarkeit der besonderen Vorschriften über Hochrisiko-KI-Systeme nicht abschließend beantwortet werden kann. Wie gesehen, lassen sich bestimmte Anforderungen an den *Autonomy Algorithm*, wie sie auch im KI-VO-E aufgestellt werden, jedoch auch *de lege lata* herleiten, wenn es darum geht, technologiebezogene Risiken von Autonomieverlusten zu identifizieren und zu adressieren.

### 3.2 Anwendungsbezogene Risiken

Ob der *Autonomy Algorithm* als Instrument des *assisted decision-making* dann auch tatsächlich zu dem versprochenen Gewinn an Patientenautonomie führt oder diese eher gefährdet, ist, wenn die entsprechenden technologiebezogenen Anforderungen erfüllt sind, entscheidend davon abhängig, wie der *Autonomy Algorithm* konkret eingesetzt wird und wie die zur Entscheidung berufenen *surrogates* mit seinem Output umgehen: Demjenigen, der auf die Prädiktionen des Algorithmus zurückgreift, müssen einerseits deren begrenzte rechtliche Relevanz und tatsächliche Aussagekraft (3.2.2) sowie andererseits die Grenzen seiner eigenen Fähigkeiten als Entscheidungsträger (3.2.3) bewusst sein. Zunächst ist jedoch zu klären, ob der *Autonomy Algorithm* nicht der Individualisierung im konkreten Einzelfall bedarf (3.2.1).

### 3.2.1 Limitationen allgemeiner Anforderungen

Wenn der Einsatz des *Autonomy Algorithm* der Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens und damit dem Schutz des medizinischen Selbstbestimmungsrechts im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit dient, ist jede normative Korrektur seiner Prädiktionen rechtfertigungsbedürftig. Dabei sind äußere Gründe, wie der Schutz vor objektiv problematischen Behandlungsentscheidungen, wie oben herausgearbeitet wurde, nicht zur Rechtfertigung geeignet. Anders gelagert ist dagegen das Problem der *non-endorsed reasons*,<sup>177</sup> bei denen der Patient selbst einen bestimmten Entscheidungsgrund für seine Entscheidungsfindung außer Betracht gelassen hätte beziehungsweise gewollt hätte, dass dieser außer Betracht gelassen wird. In diesem Fall geht es nicht darum, aus objektiv-rechtlichen Erwägungen, allgemein und bereits bei der Konzeption beziehungsweise beim Training des Algorithmus bestimmte Prädiktoren außer Betracht zu lassen, sondern subjektive Präferenzen des einwilligungsunfähigen Patienten – unterstellt, dass sie mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden konnten – beim individuell-konkreten Einsatz zu berücksichtigen. Es stellen sich diesbezüglich zwei Fragen: ob der *surrogate* in diesem Fall berechtigt ist, *non-endorsed reasons* nicht heranzuziehen; sowie ob der *surrogate* auch verpflichtet ist, *non-endorsed reasons* nicht heranzuziehen, oder umgekehrt formuliert: nicht vielleicht doch berechtigt ist, sie dennoch heranzuziehen.

Geht der ermittelte Patientenwille eindeutig auf das *non-endorsement*, erscheint eine normative Korrektur unbedenklich, selbst wenn durch das Nicht-Heranziehen von Entscheidungsgründen die Prädiktionsgenauigkeit beeinträchtigt sein sollte. Schwieriger ist jedoch die Frage zu beantworten, wohin, bei Fehlen eindeutiger Anhaltspunkte in die eine oder andere Richtung, der mutmaßliche Patientenwille geht: Zwar erscheint es nicht unplausibel, mit Sharadin anzunehmen, dass kaum ein Patient seine Behandlungsentscheidung auf der Grundlage seiner Vorliebe für Salvador Dalí, Meditation oder TED Talks oder vielleicht doch eher der für Parties oder Tanzen getroffen hätte (oder gewollt hätte, dass sie auf dieser Grundlage getroffen wird).<sup>178</sup> John, der die Forderung nach dem Ausschluss von individuell *non-endorsed reasons* erhebt, bildet dazu folgendes Beispiel: „For example, imagine that Jane, who is in a permanent vegetative state, previously expressed horror at the thought of losing her mental capacities. We know that most patients whose first name begins with a ‚J‘ would refuse further care under such circumstances.“<sup>179</sup> Auch wenn man unterstellt, dass beide denkbaren Entscheidungsgründe in diesem Fall zu demselben Ergebnis führen würden, steht es doch zu vermuten, dass Jane ihre Entscheidung eher nicht auf Grundlage des Anführungsbuchstabens getroffen hätte; dies an ihrer Stelle zu tun verletze, so das Argument, ihre „capacity for rational deliberation“<sup>180</sup>. Hat dies jedoch zur Konsequenz, dass auch nur die Möglichkeit besteht,

dass die Behandlungspräferenzen des Patienten schlechter ermittelt werden können, muss man wohl annehmen, dass es für den Patienten wohl unerheblich wäre, auf welcher Grundlage die Ermittlung seines Willens erfolgt, solange sie nur möglichst genau ist.<sup>181</sup>

Wenn der Patient nun eindeutig nicht gewollt hat, dass *non-endorsed reasons* zur Ermittlung seiner Behandlungspräferenzen herangezogen werden, liegt es nahe, dass *surrogates* dies auch zu respektieren haben. Zwar ist es nicht Aufgabe des *Autonomy Algorithm*, auf demselben Weg wie der Patient, wäre er einwilligungsfähig, zu einer Entscheidung zu gelangen – sondern zu derselben Entscheidung.<sup>182</sup> Auch der Standard des *substituted judgment* und das medizinische Selbstbestimmungsrecht verpflichten lediglich dazu, die Entscheidung zu treffen, die dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht, aber nicht dazu, aus den gleichen Gründen zu dieser Entscheidung zu gelangen: „The impact on the patient’s life – what happens to them – is determined by the nature of the treatment, not by the reasons it was chosen. Hence, the reasons why the surrogate chooses a particular course of treatment are not relevant to respecting the patient’s autonomy.“<sup>183</sup> Wie jedoch die antizipierte informierte Entscheidung zur Nicht-Vornahme einer indizierten Behandlung als Ausdruck des medizinischen Selbstbestimmungsrechts die Pflicht zum Schutz von Leib und Leben suspendiert, suspendiert die informierte antizipierte Einwilligung in die Nicht-Heranziehung von *non-endorsed reasons*, obwohl ihre Heranziehung objektiv sinnvoll wäre, auch die Pflicht zum Schutz des medizinischen Selbstbestimmungsrechts: Ansonsten würde dieses Grundrecht gegen den Grundrechtsträger selbst in Stellung gebracht. Merke: Dies kann jedoch nur gelten, wenn die Anforderungen an eine antizipierte informierte Einwilligung tatsächlich vorliegen, der Patient also insbesondere darum weiß, dass der Ausschluss eines *non-endorsed reason* wahrscheinlich zur Verschlechterung der Prädiktionsgenauigkeit führen wird.

### 3.2.2 Limitationen des Prädiktionsergebnisses

#### 3.2.2.1 Begrenzte rechtliche Relevanz

Einen Hinweis darauf, in welcher Form ein *Autonomy Algorithm* konkret Anwendung finden, vulgo: wozu er eingesetzt werden könnte, gibt § 1827 Abs. 2 BGB: Bei Fehlen einer Patientenverfügung ist der mutmaßliche Patientenwille im Sinne des § 1827 Abs. 2 bzw. (subsidiär) § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB maßgeblich. Bei dessen Ermittlung darf allgemein davon ausgegangen werden, dass eine medizinisch indizierte Maßnahme diesem entspricht, wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte ersichtlich sind.<sup>184</sup>

Solche „gegenteiligen Anhaltspunkte“ könnten sich insofern unter anderem (!) aus dem Prädiktionsergebnis ergeben, das durch den Arzt heranzuziehen ist, der schließlich alle zur Ermittlung des Patientenwillens zur Verfügung stehenden Mittel auszuschöpfen hat, wenn damit keine ungerechtfertigte Verzögerung verbunden ist: Es ist schließlich „[h]insichtlich *höchstpersönlicher* (unvertretbarer) *Entscheidungen* [...] bei der Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung größte Zurückhaltung geboten, da mangels generalisierbarer Maßstäbe das Risiko, den individuellen Willen des Berechtigten zu verfehlen und damit in dessen persönlichen Bereich mit dem Eingriff mehr Schaden als Nutzen zu stiften, groß ist“<sup>186</sup>. Folglich gilt im Betreuungsrecht angesichts der überragenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der Patientenautonomie der prinzipielle Vorrang der Gründlichkeit vor der Schnelligkeit bei der Ermittlung der Behandlungspräferenzen des einwilligungsunfähigen Patienten, wie sich aus einer Gesamtschau der einschlägigen Vorschriften ergibt.<sup>187</sup> Für den hier in Rede stehenden Fall regelt § 1827 Abs. 2 Satz 2 BGB ausdrücklich, dass der mutmaßliche Patientenwille „aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln“ ist, wobei nach Satz 3 „insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen“ (Hervorhebung des Verf.) des Patienten zu berücksichtigen sind. Dies wird als Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens zu werten sein, dass der mutmaßliche Wille grundsätzlich „nur aus den konkreten Äußerungen und belegbaren Einstellungen hergeleitet werden [kann], die gerade für die Person des Betreuten feststellbar sind (individuell-mutmaßlicher Wille)“<sup>188</sup>.

Dass dem Prädiktionsergebnis keine darüber hinausgehende Bedeutung – etwa in der Form, dass Abweichungen von der algorithmisch prädierten Behandlungsentscheidung begründungspflichtig wären oder dass es gar die Festlegungen in einer wirksamen Patientenverfügung in Frage stellen könnte<sup>189</sup> – zukommen würde, ist in Anbetracht der vorstehend diskutierten, bereits durch die zur Anwendung kommende Technologie begründeten Risiken aus verfassungsrechtlicher und ethischer Perspektive zu begrüßen, ja zu verlangen.

Denn eine starke oder auch nur schwache rechtliche Bindung an das Prädiktionsergebnis wäre vor dem medizinischen Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der Menschenwürdegarantie rechtfertigungsbedürftig, aber wohl kaum rechtfertigungsfähig: Auch Proponenten eines solchen Vorschlags konzidieren zum einen, dass die Genauigkeit der Prognosen nicht garantiert werden kann; zum anderen ist nicht ausgeschlossen, dass die Einschätzung menschlicher Entscheidungsträger selbst bei einer im Allgemeinen hohen Prädiktionsgenauigkeit im konkreten Einzelfall die Behandlungspräferenzen besser wiedergibt, beispielsweise weil ein Mensch subtile oder sonst für den Algorithmus schlechter zugängliche Aspekte besser erkennen kann.<sup>190</sup> Bestünde in einem solchen Fall eine rechtliche Bindung an das Prädiktionsergebnis, würde der Patient tatsäch-

lich zum bloßen „Objekt“ eines maschinellen Datenverarbeitungsvorgangs degradiert werden.

Umgekehrt ist jedoch problematisch, dass § 1827 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BGB nahelegen scheinen, dass der Vorsorgebevollmächtigte oder Betreuer die Prädiktion des Algorithmus zu berücksichtigen hat, sie also nicht außer Betracht lassen darf. Dies wird dadurch verstärkt, dass er gemeinsam mit dem behandelnden Arzt grundsätzlich das Haftungs- und Strafbarkeitsrisiko bei einer Fehldeutung der Behandlungswünsche und des mutmaßlichen Patientenwillens trägt.<sup>191</sup> Hierbei wird man dem Patienten jedoch in jedem Fall zugestehen müssen, der Nutzung seiner Daten zu diesem Zwecke zu widersprechen.<sup>192</sup> Auch wenn nur der mutmaßliche Wille des Patienten dem Einsatz des *Autonomy Algorithm* entgegensteht, würde sein dennoch erfolgter Einsatz zumindest das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen – und wohl auch das medizinische Selbstbestimmungsrecht: Geschützt ist schließlich auch die Freiheit des Betroffenen, nicht die *Genauigkeit* der Einschätzungen seiner Behandlungspräferenzen als höchsten Wert zu erachten, sondern die *Vornahme* der Einschätzung durch einen Menschen, dem er vertraut.<sup>193</sup>

### 3.2.2.2 Begrenzte tatsächliche Aussagekraft

Wo der Algorithmus dennoch herangezogen werden soll, ist zu beachten, dass auch ein technisch einwandfrei designer und ausschließlich mit aussagekräftigen und normativ unproblematischen Daten trainierter Algorithmus, der von Defekten und Manipulationen durch Dritte frei ist, inhärente Limitationen kennt. So ist es zum einen ohne Weiteres möglich, dass der *classifier* nicht hinreichend für die Prädiktion von Behandlungsentscheidungen von Teilpopulationen trainiert werden konnte: Grundsätzlich verbessert sich die Output-Qualität mit der Quantität der verfügbaren Trainingsdaten,<sup>194</sup> nun liegen jedoch über Minderheiten bereits per definitionem proportional weniger Daten vor.<sup>195</sup> Die unreflektierte Anwendung des *Autonomy Algorithm* auf Teilpopulationen, in denen möglicherweise tendenziell andere Behandlungspräferenzen vorherrschen,<sup>196</sup> könnte insoweit zu unzutreffenden Prädiktionen führen.<sup>197</sup>

Zum anderen handelt es sich bei *Machine-Learning*-basierten *Predictive Analytics* um ein genuin probabilistisches Verfahren: Der Output des *Autonomy Algorithm* bringt daher eine Wahrscheinlichkeit, keinesfalls jedoch sicheres Wissen im Hinblick auf die Behandlungspräferenzen zum Ausdruck.<sup>198</sup> Er gibt dazu prozentual an, für wie gesichert er die Prädiktion einer Behandlungsentscheidung erachtet (was nicht mit der Genauigkeit der Prädiktion selbst – gleichsam die Wahrscheinlichkeit, mit der die prädierte Wahrscheinlichkeit zutrifft – verwechselt werden darf). Damit stellt sich jedoch die Frage, ab welchem Schwellenwert (sog. *threshold*) dies als Anhaltspunkt im Sinne des § 1827 Abs. 2 Satz 2

beziehungsweise 3 BGB für die Behandlungspräferenzen zu behandeln ist:<sup>199</sup> Die Höhe des Schwellenwertes bestimmt, welcher Grad an Gewissheit erforderlich ist, um davon ausgehen zu können, dass das Prädiktionsergebnis tatsächlich den Behandlungspräferenzen entspricht.<sup>200</sup> Begnügt man sich mit einem geringeren Schwellenwert, würde dies die Heranziehung wahrscheinlich ungenauerer Einschätzungen mit sich bringen. Fordert man umgekehrt einen hohen Schwellenwert, kann davon ausgegangen werden, dass die Prädiktion mit den Behandlungspräferenzen mit einiger Gewissheit übereinstimmt; in den Fällen, in denen der erforderliche hohe Schwellenwert verfehlt würde, müsste das Prädiktionsergebnis hingegen außer Betracht bleiben, auch wenn seine Heranziehung durch den Patienten vielleicht sogar gewünscht war.

Dies erscheint zum Schutz des medizinischen Selbstbestimmungsrechts des Patienten nicht erforderlich: Bei dem Prädiktionsergebnis handelt es sich schließlich nur um einen Anhaltspunkt unter mehreren. Auch wenn wohl zu Recht gefordert wird, dass es zur Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung „einigermaßen sicherer Einschätzungen“ bedarf,<sup>201</sup> lässt sich diese Überlegung nicht schon auf die diesen Einschätzungen zugrunde liegenden Anhaltspunkte übertragen. Folglich muss gelten:

- Im Hinblick auf das „Ob“ einer medizinisch indizierten Maßnahme lässt sich einer signifikant über 50 % liegenden Prädiktionsgewissheit ein Anhaltspunkt für eine Patientenpräferenz für ihre Vornahme beziehungsweise ihr Unterlassen entnehmen.
- Im Hinblick auf das „Wie“ der Behandlung wäre grundsätzlich danach zu fragen, ob eine signifikante Präferenz für eine von mehreren gleichermaßen in Betracht kommenden Behandlungsalternativen prädiziert wird, ob etwa die Prädiktionsgewissheit für eine von mehreren gleichermaßen indizierten und üblichen Varianten<sup>202</sup> signifikant über der für die anderen liegt. Eine Ausnahme hiervon mag im konkreten Einzelfall anzunehmen sein, wenn beispielsweise zwei von drei in Betracht kommenden Maßnahmen als konservativ zu bewerten wären, die dritte hingegen nicht; liegt die Prädiktionsgewissheit für die dritte über derjenigen für die einzelnen konservativen Behandlungsalternativen, wobei insgesamt eine Präferenz für eine konservative Behandlung festzustellen ist, so wäre wohl dennoch der präferierten konservativen Behandlungsalternative der Vorzug zu geben.

### 3.2.3 Limitationen des Entscheidungsträgers

Der *surrogate*, der auf das Prädiktionsergebnis zurückgreift, muss dessen rechtliche Relevanz und tatsächliche Aussagekraft allerdings auch zutreffend einschätzen. In der Literatur zur *Human Machine Interaction* wird diesbezüglich

indes vor dem sogenannten *automation bias* und dem Problem des *moral buffer* gewarnt.

Als *automation bias* wird die menschliche Tendenz bezeichnet, sich übermäßig auf ein automatisiertes System zu verlassen, die sich im Kern als ein Problem des „Zuviel“ an Vertrauen begreifen lässt.<sup>203</sup> Der *automation bias* wird definiert als

the tendency to use automated cues as a heuristic replacement for vigilant information seeking and processing [which] results in errors when decision makers fail to notice problems because an automated aid fails to detect them (an omission error) or when people inappropriately follow an automated decision aid directive or announcement (a commission error).<sup>204</sup>

Diese Effekte treten verstärkt im Falle zeitkritischer Entscheidungen<sup>205</sup> sowie dann auf, wenn die computergenerierte Einschätzung die zuvor durch den Entscheidungsträger geformte bestätigt, das heißt: wenn der *automation bias* durch den sogenannten *confirmation bias*<sup>206</sup> verstärkt wird. So wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass der Einsatz des Algorithmus auch zur Beruhigung von Angehörigen beitragen soll, wenn sie die Gewissheit hätten, dass dieses vermeintlich objektive Instrument zu der gleichen Einschätzung gelangt ist, wie sie selbst.<sup>207</sup>

Zusätzlich kann das Risiko nicht ausgeschlossen werden, dass der *Autonomy Algorithm* als *moral buffer* wirkt, auf den Entscheidungsträger ihre moralische Verantwortung verschieben könnten: Als zusätzliche Schicht stehen seine automatischen Empfehlungen zwischen Entscheidungsträger und seinen Entscheidungen und können so dessen zumindest wahrgenommene Verantwortlichkeit (*responsibility*) und Rechenschaftspflicht (*accountability*) vermindern.<sup>208</sup> Verstärkt wird dies durch den Umstand, dass Menschen unbewusst dazu neigen, Computern moralische *agency* und die Fähigkeit zu vorsätzlichem Handeln zuzuschreiben.<sup>209</sup> In der Folge erscheint es nicht ausgeschlossen, dass es den Entscheidungsträgern ungerechtfertigt leichter fallen könnte, eine für den betroffenen Patienten nachteilige Entscheidung zu treffen. Dies könnte – je nach Inhalt dieser Entscheidung – dessen Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit oder aber die Menschenwürdegarantie betreffen. Cummings führt hier das Beispiel des *Acute Physiology and Chronic Health Evaluation (APACHE)*-Systems an, das in Krankenhäusern eingesetzt werden kann, um das Stadium einer Erkrankung zu determinieren, ab dem eine weitere Behandlung grundsätzlich, wenn auch gegebenenfalls nicht für den individuellen Patienten, vergeblich wäre: Auch wenn es nicht zu dem Zweck entwickelt wurde, könnte es dazu führen, dass sich das vor schwierigste Entscheidungen gestellte medizinische Personal distanziert: „I did not make the decision to turn off the life support systems, the computer did“<sup>210</sup>. Das Verbot automatisierter Einzelentscheidungen,

Art. 22 Abs. 1 DS-GVO, bietet hiervoor keinen Schutz:<sup>211</sup> Das Problem des *moral buffer* tritt schließlich gerade auf, wenn ein Computerinterface eine Erfahrung von „distance“ und „remoteness“ für seine User schafft, diese jedoch weiterhin die Entscheidungen treffen.

Werden die Prognosen des *Autonomy Algorithm* solcherart unhinterfragt akzeptiert, würden sie zwar nicht *de jure*, wohl aber *de facto* bindend wirken.<sup>212</sup> Umso stärker würde dies gelten, wenn der zunächst als freiwillige Entscheidungsunterstützung verstandene *Autonomy Algorithm* in der Weise als Standard wahrgenommen würde, dass sich der Einzelne einem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sieht, wenn er gänzlich davon absieht, ihn zu nutzen oder von seinen Empfehlungen abweicht.<sup>213</sup> Wo jedoch der Staat nicht berechtigt ist, eine rechtliche Bindung zu schaffen, weil eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts und der Menschenwürdegarantie zu besorgen ist, dort ist er verpflichtet, vor einer faktischen zu schützen.

#### 4 Implikationen für die Zulässigkeit des Einsatzes eines *Autonomy Algorithm*

Angesichts der Potentiale für die Autonomie einwilligungsunfähiger Patienten, die mit der Anwendung eines *Autonomy Algorithm* einhergehen, dürfte deren Verbot jedenfalls dann verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sein, wenn eine entsprechende antizipierte Einwilligung des erst später einwilligungsunfähig werdenden Patienten vorliegt.

##### 4.1 Zweifelhafte tatsächliche Akzeptanz

In tatsächlicher Hinsicht fehlt bislang aussagekräftige Forschung zur Akzeptanz eines *Autonomy Algorithm*: Die soweit ersichtlich einzige empirische Untersuchung in dieser Hinsicht bezieht sich auf den *Patient Preference Predictor*.<sup>214</sup> Auch wenn dessen Grundprinzipien denen der hier in Rede stehenden Technologie teils entsprechen – beide Instrumente setzen auf den Vergleich der Behandlungspräferenzen vergleichbarer Patienten in vergleichbaren Situationen<sup>215</sup> –, so dürfte das dem Algorithmus zugrunde liegende *Machine-Learning*-Verfahren zu wesentlichen – jedenfalls perzipierten – Unterschieden (Stichwort: *black box*) und damit dazu führen, dass die Ergebnisse der erwähnten Studie (überwiegende Zustimmung zu dem hypothetischen Einsatz eines *Patient Preference Predictors*<sup>216</sup>) zumindest nicht ohne Weiteres übertragbar sind.<sup>217</sup>

##### 4.2 Auslegungsbedürftige und -fähige Regelung des § 1827 Abs. 2 BGB

Rechtlich kommt es, wenn der einwilligungsunfähige Betroffene selbst keine entsprechenden Festlegungen getroffen hat, auf das Vorliegen einer mutmaßli-

chen Einwilligung und subsidiär darauf an, ob die Heranziehung des Prädiktionsergebnisses dem objektiven Interesse des Patienten entspricht:<sup>218</sup> Ist kein entgegenstehender subjektiver Willen ersichtlich, ist zu vermuten, dass das objektiv Sinnvolle gewollt ist. Geht man daher davon aus, dass es nicht im objektiven Interesse eines Einwilligungsunfähigen liegt, dass sein Betreuer, Vorsorgebevollmächtigter oder der zur Entscheidung berufene Arzt Entscheidungsunterstützung bei dem Algorithmus sucht, müssten Anhaltspunkte dafür feststellbar sein, dass der konkrete Patient dies dennoch gewünscht hätte (*Opt-in*-Modell). Nimmt man umgekehrt an, dass der Einsatz des *Autonomy Algorithm* im Interesse des einwilligungsunfähigen Patienten liegt, wären demgegenüber Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass der Patient im Einzelfall gewünscht hätte, dass sein mutmaßlicher Wille im Hinblick auf die Behandlungsentscheidung ohne Rückgriff auf ein solches Instrument ermittelt werden soll (*Opt-out*-Modell).

Der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen scheint insofern nahezulegen, dass der Gesetzgeber im Kontext medizinischer Entscheidungen für einwilligungsunfähige Patienten vom *Opt-out*-Modell ausgeht: Grundsätzlich ist nach §§ 1827 Abs. 2 Sätze 2 und 3 sowie 1828 Abs. 2 BGB jeder Anhaltspunkt zu berücksichtigen, der Aufschluss über den mutmaßlichen Willen verspricht. Das ergibt sich vor allem aus der Formulierung des § 1827 Abs. 2 Satz 3 BGB als demonstrative Kasuistik („insbesondere“). Nun unterscheidet sich der *Autonomy Algorithm* allerdings von den dort beispielhaft aufgezählten zu berücksichtigenden Quellen für Anhaltspunkte: Weder bei dem Prädiktionsergebnis selbst, noch grundsätzlich bei den ihm zugrundeliegenden Daten – wie etwa Gesundheitsaufzeichnungen – handelt es sich um Äußerungen im Sinne bewusster Kundgebungen durch den Betroffenen, die dieser vielleicht sogar mit Blick auf den hier in Rede stehenden Zweck festgehalten hat. Etwas Anderes mag allenfalls für die potentiell ebenfalls aussagekräftigen *Likes* gelten, die der Betroffene regelmäßig bewusst gesetzt, vulgo: geäußert, haben dürfte. *Likes* sind jedoch, wie oben ausgeführt, nur der bloße Ausdruck des Gefallens, dem – anders als den in die Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens einzubeziehenden „ethische[n] oder religiöse[n] Überzeugungen und sonstige[n] persönliche[n] Wertvorstellungen“ (§ 1827 Abs. 2 Satz 3 BGB) – nur periphere Bedeutung für das eigene Selbstverständnis zukommt und das teils sogar von nur vorübergehender Natur ist. Sharadin schreibt dazu treffend: „While there doesn't appear to be any – or, at least, much – intuitive resistance to taking religion as a relevant input to a model designed to predict what an incapacitated patient would want, there is a strong case against taking sportsball preference into account in the same way.“<sup>219</sup> Auch wenn seine Schlussfolgerung – solche Daten dürften überhaupt keine Berücksichtigung finden, auch wenn der betroffene Patient den Einsatz eines entsprechenden Instruments wünscht – wie gesehen nicht zu überzeugen vermag, bietet seine Beobachtung doch Anlass, die Vergleichbarkeit mit den

dem Gesetzgeber vor Augen stehenden übliche(re)n Quellen für Anhaltspunkte hinsichtlich des mutmaßlichen Patientenwillens in Frage zu stellen.

Die fehlende Vergleichbarkeit an sich spricht gleichwohl nicht gegen die Heranziehung des Prädiktionsergebnisses beziehungsweise der diesem zugrunde liegenden Daten *per se*: Dem Gesetzgeber konnte deren Potential für die Gewinnung von Erkenntnissen über Behandlungswünsche und den mutmaßlichen Patientenwillen schließlich gar nicht bekannt sein. Vielmehr handelt es sich bei § 1827 Abs. 2 Satz 3 BGB lediglich um die exemplarische Kodifikation von durch die Rechtsprechung aufgestellten Kriterien, die auf den Vorrang des individuell-mutmaßlichen Willens vor dem, was „gemeinhin [als] vernünftig und normal sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend“<sup>220</sup> gilt, hinweisen soll.<sup>221</sup>

### 4.3 Verfassungskonforme Auslegung

Als Maßstab für die Auslegung des insofern auslegungsbedürftigen und angesichts seiner Offenheit auch auslegungsfähigen § 1827 Abs. 2 BGB ist zuvörderst das Grundgesetz heranzuziehen. Ausschlaggebend ist insofern grundsätzlich das Interesse des einwilligungsunfähigen Patienten daran, dass seine individuell(-mutmaßlich)en Behandlungspräferenzen möglichst genau festgestellt werden. Die entsprechende staatliche Schutzpflicht für das medizinische Selbstbestimmungsrecht gerade auch des einwilligungsunfähigen Patienten überwiegt in aller Regel entgegenstehende Grundrechtspositionen – etwa sein informationelles Selbstbestimmungsrecht und sein darüber geschütztes Interesse an Geheimhaltung. Dies kommt etwa auch in § 1828 Abs. 2 BGB zum Ausdruck: Hier ist der im zur Feststellung der Behandlungswünsche und des mutmaßlichen Willens stattfindenden Gespräch mit den Angehörigen liegende Schweigepflichtverstoß in der Regel durch eine mutmaßliche Einwilligung des einwilligungsunfähigen Patienten gerechtfertigt.<sup>222</sup> Dieser Grundsatz würde dann für das *Opt-out*-Modell sprechen, wenn die Heranziehung des *Autonomy Algorithm* eine genauere Einschätzung der Behandlungswünsche verspricht als die nicht assistierte Einschätzung. Das setzt wiederum voraus, dass der Algorithmus den oben skizzierten, sich nicht zuletzt aus grundrechtlichen Erwägungen ergebenden Mindestanforderungen entspricht, die somit in die Beurteilung des mutmaßlichen Willens inkorporiert werden.

Ausschlaggebend für die Auslegung des § 1827 Abs. 2 BGB müssen jedoch die oben ausgeführten Besonderheiten der *Human Machine Interaction* sein: das Risiko des *automation bias* und des *moral buffer*. Diese gebieten eine Ausnahme vom Grundsatz des *Opt-out*-Modells: Zum einen besteht eine entgegenstehende staatliche Schutzpflicht für das medizinische Selbstbestimmungsrecht des Patienten, wenn eine Algorithmus-unterstützte Entscheidungsfindung zu

einem Rechtfertigungsdruck für den Fall führen kann, dass der menschliche Entscheidungsträger eine von der Empfehlung des Algorithmus abweichende Entscheidung treffen will. Zum anderen besteht eine staatliche Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, die aktiviert wird, wenn dem Entscheidungsträger durch den Einsatz des *Autonomy Algorithm* eine das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Patienten beeinträchtigende Entscheidung zu leicht gemacht werden könnte. In beiden Fällen besteht das Risiko, dass der Einsatz des Algorithmus nicht zu einer genaueren Einschätzung der Behandlungspräferenzen, sondern im Gegenteil zu einer seinem Willen potentiell widersprechenden Entscheidung führt. Dies kann nicht im objektiven Patienteninteresse liegen.

Damit ist entgegen der grundsätzlichen Wertung des § 1827 Abs. 2 Satz 3 BGB davon auszugehen, dass der mutmaßliche Wille des Patienten vorbehaltlich entgegenstehender Anhaltspunkte nicht darauf gerichtet ist, dass sein Betreuer, Vorsorgebevollmächtigter oder der zur Entscheidung berufene Arzt Entscheidungsunterstützung bei dem Algorithmus sucht. Auch wenn der Gesetzgeber grundsätzlich zutreffend davon ausgegangen ist, dass jeder Anhaltspunkt Aufschluss über den mutmaßlichen Willen des einwilligungsunfähigen Patienten verspricht und damit bei dessen Ermittlung auch heranzuziehen ist, so zwingen die mit dem Einsatz des *Autonomy Algorithm* verbundenen Risiken doch zu einer anderen Bewertung. Es bedarf daher konkreter Anhaltspunkte im Einzelfall dafür, dass der betroffene Patient den Einsatz eines solchen Instruments gewollt hätte, auch wenn es seinem objektiven Interesse zuwiderläuft (*Opt-in*-Modell).<sup>223</sup> Hat der Patient dabei nicht eindeutig (mit)erklärt, den Einsatz auch eines den oben skizzierten Mindestanforderungen nicht entsprechenden Algorithmus zu wollen, wird man indes nur dann annehmen können, dass der Patient die Heranziehung des *Autonomy Algorithm* nur gewollt hätte, wenn er diesen Mindestanforderungen genügt.

Rechtspolitisch hat eine *Opt-in*-Lösung den wünschenswerten Effekt, dass der Einsatz dieser Technologie in besonderem Maße von dem Vertrauen abhängt, das ihr die von ihr betroffenen Patienten entgegenbringen: Auch wenn ein einwandfrei funktionierender *Autonomy Algorithm* zuvörderst ihnen zugutekommen soll, würde er doch auch Ärzten, Angehörigen und Betreuern die Entscheidungsfindung vielleicht zu sehr erleichtern. Dieser nicht erwünschte Anreiz zu seinem Einsatz wird gemildert, wenn die Heranziehung des *Autonomy Algorithm* rechtfertigungsbedürftig wäre.

### 5 Fazit und abschließende Bemerkungen

Auch Patienten, die nicht mehr einsichts-, urteils- oder steuerungsfähig sind, müssen die Gewissheit haben, dass ihre Wertvorstellungen und Behandlungs-

wünsche ernst genommen werden. Die zu diesem Zweck gesetzlich vorgesehenen Instrumente erfüllen ihre Aufgabe jedoch nur unzureichend: Patientenverfügungen sind immer noch kaum verbreitet und wenn, dann nicht immer aktuell; Einschätzungen der Behandlungspräferenzen durch Betreuer und Vorsorgebevollmächtigte, Angehörige und sonstige Vertrauenspersonen sind für diese mit erheblichen Belastungen verbunden, aber in ihrer Zuverlässigkeit nur unwesentlich besser als Zufallsentscheidungen; noch einmal ungenauer sind nur Einschätzungen des mutmaßlichen Willens durch den behandelnden Arzt, wenn keine der vorgenannten Personen rechtzeitig erreichbar ist. In „künstliche Intelligenz“ werden daher auch hier immense Hoffnungen gesetzt: Was für die Vorhersage von politischen Präferenzen und Dating-Vorlieben funktioniert, könnte sich auch für die Vorhersage von Behandlungspräferenzen als nützlich erweisen – mit größerer Genauigkeit bei höherer Geschwindigkeit im Vergleich zu einer Einschätzung durch Menschen.

Bis ein Instrument wie der von Lamanna und Byrnes vorgeschlagene *Autonomy Algorithm* zur Verfügung steht – wenn überhaupt –, dürfte indes geraume Zeit vergehen: So stößt die hier diskutierte Anwendung zunächst auf *pragmatische* Bedenken, die rationalen Überlegungen entspringen, etwa nach Zuverlässigkeit oder Sicherheit fragen und auf einer Risiko-Nutzen-Analyse beruhen. Der Vergleich des *status quo* des Umgangs mit nicht einwilligungsfähigen Patienten mit dem Versprechen des *Autonomy Algorithm* fällt dabei zwar a priori zu dessen Gunsten aus; dieses Versprechen ist jedoch höchst voraussetzungsreich und seine Einlösung verlangt einwandfreie Datenqualität und fehlerfreies Design sowie einen wohlüberlegten Umgang mit diesem Instrument.

Über eine rein rationale Abwägung hinaus spielen beim Einsatz eines nicht vollständig nachvollziehbar operierenden Systems in einem so sensiblen Bereich auch normative Bedenken eine Rolle, bei denen es schlussendlich auch um die Frage des Vertrauens in neue Technologien geht. Um ein solches Vertrauen zu erzeugen und aufrecht zu erhalten, scheint es notwendig, an Technologie „höhere ethische Ansprüche als an uns selbst“<sup>224</sup> zu stellen – oder wie es Harasta formuliert: „When it comes to decision-making and reasoning, the blackest box of all is human mind. It is theoretically possible to apply technology neutrality *stricto sensu* [...] and require no more from AI than we already require from humans. We have settled for decision-making based partly on intuition and poor reasoning skills. However, in order to build trust in the AI decision-making, we require different standards. We demand an explanation.“<sup>225</sup>

Schließlich bleiben *kategorische* Fragen: „[W]e hold moral judgment dear as a function reserved for humans. Some ethicists, following Immanuel Kant, believe that human dignity rests in our species' capacity for moral judgment. Will we cede this special ability to machines? What happens to human autonomy when we delegate important decisions to machines that we believe know better than

we do?“<sup>226</sup> Das Recht enthält sich einer Antwort auf diese Fragen weitestgehend, indem es die Entscheidung dem Einzelnen überlässt und für den Einsatz des vorgeschlagenen *Autonomy Algorithm* nicht mehr als die mutmaßliche Einwilligung des Patienten verlangt, dessen Behandlungspräferenzen eingeschätzt werden sollen.

Die Idee, die Behandlungswünsche nicht einwilligungsfähiger Patienten mithilfe eines technischen Instruments einzuschätzen, bietet damit einen zwar hypothetischen, aber nicht unrealistischen Testfall für das geltende Recht zur Gewährleistung des medizinischen Selbstbestimmungsrechts einwilligungsunfähiger Patienten und seine Eignung, neue, vom Gesetzgeber nicht vorhergesehene und wohl auch nicht vorhersehbare Technologien zu erfassen. Dabei wäre das Prädiktionsergebnis, das heißt die Einschätzung der Behandlungspräferenzen durch den *Autonomy Algorithm*, nach §§ 1827 Abs. 2 Sätze 2 und 3 sowie 1828 Abs. 2 BGB höchstens als ein Anhaltspunkt – bestenfalls: unter mehreren – für den mutmaßlichen Willen des einwilligungsunfähigen Patienten zu berücksichtigen. Nach hier vertretener Auffassung dürfte ein solcher Algorithmus jedoch – anders als andere Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Patientenwillen – überhaupt nur herangezogen werden, wenn zumindest konkrete Indizien im Einzelfall dafür bestehen, dass der betroffene Patient seinen Einsatz gewollt hätte, was von vornherein grundsätzlich nur der Fall sein wird, wenn der in Rede stehende Algorithmus bestimmten Mindestanforderungen an Zuverlässigkeit und Sicherheit genügt.

<sup>1</sup> Davenport T: A Predictive Analytics Primer, Harvard Business Review v. 02.09.2014, <https://hbr.org/2014/09/a-predictive-analytics-primer> (Stand: 05.12.2023), beschreibt *Predictive Analytics* treffend als Versuch „to predict the future using data from the past“.

<sup>2</sup> Siehe zum Phänomen insgesamt Mishra N, Silakari S: Predictive Analytics: A Survey, Trends, Applications, Opportunities & Challenges, in: International Journal of Computer Science and Information Technologies 2012, S. 4432-4438, S. 4436 f.; s.a. Citron D, Pasquale F: The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, Washington Law Review, 2014, S. 1-33, S. 3 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Raghupathi W, Raghupathi V: Big data analytics in healthcare: promise and potential, Health in: Information Science and Systems 2014, 2(3), S. 1-10; Milovic B, Milovic M: Prediction and Decision Making in Health Care Using Data Mining, in: International Journal of Public Health Science 2012, S. 69-78; insgesamt zum Einsatz von Big Data Analytics im Gesundheitswesen: Shaban-Nejad A et al.: Health intelligence: how artificial intelligence transforms population and personalized health, in: npj Digital Medicine 2018, 1(53), S. 1-2; Fogel A, Kvedar J: Artificial intelligence powers digital medicine, in: npj Digital Medicine 2018, 1(5), S. 1-4; Garapati SL, Garapati S: Application of Big Data Analytics: An Innovation in Health Care, in: International Journal of Computational Intelligence Research 2018, 14(1), S. 15-27; Jiang F et al.: Artificial intelligence in healthcare: past, present and future, in: Stroke and Vascular Neurology 2017, 2(4), S. 230-243; Nuffield Council on Bioethics: Artificial intelligence (AI) in healthcare and research. Bioethics Briefing Note, London 2018; Shortliffe E: Artificial Intelligence in Medicine: Weighing the Accomplishments, Hype, and Promise, in: IMIA Yearbook of Medical Informatics 2019, S. 257-262; Sonnati R: Improving Healthcare Using Big Data Analytics, in: International Journal of Scientific & Technology Research 2017, 6(3), S. 142-146.

<sup>4</sup> Buczak A et al.: Prediction of Peaks of Seasonal Influenza in Military Health-Care Data, in: Biomedical Engineering and Computational Biology 2016, 7(2), S. 15-26.

<sup>5</sup> Nimmagadda S, Dreher H: On Robust Methodologies for Managing Public Health Care Systems, in: International Journal of Environmental Research and Public Health 2014, 11(1), S. 1106-1140.

<sup>6</sup> Siehe hierzu und zum Vorstehenden Islam S et al.: A Systematic Review on Healthcare Analytics: Application and Theoretical Perspective on Data Mining, in: Healthcare 2018, 6(2), S. 54-97.

<sup>7</sup> Siehe beispielsweise Bandyopadhyay S et al.: Data mining for censored time-to-event data: a Bayesian network model for predicting cardiovascular risk from electronic health record data, in: Data Mining and Knowledge Discovery 2015, S. 1033-1069; Beil M et al.: Ethical considerations about artificial intelligence for prognostication in intensive care, in: Intensive Care Medicine Experimental 2019, 7(70), S. 1-13.

<sup>8</sup> Siehe beispielsweise Chang C-L: A study of applying data mining to early intervention for developmentally-delayed children, in: Expert Systems with Applications 2007, 33, S. 407-412; Mookiah M et al.: Data mining technique for automated diagnosis of glaucoma using higher order spectra and wavelet energy features, in: Knowledge-Based Systems 2012, 33, S. 73-82.

<sup>9</sup> Siehe beispielsweise Agrawal A et al.: Lung Cancer Survival Prediction using Ensemble Data Mining on Seer Data, in: Scientific Programming 2012, 20(1), S. 29-42; Delen D: Analysis of cancer data: a data mining approach, in: Expert Systems 2009, 26(1), S. 100-112; Lee J et al.: Personalized Mortality Prediction Driven by Electronic Medical Data and a Patient Similarity Metric, in: PLoS ONE 2015, 10(5:e0127428), S. 1-13.

<sup>10</sup> Siehe beispielsweise Chawla N, Davis D: Bringing big data to personalized healthcare: a patient-centered framework, in: Journal of General Internal Medicine 2013, 28(3), S. 660-665.

<sup>11</sup> Cohen G et al.: The legal and ethical concerns that arise from using complex predictive analytics in health care, in: Health Affairs 2014, 33(7), S. 1139-1147; Char D et al.: Implementing Machine Learning in Health Care – Addressing Ethical Challenges, in: The New England Journal of Medicine 2018, 378, S. 981-983; insgesamt zu Algorithmenethik: Mittelstadt B et al.: The ethics of algorithms: Mapping the debate, in: Big Data & Society 2016, 3(2), S. 1-21.

<sup>12</sup> Lamanna C, Byrne L: Should Artificial Intelligence Augment Medical Decision Making? The Case for an Autonomy Algorithm, in: AMA Journal of Ethics 2018, 20(9), S. 902-910; s.a. Biller-Andorno N, Biller A: Algorithm-Aided Prediction of Patient Preferences – An Ethics Sneak Peek, in: The New England Journal of Medicine 2019, 381, S. 1480-1485.

<sup>13</sup> Schöne-Seifert B: Grundlagen der Medizinethik, Stuttgart 2007, S. 39.

<sup>14</sup> Vgl. Conradi M: Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrags, Frankfurt am Main u.a. 2002, S. 54 f.; Hufen F: In dubio pro dignitate – Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, in: NJW 2001, S. 849-857, S. 850 f.; Müller-Terpitz R: § 147. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee J, Kirchhof P (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Freiheitsrechte, Heidelberg 3. Aufl. 2009, Rn. 99; s.a. BVerfGE 52, 131 (168), 25.07.1979; Kaufmann B: Patientenverfügungen zwischen Selbstbestimmung und staatlicher Fürsorge, Würzburg 2015, S. 31 ff.

<sup>15</sup> Kaufmann, Fn. 14, S. 32; Hufen F: Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, Baden-Baden 2009, S. 29.

<sup>16</sup> Hufen, Fn. 14, S. 851; Schulze-Fielitz H: GG Art. 2 Abs. 2, in: Dreier H (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2013, Rn. 63, 84; s.a. Dreier H: GG Art. 2 Abs. 1, in: ebd., Rn. 29.

<sup>17</sup> BVerfGE 52, 131 (171 [173 ff.]), 25.07.1979; 89, 120 (130), 22.09.1993; 128, 282 (300), 23.03.2011; Voll D: Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt am Main u.a. 1996, S. 48 ff.; zum einen rechtfertigt die wirksame Einwilligung die tatbestandlich durch jede – auch die zu Heilzwecken und nach Facharztstandard durchgeführte – medizinische Maßnahme verwirklichte Körperverletzung im Straf- (st. Rspr. seit RGSt 25, 375, 31.05.1894; BGHSt 11, 111, 28.11.1957) und Zivilrecht (Deutsch E, Spickhoff A: Medizinrecht, 7. Aufl., Berlin u.a. 2014, Rn. 407, 415 ff.); zum anderen verpflichtet § 630d BGB den Behandelnden i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB zur Einholung einer wirksamen Einwilligung nach ordnungsgemäßer Aufklärung, Deutsch, Spickhoff, ebd., Rn. 413; s.a. BT-Drs. 17/10488, S. 23.

<sup>18</sup> Für eine vertiefte Diskussion der an die Einwilligungsfähigkeit zu stellenden Anforderungen sei auf das umfangreiche Schrifttum verwiesen; statt aller: Amelung K: Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, Berlin u.a. 1995, S. 8 ff.; ders: Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), in: ZStW 1992, 104, S. 525-558, S. 544 ff., 551 ff.; Katzenmeier C: V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, in: Laufs A, Katzenmeier C, Lipp V (Hrsg.), Arztrecht, München 8. Aufl. 2021, Rn. 51 ff.; Rothärmel S: Einwilligung, Veto, Mitbestimmung, Baden-Baden 2004, S. 150. In der Medizinethik wurden ähnliche Inhalte für die Einwilligungsfähigkeit diskutiert; vgl. Beauchamp T, Childress J: Principles of Biomedical Ethics, Oxford 7. Aufl. 2013, S. 125 ff.; Friedrich O, in: dies., Aurenque D, Assadi G, Schleidgen S (Hrsg.), Nietzsche, Foucault und die Medizin, Bielefeld 2016, S. 205-222, S. 207.

<sup>19</sup> Lepping P et al.: Systematic review on the prevalence of lack of capacity in medical and psychiatric settings, in: Clinical Medicine 2015, 15(4), S. 337-343, S. 338 ff.; demgegenüber wurden zum Jahresende 2015 für 1,8 % der deutschen Bevölkerung ab 18 Jahren Betreuungen geführt, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Qualität in der rechtlichen Betreuung: Abschlussbericht, Köln 2018, S. 36.

<sup>20</sup> Vgl. Steiner U, Müller-Terpitz R: Art. 2 GG in: Spickhoff A (Hrsg.), Medizinrecht, München 3. Aufl. 2018, Rn. 14.

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 12.

<sup>22</sup> BT-Drs. 16/8442 S. 12.

<sup>23</sup> Vgl. Uhlenbruck W: Vorab-Einwilligung und Stellvertretung bei der Einwilligung in einen Heileingriff, in: MedR 1992, S. 134-141; Deutsch E: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, in: NJW 1979, S. 1905-1909; Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, Rn. 438.

<sup>24</sup> Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, Rn. 1006; s.a. Orentlicher D: Advance Medical Directives, in: Journal of the American Medical Association 1990, 263(17), S. 2365-2367; Levi B, Green M: Too soon to give up: Re-examining the value of advance directives, in: American Journal of Bioethics 2010, 10(4) (10:4), S. 3-22; Miles S et al.: Advance End-of-Life Treatment Planning, in: Archives of Internal Medicine 1996, 156(10), S. 1062-1068.

<sup>25</sup> Deutscher Hospiz- und Palliativverband e.V.: Wissen und Einstellungen der Menschen in Deutschland zum Sterben – Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsbefragung im Auftrag des DHPV, 2017, S. 4, [https://www.dhpv.de/files/public/aktuelles/Forschung/Forschung\\_2017\\_Ergebnisse\\_DHPVBevoelkerungsbefragung.pdf](https://www.dhpv.de/files/public/aktuelles/Forschung/Forschung_2017_Ergebnisse_DHPVBevoelkerungsbefragung.pdf) (Stand: 05.12.2023). In anderen Ländern ist die Verbreitung entsprechender Dokumente sogar zum Teil noch einmal geringer: So lag der Anteil der US-Bevölkerung, die ihre Behandlungspräferenzen in einer „advance directive“, einem „living will“ oder auf andere Weise dokumentiert haben, nur bei 20-30 % (Perkins H: Controlling death: the false promise of advance directives, in: Annals of Internal Medicine 2007, 147(1), S. 51-57), auch wenn Advance-Care-Planning-Programme in dieser Hinsicht Erfolge erzielen konnten (Deterding K et al.: The impact of advance care planning on end of life care in elderly patients: randomised controlled trial, in: BMJ 2010, 340(c1345), S. 1-9; Hammes B et al.: A comparative, retrospective, observational study of the prevalence, availability, and specificity of advance care plans in a county that implemented an advance care planning microsystem, in: Journal of the American Geriatrics Society 2010, 58(7), S. 1249-1255.

<sup>26</sup> BGHZ 211, 67, 06.07.2016; 214, 62, 08.02.2017; BGH, NJW 2019, 600, 14.11.2018.

<sup>27</sup> Houts R et al.: Predicting Elderly Outpatients' Life-Sustaining Treatment Preference: The Majority Rules, in: Medical Decision Making 2002, S. 39-52, S. 40, m.w.N.; Fagerlin A, Schneider C: Enough: The failure of the living will, in: Hastings Center Report 2004, 34(2), S. 30-42, zitieren eine unveröffentlichte Metaanalyse von elf Studien, die zum ähnlichen Ergebnis einer Stabilität von Behandlungspräferenzen von 71 % gelangt; s.a. Kim S: Improving Medical Decisions for Incapacitated Persons: Does Focusing on 'Accurate Predictions' Lead to an Inaccurate Picture?, in: Journal of Medicine and Philosophy 2014, 39, S. 187-195, S. 188 f.

<sup>28</sup> Das ist der Fall, wenn die niedergelegten Behandlungswünsche nicht den Anforderungen an eine wirksame Patientenverfügung genügen, die Festlegungen in einer wirksamen Patientenverfügung

nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen, die Patientenverfügung rechtzeitig wirksam widerrufen worden ist oder die Patientenverfügung aktuell nicht verfügbar ist; vgl. Bienwald W: § 1901b, in: Staudinger BGB – Buch 4: Familienrecht: §§ 1896-1921 (Rechtliche Betreuung und Pflegschaft), Berlin 2017, Rn. 68 f.

<sup>29</sup> Etwas anderes gilt bei der Behandlung Minderjähriger: Hier entscheiden gemäß § 1631 BGB unter Berücksichtigung der Sonderregelungen der §§ 1631c und 1631d BGB die Personensorgeberechtigten, das heißt in der Regel die Eltern, 1626 Abs. 1 BGB, Huber P: § 1626 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 8. Aufl., München 2020, Rn. 34; ders.: § 1631 BGB, ebd., Rn. 3; dabei handelt es sich bei Festlegungen, die ein Minderjähriger für den Fall einer späteren Einwilligungsunfähigkeit getroffen hat, in keinem Fall um eine verbindliche Patientenverfügung, da § 1827 Abs. 1 Satz 1 BGB die Möglichkeit, eine solche zu errichten, nur für Volljährige vorsieht. Solange es sich um Minderjährige handelt, denen die für die Einwilligung erforderliche Reife fehlt, ist dies unproblematisch; vorstellbar ist jedoch auch der Fall eines einwilligungsfähigen Minderjährigen: Bei Einwilligungsfähigkeit kommt nach überzeugender, in der Rechtsprechung bislang vor allem durch die Strafgerichte vertretener (RGSt 41, 392 [395], 03.07.1908; BGHSt 4, 88 [90 f.], 22.01.1953), jedoch höchst umstrittener (für eine Übersicht zum Streitstand siehe Lettmaier S: § 1626, in: Staudinger BGB – §§ 1626-1633, RKEG [Elterliche Sorge – Inhalt und Inhaberschaft], Berlin 2020, Rn. 287-292 ff.) Ansicht dem Minderjährigen die Alleinentscheidungskompetenz über Vor- oder Nichtvornahme einer medizinischen Maßnahme zu (Golbs U: Das Vetorecht des einwilligungsunfähigen Patienten, Baden-Baden 2006, S. 122 ff.; Kern R: Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, in: NJW 1994, S. 753-759, S. 755 f.; Sternberg-Lieben D: Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff., in: Schönke A, Schröder H [Hrsg.], Strafgesetzbuch. Kommentar, München 30. Aufl. 2019, Rn. 39 f.; s.a. BGHZ 154, 205, 17.03.2003); das Sorgerecht spielt insoweit keine Rolle (näher dazu Dahlhaus D: Autonomie vor Fürsorge. Der Grundsatz der Einwilligungskompetenz einwilligungsfähiger Minderjähriger, in: rescriptum 2018, S. 155-164, zu Behandlungsabbruch und Patientenverfügung: S. 161, m.w.N.). Diesem einwilligungsfähigen Minderjährigen wird die Möglichkeit, verbindliche Festlegungen zu treffen, nun durch § 1827 Abs. 1 Satz 1 BGB verwehrt, was etwa von Sternberg-Lieben D, Reichmann P: Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, in: NJW 2012, S. 257-262, S. 261, für verfassungswidrig gehalten wird; dies kann mit Blick auf § 1827 Abs. 2 BGB indes nicht überzeugen, da wiederum frühere mündliche und schriftliche Äußerungen des vormals einwilligungsfähigen Minderjährigen bei der Feststellung der Behandlungswünsche und des mutmaßlichen Willens zu berücksichtigen sind; zutr. Schneider A: § 1901a Patientenverfügung, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Fn. 29, Rn. 10.

<sup>30</sup> Vgl. Rid A, Wendler D: Treatment Decision Making for Incapacitated Patients: Is Development and Use of a Patient Preference Predictor Feasible?, in: Journal of Medicine and Philosophy 2014, 39(2), S. 130-152, S. 131; nach Hoefler J: Deathright: Culture, Medicine, Politics, and the Right to Die, Boulder 1994, S. 173, stammt der Terminus: „substituted judgement“, ursprünglich aus dem Fall *In re Spring*, 380, Mass. 629 von 1980.

<sup>31</sup> Vgl. Emanuel E, Emanuel L: Proxy Decision Making for Incompetent Patients: An Ethical and Empirical Analysis, in: Journal of the American Medical Association 1992, 267(15), S. 2067-2071.

<sup>32</sup> So bestehen eine gesetzliche Vertretungsmacht in Gesundheitsangelegenheiten und Einwilligungskompetenz des bzw. der Personensorgeberechtigten sowie des mit dem Aufgabenkreis „Gesundheitspflege“ bestellten Betreuers, vgl. § 1815 Abs. 1 und 3, § 1821, § 1823, § 1827 Abs. 2 Satz 1; eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht und Einwilligungskompetenz besteht nur bei entsprechender Vollmacht, vgl. § 1827 Abs. 6.

<sup>33</sup> Sahn S, Will R: Angehörige als „natürliche“ Stellvertreter, in: Ethik in der Medizin 2005, S. 7-20, S. 14 f.

<sup>34</sup> Cohen-Almagor R: Patients' Right to Die in Dignity and the Role of Their Beloved People, in: Annual Review Law Ethics 1996, S. 213-232.

<sup>35</sup> Jox R: Bewusstlos, aber autonom?, in: Ethik in der Medizin 2004, S. 401-414, S. 412, Hervorhe-

bungen im Original; diese Überlegung stellt auch der Gesetzgeber der entsprechenden Regelungen des Betreuungsrechts, insbesondere zu § 1901a Abs. 2 Satz 3 BGB a. F., an, siehe BT-Drs. 16/8442, S. 16.

<sup>36</sup> Ebd., S. 413; Sahn, Will, Fn. 33, S. 14 f.; dementsprechend bedarf es einer Genehmigung des Betreuungsgerichts nie, wenn zwischen Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigtem und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass das Vorgehen dem individuell-mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht, vgl. § 1829 Abs. 4 BGB; s.a. BT-Drs. 16/8442, S. 18. Insgesamt zu den ethischen Erwägungen: Buchanan A, Brock D: Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making, Cambridge 1990.

<sup>37</sup> Wendler D, Rid A: Systematic review: the effect on surrogates of making treatment decisions for others, in: Annals of Internal Medicine 2011, 154(5), S. 336-346, S. 342.

<sup>38</sup> Ebd., S. 343.

<sup>39</sup> Ebd., S. 343 f.

<sup>40</sup> Jox, Fn. 35.

<sup>41</sup> Shalowitz D et al.: The accuracy of surrogate decision makers: a systematic review, in: Archives of Internal Medicine 2006, 166(5), S. 493-497, S. 495; gegen die Kritik von Johansson M, Broström L: Turning failures into success: a methodological shortcoming in empirical research on surrogate accuracy, in: Theoretical Medicine and Bioethics 2008, 29, S. 17-26, und Brostrom L, Johansson M: Surrogates have not been shown to make inaccurate substituted judgments, in: Journal of Clinical Ethics 2009, 20(3), S. 266-273; Rid A, Wendler D: Use of a Patient Preference Predictor to Help Make Medical Decisions for Incapacitated Patients, in: Journal of Medicine and Philosophy 2014, 39(2), S. 104-129, S. 108 f., 125.

<sup>42</sup> Fagerlin A et al.: Projection in surrogate decisions about life-sustaining medical treatments, in: Health Psychology 2001, 20(3), S. 166-175.

<sup>43</sup> Wendler D, Prasad K: Core safeguards for clinical research with adults who are unable to consent, in: Annals of Internal Medicine 2001, 135(7), S. 514-523, S. 514 ff.; Bravo G et al.: Québec Physicians' Knowledge and Opinions regarding Substitute Consent for Decisionally Incapacitated Older Adults, in: IRB: Ethics & Human Research 2004, 26(5), S. 12-17, S. 12 ff.

<sup>44</sup> Ditto P et al.: Advance directives as acts of communication: a randomized controlled trial, in: Archives of Internal Medicine 2001, 161(3), S. 421-430, S. 421 ff.; Matheis-Kraft C, Roberto K: Influence of values discussion on congruence between elderly women and their families on critical health care decisions, in: Journal of Women & Aging 1997, 9(4), S. 5-22, S. 5 ff.

<sup>45</sup> BT-Drs. 16/13314, S. 20; Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, S. 1016; s.a. BVerfG, NJW 2002, S. 206, 02.08.2001; OLG München, MedR 2003, 174, 31.01.2002, m. Anm. Bender A.

<sup>46</sup> Eigene Auswertung der Daten von Bundesamt für Justiz: Verfahren nach dem Betreuungs-gesetz 1992 bis 2017, 30.11.2018, S. 3, [https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Betreuungsverfahren\\_1992-2017.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Betreuungsverfahren_1992-2017.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand: 05.12.2023).

<sup>47</sup> Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, Rn. 431.

<sup>48</sup> Rid, Wendler, Fn. 41, S. 110.

<sup>49</sup> Näher: Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, Rn. 1019.

<sup>50</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 24.

<sup>51</sup> Vgl. Rabel E: Die Haftpflicht des Arztes, Veit 1904, S. 29.

<sup>52</sup> Deutsch E/Spickhoff A: Medizinrecht, Berlin u.a. 7. Aufl. 2014, Rn. 431.

<sup>53</sup> Ouslander J et al.: Health care decisions among elderly long term care residents and their potential proxies, in: Archives of Internal Medicine 1989, 149(6), S. 1367-1372; Uhlmann R et al.: Physicians' and Spouses' Predictions of Elderly Patients' Resuscitation Preferences, in: Journal of Gerontology 1988, 43(5), S. M115-M121; Seckler A et al.: Substituted judgment: how accurate are proxy predictions?, in: Annals of Internal Medicine 1991, 115(2), S. 92-98.

<sup>54</sup> BT-Drs. 16/8442, S. 12.

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 30, 336 (347), 23.03.1971; 60, 123 (132), 16.03.1982; 90, 145 (174, 184), 09.03.1994;

BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401), 11.09.1999; NJW 2012, 1062 (1064), 21.12.2011.

<sup>56</sup> Vgl. etwa auch Rid A, Wendler, Fn. 41, S. 108 ff., und Shalowitz D et al.: How should treatment decisions be made for incapacitated patients, and why?, in: PLoS Medicine 2007, 4(3:e35), S. 0432-0428, S. 0432 ff., jew. m.w.N.; s.a. Fagerlin, Schneider, Fn. 27; Suhl J et al.: Myth of substituted judgment. Surrogate decision making regarding life support is unreliable, in: Archives of Internal Medicine 1994, 154(1), S. 90-96.

<sup>57</sup> Shalowitz et al., Fn. 56, S. 0432-0428.

<sup>58</sup> Rid, Wendler, Fn. 41, S. 104-129.

<sup>59</sup> Rid, Wendler, Fn. 30, S. 131.

<sup>60</sup> Rid, Wendler, Fn. 41, S. 111, m.w.N.

<sup>61</sup> Shalowitz et al., Fn. 56, S. 0432, sprechen noch von einem „population-based treatment indicator“; sie verweisen dabei insbesondere auf Untersuchungen von Emanuel L, Emanuel E: Decisions at the End of Life Guided by Communities of Patients, in: Hastings Center Report 1993, 23(5), S. 6-14, S. 6 ff.; Grove W et al.: Clinical versus mechanical prediction: A meta-analysis, in: Psychological Assessment 2000, 12(1), S. 19-30; Smucker W et al.: Modal preferences predict elderly patients' life-sustaining treatment choices as well as patients' chosen surrogates do, in: Medical Decision Making 2000, 20(3), S. 271-280.

<sup>62</sup> Rid, Wendler, Fn. 30, S. 142 ff.

<sup>63</sup> Wendler D et al.: A new method for making treatment decisions for incapacitated patients: what do patients think about the use of a patient preference predictor?, in: Journal of Medical Ethics 2016, 42(4), S. 235-241, S. 238.

<sup>64</sup> Ebd., S. 239.

<sup>65</sup> Sharadin N: Patient preference predictors and the problem of naked statistical evidence, in: Journal of Medical Ethics 2018, 44, S. 857-862, spricht diesbezüglich vom Problem der „naked statistical evidence“ (Bezeichnung für ein – auch als *blue bus problem* bekanntes – Beweismaßproblem, das vorwiegend in der US-amerikanischen Common-law-Rechtsordnung diskutiert wird; vgl. Kaye D: The Limits of Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, in: American Bar Foundation Research Journal 1982, 7(2), S. 487-516; Nunn G: The Incompatibility of Due Process and Naked Statistical Evidence, in: Vanderbilt Law Review 2015, 68(5), S. 1407-1433; s.a. Brinkmann M: Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln u.a. 2005, S. 23 ff.); den Einsatz des *Patient Preference Predictors* verteidigend: Jardas EJ et al.: Autonomy-based criticisms of the patient preference predictor, in: Journal of Medical Ethics, EPUB 17.12.2021, S. 1-7, S. 3 f.

<sup>66</sup> Sharadin, Fn. 65, S. 860; s.a. John S: Messy autonomy: Commentary on Patient preference predictors and the problem of naked statistical evidence, in: Journal of Medical Ethics 2018, 44(12), S. 864.

<sup>67</sup> Vgl. Ditto P, Clark C: Predicting end-of-life treatment preferences: perils and practicalities, in: Journal of Medicine and Philosophy 2014, 39(2), S. 196-204, S. 201, m. Verweis auf Dawes R et al.: Clinical versus actuarial judgment, in: Science 1989, 243, S. 1668-1674, und Tetlock P et al.: The psychology of the unthinkable: Taboo trade-offs, forbidden base rates, and heretical counterfactuals, in: Journal of Personality and Social Psychology 2000, 78, S. 853-870.

<sup>68</sup> Ditto, Clark, Fn. 67, S. 201 ff.

<sup>69</sup> Dieses Problem sprechen Rid und Wendler, Fn. 30, S. 140, zwar im Grundsatz an, erfassen die logistischen Voraussetzungen ihres Vorschlags jedoch nicht in Gänze, Ditto, Clark, Fn. 67, S. 198 ff.

<sup>70</sup> Sharadin N: Should Aggregate Patient Preference Data Be Used to Make Decisions on Behalf of Unrepresented Patients?, in: AMA Journal of Ethics 2019, 21(7), S. 566-574, S. 570.

<sup>71</sup> Den Unterschied zwischen herkömmlichen und ML-gestützten Algorithmen beschreiben Obermeyer Z, Emanuel E: Predicting the Future – Big Data, Machine Learning, and Clinical Medicine, in: The New England Journal of Medicine 2016, 375, S. 1216-1219, S. 1217, wie folgt: „Expert systems work the way an ideal medical student would: they take general principles about medicine and apply them to new patients. Machine learning, conversely, approaches problems as a doctor pro-

gressing through residency might: by learning rules from data.“

<sup>72</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12.

<sup>73</sup> Hill R: What an Algorithm Is, in: Philosophy & Technology 2016, 29 (1), S. 35-59, S. 47, beschreibt einen Algorithmus als „finite, abstract, effective, compound control structure, imperatively given, accomplishing a given purpose under given provisions“; s.a. Mittelstadt B et al.: The ethics of algorithms: Mapping the debate, in: Big Data & Society 2016, 3(2), S. 1-21, S. 1 f.

<sup>74</sup> Burrell J: How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms, in: Big Data & Society 2016, 3(1), S. 1-12, S. 5.

<sup>75</sup> Makazhanov A et al.: Predicting political preference of Twitter users, in: Social Network Analysis and Mining 2014, 4(1), S. 1-15.

<sup>76</sup> Levy J et al.: Polar Similar: Using Massive Mobile Dating Data to Predict Synchronization and Similarity in Dating Preferences, in: Frontiers in Psychology 2019, 10, S. 1-28.

<sup>77</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 905.

<sup>78</sup> Voraussetzung dafür ist, dass entsprechendes Datenmaterial zugänglich und für den *Autonomy Algorithm* interpretierbar ist: Während beispielsweise Bilder maschinenlesbar sind, sodass ein *Machine-Learning-Verfahren* nach entsprechender Vorverarbeitung direkt angewandt werden kann, ist ein wesentlicher Teil der relevanten Informationen nur in Form narrativen Texts verfügbar, der durch *Natural Language Processing* zunächst als Input für *Predictive Analytics* nutzbar gemacht werden müsste, vgl. Jiang F et al.: Artificial intelligence in healthcare: past, present and future, in: Stroke and Vascular Neurology 2017, 2(4) S. 230-243, S. 230 f., 239.

<sup>79</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 905.

<sup>80</sup> So der instruktive Titel der Untersuchung von Youyou W et al.: Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans, in: PNAS 2015, 112(4), S. 1036-1040.

<sup>81</sup> Youyou et al., Fn. 80, nutzten den „100-item International Personality Item Pool“ (IPIP); s.a. dortige Fn. 14 und 15.

<sup>82</sup> Vgl. McCrae R, Costa P: Updating Norman's "adequacy taxonomy": Intelligence and personality dimensions in natural language and in questionnaires, in: Journal of Personality and Social Psychology 1985, 49(3), S. 710-721.

<sup>83</sup> Gemeint ist das Ausmaß, mit dem Fremd- und Selbsteinschätzung übereinstimmen, Taft R: The ability to judge people, in: Psychological Bulletin 1955, 52(1), S. 1-23.

<sup>84</sup> Youyou et al., Fn. 80, S. 1037.

<sup>85</sup> Conrad R et al.: Psychological assessment of living kidney donors: What implications have temperament and character for decision-making?, in: Comprehensive Psychiatry 2016, 67, S. 1-8; Lattie E et al.: Associations Between Personality and End-of-Life Care Preferences Among Men With Prostate Cancer: A Clustering Approach, in: Journal of Pain and Symptom Management 2016, 51(1), S. 52-59; Wohlberg W et al.: Factors influencing options in primary breast cancer treatment, in: Journal of Clinical Oncology 1987, 5(1), S. 68-74; mit Einschränkungen: Kesari D et al.: Influence of Demography and Personality on Patient Choice of Treatment in Symptomatic Benign Prostate Hyperplasia, in: Israel Medical Association Journal 2015, 17, S. 433-436.

<sup>86</sup> Allport W: Pattern and Growth in Personality, New York 1961, definiert personality als „dynamic organisation within the individual of those psychophysical systems that determine his characteristic behaviour and thought“ (S. 28).

<sup>87</sup> Insgesamt erscheint die verfügbare Evidenz zum Einfluss der *personality* auf Patientenpräferenzen jedoch inkonsistent, vgl. Russo S et al.: Understanding Patients' Preferences: A Systematic Review of Psychological Instruments Used in Patients' Preference and Decision Studies, in: Value in Health 2019, 22(4), S. 491-501, S. 498, s.a. 496 f.

<sup>88</sup> Vgl. Funder D, West S: Consensus, Self-Other Agreement, and Accuracy in Personality Judgment: An Introduction, in: Journal of Personality 1993, 61(4), S. 457-476.

<sup>89</sup> Youyou et al., Fn. 80, S. 1038 f.

<sup>90</sup> Biller-Andorno, Biller, Fn. 12, S. 1480, 1483.

<sup>91</sup> Youyou et al., Fn. 80, S. 1039, zitieren Funder D: Accurate Personality Judgment, in: Current

Directions in Psychological Science 2012, 21(3), S. 177-182, und dens.: On the accuracy of personality judgment: A realistic approach, in: Psychology Review 1995, 102(4), S. 652-670; Letzring T: The good judge of personality: Characteristics, behaviors, and observer accuracy, in: Journal of Research of Personality 2008, 42(4), S. 914-932.

<sup>92</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 904 f.

<sup>93</sup> Zu potentiellen *biases* durch Feedback siehe Barocas S et al.: Fairness and Machine Learning. Limitations and Opportunities, 20.11.2022, S. 13 ff., <https://fairmlbook.org/pdf/fairmlbook.pdf> (Stand: 05.12.2023); zu Ansätzen zur korrekten Interpretation von Feedback Joachims T et al.: Unbiased Learning-to-Rank with Biased Feedback, in: Proceedings of the Twenty-Seventh International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI-18), 2018, S. 5284-5288; s.a. Ensign D et al.: Runaway Feedback Loops in Predictive Policing, in: Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency, PMLR 2018, 81, S. 160-171.

<sup>94</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 906.

<sup>95</sup> Zu diesem Argument Sharadin, Fn. 70, S. 568.

<sup>96</sup> Hierzu und zum Folgenden: Giubilini A, Savulescu J: The Artificial Moral Advisor. The „Ideal Observer“ Meets Artificial Intelligence, in: Philosophy & Technology 2018, 31, S. 169-188, S. 170 f.

<sup>97</sup> Giubilini, Savulescu J, Fn. 96, S. 169-188.

<sup>98</sup> Savulescu J, Maslen H: Moral Enhancement and Artificial Intelligence: Moral AI?, in: Romportl J et al. (Hrsg.), Beyond artificial intelligence: The Disappearing Human-Machine Divide, Heidelberg u.a. 2015, S. 79-95.

<sup>99</sup> Giubilini, Savulescu, Fn. 96, S. 177 f.

<sup>100</sup> Die wohl umfassendste Auswertung der bis dahin veröffentlichten Literatur zur Algorithmenethik stammt von Mittelstadt et al., Fn. 11; s.a. zum Einsatz von *Predictive Analytics* im Kontext des Gesundheitswesens Cohen et al., Fn. 11.

<sup>101</sup> Vgl. die Darstellung bei Cohen et al., Fn. 11, S. 1140 ff.

<sup>102</sup> Vgl. Mittelstadt et al., Fn. 11, S. 5.

<sup>103</sup> Biller-Andorno, Biller, Fn. 12, S. 1481.

<sup>104</sup> Sharadin, Fn. 70, S. 568 f.; Lamanna, Byrne L, Fn. 12, S. 906 f.

<sup>105</sup> Sharadin, Fn. 70, S. 569.

<sup>106</sup> Ebd.

<sup>107</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 906.

<sup>108</sup> Sommers B et al.: Predictors of patient preferences and treatment choices for localized prostate cancer, in: Cancer 2008, 113(8), S. 2058-2067.

<sup>109</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 906.

<sup>110</sup> Den staatlichen Schutz vor Selbstgefährdungen grundsätzlich ablehnend: Bleckmann A: Grundrechtsschutz gegen sich selbst, in: RdA 1988, S. 332-336, S. 335; Dietlein J: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992, S. 227 ff.; Hillgruber C: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992, S. 147 ff.; Schwabe J: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, in: JZ 1998, S. 66-75, S. 69 f.; zu den wenigen Ausnahmefällen, in denen der Eingriff gegen den Willen des Geschützten verfassungsgemäß ist BVerfG, DVBl. 1999, 1647, 11.08.1999; BVerfGE 59, 275 (278 f.), 26.01.1982; 90, 145 (172 ff.), 09.03.1994; aA: Robbers G: Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987, S. 220 ff.

<sup>111</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (204 f.), 15.01.1958; 30, 336 (347), 23.03.1971; 53, 30 (57), 20.12.1979; 60, 123 (132), 16.03.1982; 90, 145 (174, 184), 09.03.1994; BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401), 11.08.1999; NJW 2012, 1062 (1064), 21.12.2011; Hermes G: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, S. 219 ff.; Hillgruber, Fn. 110, S. 78 ff.

<sup>112</sup> Miesfeldt S et al.: Association of Age, Gender, and Race with Intensity of End-of-Life Care for Medicare Beneficiaries with Cancer, in: Journal of Palliative Medicine 2012, 15(5), S. 548-554, S. 551.

<sup>113</sup> Ebd., S. 552.

<sup>114</sup> Sog. originärer Sicherstellungsauftrag des Staates für bestimmte grundlegende Bereiche der öffentlichen Versorgung, sozialen Sicherung sowie der allgemeinen Gefahrenabwehr und Risikovor-

sorge; Dörr O: Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: VVDStRL 2014, 73, S. 323-454, S. 329; Butzer H: § 74 Sicherstellungsauftrag, in: Isensee J/Kirchhof P (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Heidelberg 2006, 3. Aufl., Rn. 38 ff.; Dahlhaus D: Garantierte und tatsächliche Freiheit. Verwirklichung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen als verfassungstheoretischer Maßstab, in: rescriptum 2018, S. 17-26, S. 20.

<sup>115</sup> Sog. derivativer Teilhabeanspruch; Butzer, Fn. 114, Rn. 44; s.a. BVerfGE 40, 121 (133 f.), 18.06.1975; Dahlhaus, Fn. 114.

<sup>116</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 906, vermuten hingegen, dass dieser Umstand eher darauf zurückzuführen sei, dass Patienten dafür anfällig seien, sich von ihrem behandelnden Arzt zu einer bestimmten Therapieform überreden zu lassen: „the association (we assume) is not due to genuine patient preference but reflective of the fact that patients are prone to being talked into a certain therapy by their clinician“. In jedem Fall muss die Entscheidung den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung genügen; daran könnte es – selbst bei besonderem Vertrauen des Patienten in seinen Arzt – fehlen, wenn der Arzt nicht ausreichend über Behandlungsalternativen aufgeklärt hat, sofern „mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können“, § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB; Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, Rn. 438 ff., m.w.N.

<sup>117</sup> Vgl. zum Problem der sog. inconclusive evidence: Mittelstadt, Fn. 11, S. 4 f.

<sup>118</sup> Sog. „Dammbruchargument“, auch als „Argument der schiefen Ebene“ bezeichnet; zur Struktur allgemein siehe Guckes B: Das Argument der schiefen Ebene, Stuttgart u.a. 1997, S. 8; zur logisch-begrifflichen Variante siehe Saliger F: Das Dammbruchargument in Medizinrecht und Medizinethik, in: Joerden J, Schuhr J (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik 2007, 15, S. 633-658, S. 640; zur empirisch-sozialpsychologischen Merkel R: Das Dammbruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Fateh-Moghadam B et al. (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2009, S. 285-302, S. 287; s.a. Wolf N: Slippery-Slope. Die Relevanz des Schiefe-Ebene-Arguments in normativen Diskursen, in: rescriptum 2016, S. 95-102.

<sup>119</sup> Dafür wohl Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 906 f.; mit Blick auf die grundrechtlich geschützte „Freiheit zur Krankheit“ (vgl. BVerfGE 58, 208 [224 ff.], 07.10.1981; BVerfG, NJW 1998, 1774, 23.03.1998) jedoch entschieden abzulehnen.

<sup>120</sup> Vgl. Youyou et al., Fn. 80, S. 1037.

<sup>121</sup> Sharadin, Fn. 70, S. 569.

<sup>122</sup> Baston-Vogt M: Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997, S. 228 ff.

<sup>123</sup> Romei A, Ruggieri S: A multidisciplinary survey on discrimination analysis, in: The Knowledge Engineering Review 2014, 29(5), S. 582-638; Macnish K: Unblinking eyes: the ethics of automating surveillance, in: Ethics and Information Technology 2012, 14(2), S. 151-167, S. 158; Schermer B: The limits of privacy in automated profiling and data mining, in: Computer Law & Security Review 2011, 27(1), S. 45-52.

<sup>124</sup> Romei, Ruggieri, Fn. 123.

<sup>125</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180, S. 22); umgesetzt durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl. I 2006, S. 1897), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. April 2013 (BGBl. I 2013, S. 610).

<sup>126</sup> Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. EG L 204/23) und Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 157/24), umgesetzt u.a. durch das AGG.

<sup>127</sup> Verboten ist insoweit die Anknüpfung an die Eigenschaft als Mann oder Frau; gegenüber Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist hiermit jedoch kein besonderer Regelungsgehalt verbunden.

- <sup>128</sup> BVerfGE 85, 191 (206), 28.01.1992; 114, 357 (364), 25.10.2005.
- <sup>129</sup> BVerfGE 74, 358 (370), 26.03.1987; 128, 326 (327, 371), 04.05.2011; Uerpmann-Witzack R: Die Bedeutung der EMRK für den deutschen und den unionalen Grundrechtsschutz, in: JURA 2014, S. 916-925, S. 919 ff.
- <sup>130</sup> BVerfGE 111, 307, 14.10.2004; s.a. zum Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes BVerfGE 63, 343 (370), 22.03.1983; 111, 307 (318), 14.10.2004. Das Gebot zur Auslegung im Einklang mit der Konvention besteht schlechterdings nur im Rahmen der Möglichkeiten i.S.d. geltenden auslegungsmethodischen Standards, BVerfGE 128, 326 (371), 08.02.2011.
- <sup>131</sup> BVerfGE 85, 191 (206), 28.01.1992; 89, 276 (288), 16.11.1993; 97, 35 (43), 27.11.1997; 104, 373 (393), 30.01.2002; 114, 357 (364), 25.10.2005; 121, 241 (254 f.), 18.06.2008; 138, 296 (354), 27.01.2015; Jarass H: Art. 3 [Gleichheit], in: Jarass H/Pieroth B (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, München 16. Aufl. 2020, Rn. 149.
- <sup>132</sup> Naturgemäß kann die Behandlung von zwei personenverschiedenen Individuen niemals tatbestandlich identisch sein, sodass Gleichheit nie i.S.v. Identität, sondern nur i.S.v. Vergleichbarkeit zu verstehen ist, Epping V: Grundrechte, Berlin 9. Aufl. 2021, S. 419 ff.; erforderlich ist damit die Bildung von Vergleichsgruppen, vgl. BVerfGE 52, 277 (280), 16.10.1979.
- <sup>133</sup> BVerfGE 1, 14 (52), 23.10.1951.
- <sup>134</sup> Zur Korrelation mit Behandlungspräferenzen Burdette A et al.: Religion and Attitudes Toward Physician-Assisted Suicide and Terminal Palliative Care, in: Journal for the Scientific Study of Religion 2005, 44(1), S. 79-93.
- <sup>135</sup> Sharadin, Fn. 70, S. 569.
- <sup>136</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 206 final.
- <sup>137</sup> Vgl. Erwägungsgrund 44 des KI-VO-E.
- <sup>138</sup> Schönberger D: Artificial intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications, in: International Journal of Law and Information Technology 2019, 27(2), S. 171-203, S. 185, zitiert Hardt M: How Big Data is Unfair, Medium, 26.09.2014, <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de> (Stand: 05.12.2023).
- <sup>139</sup> Vgl. Schönberger, Fn. 138, S. 185. Bei alledem ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach h.M. jedenfalls Art. 3 Abs. 1, nach wohl noch h.M. aber auch Art. 3 Abs. 3 GG keine Schutzpflichten in dem Sinne zu entnehmen wären, dass die besonderen Differenzierungsverbote und der allgemeine Gleichheitssatz private Rechtsbeziehungen determinieren würden; vgl. Dietlein J: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992, S. 185 f.; Uerpmann-Witzack R: Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten, in: ZaöRV 2008 (68), S. 359-370, m.w.N. zum Streitstand.
- <sup>140</sup> Lamanna, Byrne, Fn. 12, S. 906.
- <sup>141</sup> Fagerlin, Fn. 42.
- <sup>142</sup> Vgl. Biller-Andorno, Biller, Fn. 12, S. 1482; s.a. Applin S, Fischer M: New technologies and mixed-use convergence: How humans and algorithms are adapting to each other, in: 2015 IEEE international symposium on technology and society (ISTAS), 2015, S. 1-6; Stark M/Fins J: Engineering Medical Decisions: Computer Algorithms and the Manipulation of Choice, in: Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 2013, 22, S. 373-381.
- <sup>143</sup> Vgl. die Nachweise bei Mittelstadt, Fn. 11, S. 7.
- <sup>144</sup> Ebd.
- <sup>145</sup> Macnish K: Unblinking eyes: the ethics of automating surveillance, in: Ethics and Information Technology 2012, 14(2), S. 151-167, S. 158; s.a. Friedman B, Nissenbaum H: Bias in computer systems, in: ACM Transactions on Information Systems 1996, 145(3), S. 330-347; Hildebrandt M: Who Needs Stories if You Can Get the Data? ISPs in the Era of Big Number Crunching, in: Philosophy & Technology 2011, 24, S. 371-390; Morek R: The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View, in: The University of Toledo Law Review 2006, 38(1), S. 163-192.
- <sup>146</sup> Sharadin, Fn. 70, S. 572 f.

- <sup>147</sup> Funder, West, Fn. 88; s.a. Youyou et al., Fn. 80, S. 1036, 1038.

<sup>148</sup> Vgl. Mittelstadt, Fn. 11, S. 7, m.w.N.

<sup>149</sup> Cohen et al., Fn. 11, S. 1142.

<sup>150</sup> S. Fn. 93.

<sup>151</sup> Treffend Burell J: How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms, in: Big Data & Society 2016, 3(1), S. 1-12, S. 1: „if one is a recipient of the output of the algorithm (the classification decision), rarely does one have any concrete sense of how or why a particular classification has been arrived at from inputs“.

<sup>152</sup> Ebd., S. 5.

<sup>153</sup> Ebd., S. 1 ff.

<sup>154</sup> Der Begriff wird oft Pasquale F: The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information, Cambridge/London 2015, zugeschrieben.

<sup>155</sup> Vgl. Mittelstadt et al.; Fn. 11, S. 6; Hildebrandt M: Who Needs Stories if You Can Get the Data? ISPs in the Era of Big Number Crunching, in: Philosophy and Technology 2011, 24(4), S. 371-390, S. 375 ff.; Burell, Fn. 151, S. 1 ff.; Tutt A: An FDA for Algorithms, in: Administrative Law Review 2017, 69(1), S. 83-123, S. 83 ff.

<sup>156</sup> Vgl. Tutt, Fn. 155, S. 90: „What makes them valuable is what makes them uniquely hazardous“.

<sup>157</sup> Matthias A: The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata, in: Ethics and Information Technology 2004, 6, S. 175-183, S. 179; Sandvig C et al.: Auditing algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms, 2014, S. 1 ff., <https://websites.umich.edu/~csandvig/research/Auditing Algorithms -- Sandvig -- ICA 2014 Data and Discrimination Preconference.pdf> (Stand: 05.12.2023).

<sup>158</sup> Zur Beeinträchtigung von Aufsicht und Einflussnahme Matthias, Fn. 157, S. 182 f., und Kitchin R: Thinking critically about and researching algorithms, in: Information, Communication & Society 2016, 20(1), S. 14-29; zur Erschwernis für staatliche Algorithmen-Regulierung Wischmeyer T: Regulierung intelligenter Systeme, in: AöR 2018, 143, S. 1-66, S. 42 ff.

<sup>159</sup> Zum Problem von Vertrauen im Kontext intelligenter und autonomer Systeme siehe den Vortrag von Dahlhaus D: Trust as a Challenge of the Digital Age, 2019 session of the Group of Governmental Experts on emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems (GGE on LAWS) of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons, am 21.08.2019, United Nations Office at Geneva; Mittelstadt et al., Fn. 11, S. 7; s.a. Hengstler M et al.: Applied artificial intelligence and trust – The case of autonomous vehicles and medical assistance devices, in: Technological Forecasting & Social Change 2016, 105(C), S. 105-120; Siau K/Wang W: Building Trust in Artificial Intelligence, Machine Learning, and Robotics, in: Cutter Business Technology Journal 2018, 31(2), S. 47-53; Stormont D: Analyzing Human Trust of Autonomous Systems in Hazardous Environments, in: Proceedings of the Human Implications of Human-Robot Interaction Workshop at AAAI 2008, S. 27-32; Leetaru K: In Machines We Trust: Algorithms Are Getting Too Complex To Understand, in: Forbes, 4. Januar 2016, <https://www.forbes.com/sites/kalevleetaru/2016/01/04/in-machines-we-trust-algorithms-are-getting-too-complex-to-understand/> (Stand: 05.12.2023).

<sup>160</sup> Vgl. Mittelstadt et al., Fn. 11, S. 6: „As many critics have observed [...], transparency is often naïvely treated as a panacea for ethical issues arising from new technologies“.

<sup>161</sup> Martini M, Nink D: Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, in: NVwZ Extra 2017, 10, S. 1-14, S. 11.

<sup>162</sup> Wischmeyer T: Regulierung intelligenter Systeme, in: AöR 2018 (143), S. 1-66, S. 53, m.w.N. in dortiger Fn. 210.

<sup>163</sup> Vgl. ErwGr. 63 DSGVO; BGHZ 200, 38.

<sup>164</sup> Wischmeyer, Fn. 162, S. 64 f., schlägt insoweit die Einführung von In-camera-Verfahren oder die Sanktionierung von Verschwiegenheitspflichten für sachverständige Kontrolleure vor.

<sup>165</sup> Der Begriff des antizipatorischen Systemvertrauens stammt aus dem Kontext der Funktionen des ärztlichen (Berufs-)Ethos, vgl. Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer: Ärztli-

ches Handeln zwischen Berufsethos und Ökonomisierung. Das Beispiel der Verträge mit leitenden Klinikärztinnen und -ärzten, in: DÄBl. 2013, S. A 1752-A 1756, S. A 1755; es Sorge dafür, dass „jeder potentielle Patient, [der] einem Mitglied [des ärztlichen] Berufsstandes begegnet, [...] ohne es kontrollieren zu können, allein über die Berufszugehörigkeit eine bestimmte moralische Ausrichtung und fachliche Qualität des Mitglieds erwarten [dürfe]“, Wiesing U: Ärztliche Berufsethik, in: Sturm D/Heinrichs B (Hrsg.), Handbuch Bioethik, Stuttgart 2015, S. 189-194, S. 191; s.a. Schluchter W: Rationalismus der Weltbeherrschung. Studien zu Max Weber, Frankfurt am Main 1980, S. 185 ff., insb. S. 191; Dahlhaus D, Schmollinger S: Wirtschaftlichkeit und Patientenwohl, in: rescriptum 2016, S. 103-109, S. 105 f.

<sup>166</sup> Youyou et al., Fn. 80, S. 1039.

<sup>167</sup> Kersten J: Menschen und Maschinen. Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen, in: JZ 2015, 70(1), S. 1-8, S. 3.

<sup>168</sup> Martini, Nink, Fn. 161, S. 3; vgl. BVerfGE 30, 1 (26), 15.12.1970.

<sup>169</sup> Wischmeyer, Fn. 162, S. 49 ff.

<sup>170</sup> Dies ist mit Wischmeyer, ebd., S. 63, erst als zweiter Schritt in einer Kontrollarchitektur relevant.

<sup>171</sup> Umfassend zu Funktionen und Ausgestaltung der von Begründungserfordernissen Wischmeyer, ebd., S. 54 ff.

<sup>172</sup> European Commission: White Paper. On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, Brussels 19.02.2020, COM(2020) 65 final.

<sup>173</sup> Hinton G (@geoffreyhinton): Tweet, 20.02.2020, <https://twitter.com/geoffreyhinton/status/1230592238490615816?s=20> (Stand: 23.10.2023).

<sup>174</sup> Vgl. dazu auch European Commission: White Paper. On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, 19.02.2020, COM(2020) 65 final.

<sup>175</sup> European Commission: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 21.04.2021, COM(2021) 206 final.

<sup>176</sup> Verordnung (EU) 2017/745 vom 05.04.2017.

<sup>177</sup> Vgl. John S: Patient Preference Predictors, Apt Categorization, and Respect for Autonomy, in: Journal of Medicine and Philosophy 2014, 39, 169-177, S. 173 ff.; ders.: Messy autonomy: Commentary on Patient preference predictors and the problem of naked statistical evidence, in: Journal of Medical Ethics 2018, 44(12), S. 864; Jardas EJ et al.: Autonomy-based criticisms of the patient preference predictor, in: Journal of Medical Ethics EPUB 17.12.2021, S. 1-7, S. 4.

<sup>178</sup> Vgl. Sharadin, Fn. 70, S. 569.

<sup>179</sup> John, Fn. 177, S. 173.

<sup>180</sup> Ebd.

<sup>181</sup> Vgl. Jardas EJ et al.: Autonomy-based criticisms of the patient preference predictor, in: Journal of Medical Ethics EPUB 17.12.2021, S. 1-7, S. 6, m. Verweis auf Rid A et al.: Patients' priorities for treatment decision making during periods of incapacity: quantitative survey, in: Palliative & Supportive Care 2015, 13(5), S. 1165-1183.

<sup>182</sup> Ebd., S. 4.

<sup>183</sup> Vgl. ebd., S. 5, mit ausführlicher Begründung.

<sup>184</sup> Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, Rn. 431.

<sup>185</sup> Aus ethischer Perspektive a.A.: Hubbard R, Greenblum J: Surrogates and Artificial Intelligence: Why AI Trumps Family, in: Science and Engineering Ethics 2020, 26, S. 3217-3227, S. 3218, 3222 ff., die fordern, dass, wenn weder ein Vorsorgebevollmächtigter bestellt ist noch eine Patientenverfügung vorliegt, der behandelnde Arzt ausschließlich den Empfehlungen des *Autonomy Algorithm* folgen und nicht Angehörige und Vertrauenspersonen konsultieren sollte; zur Begründung stellen sie aus Patientensicht vor allem auf die wahrscheinlich größere Prädiktionsgenauigkeit und aus Sicht der Angehörigen auf die mit der Einbindung in den Entscheidungsprozess verbundenen Belastungen ab und lehnen – insoweit wohl zutreffend – die Auffassung ab, die Familie des einwilligungsfähigen Patienten habe alleine aufgrund der besonderen familiären Beziehung das Recht, für

ihn medizinische Entscheidungen zu treffen. Für das deutsche Recht ordnet demgegenüber § 1828 Abs. 2 BGB explizit an, dass nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen die Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden soll (wobei die Ausgestaltung als Soll-Vorschrift Spielraum für die Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls – etwa ein zeitkritischer Charakter der Entscheidung oder ein entgegenstehender Patientenwille – lässt); der darin zum Ausdruck kommenden Ratio wird i.E. auch aus ethischer Perspektive zuzustimmen sein, solange der Maßstab die möglichst weitgehende Wahrung des medizinischen Selbstbestimmungsrechts durch möglichst genaue Einschätzung des mutmaßlichen Patientenwillens ist: In diesem Fall ist es imperativ, zunächst alle verfügbaren Anhaltspunkte für diesen heranzuziehen und gegebenenfalls in einem zweiten Schritt einzelne stärker zu gewichten; s.a. Jardas, Fn. 181, S. 2 f.

<sup>186</sup> Rönnau T, Meier N: Grundwissen Strafrecht: Mutmaßliche Einwilligung, in: JuS 2018, S. 851-855, S. 854.

<sup>187</sup> Nur im Eilfall darf der Arzt hingegen bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens davon ausgehen, dass der Patient, über den sonst nichts Genaues bekannt ist, mit den in seinem objektiven Interesse liegenden medizinisch indizierten Maßnahmen auch subjektiv einverstanden sein wird: Deutsch, Spickhoff, Fn. 17, Rn. 431. Der *Autonomy Algorithm* verspricht demgegenüber, selbst in einem solchen Eilfall schnellen und genauen Aufschluss über den wirklichen oder wenigstens mutmaßlichen Patientenwillen zu geben.

<sup>188</sup> Schneider, Fn. 29, Rn. 49, mit Hervorhebungen im Original.

<sup>189</sup> Ein solcher Einsatz wird weder für den Patient Preference Predictor, noch für den Autonomy Algorithm gefordert; vgl. Sharadin, Fn. 70, S. 859 f.

<sup>190</sup> Youyou et al., Fn. 80, S. 1039.

<sup>191</sup> Spickhoff A: § 1901a BGB Patientenverfügung, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, München 2018, 3. Aufl., Rn. 14 f.

<sup>192</sup> Näher dazu unten, IV.3.

<sup>193</sup> Treffend Kim S: Improving Medical Decisions for Incapacitated Persons: Does Focusing on 'Accurate Predictions' Lead to an Inaccurate Picture?, in: Journal of Medicine and Philosophy 2014, 39, S. 187-195, S. 191 f.: „Accuracy is an important consideration to be sure; but we want someone to incorporate that consideration in an exercise of judgment. Many people value the certainty of their trust in their loved ones over the uncertainty of applicability of their current preferences in the future. One might even see this as a more thoughtful and rational (and therefore more autonomous) choice“; s. aber auch Jardas et al., Fn. 181, S. 2 f. Zum Teil wird sogar eine Disposition über das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Form des medizinischen Selbstbestimmungsrechts dergestalt für möglich erachtet, dass seine tatsächliche Ausübung einem Dritten überlassen werden könne; vgl. Füllmich R: Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Frankfurt am Main u.a. 1990, S. 103 ff., 120, mit Blick auf BGHZ 15, 249, 26.11.1954; s.a. Langenfeld A: Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, Konstanz 1994, S. 93. Der so Bevollmächtigte in Gesundheitsangelegenheiten bleibt jedoch in jedem Fall ohne Weiteres an den Standard des substituted judgment gebunden, § 630d Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 1827 Abs. 2 Satz 1 BGB.

<sup>194</sup> Zhu X et al.: Do We Need More Training Data?, in: International Journal of Computer Vision 2016, 119(1), S. 76-92; Mahapatra S: Why Deep Learning over Traditional Machine Learning, Towards Data Science, 21. März 2018, <https://towardsdatascience.com/why-deep-learning-is-needed-over-traditional-machine-learning-1b6a99177063> (Stand: 23.10.2023).

<sup>195</sup> Hardt M: How Big Data is Unfair, in: Medium, 26.09.2014, <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de> (Stand: 23.10.2023); siehe dazu auch Schönberger D: Artificial intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications, in: International Journal of Law and Information Technology 2019, 27(2) S. 171-203, S. 9 ff., m.w.N.

<sup>196</sup> Vgl. zum Beispiel Barnato A et al.: Racial and ethnic differences in preferences for end-of-life treatment, in: Journal of General Internal Medicine 2009, 24(6), S. 695-701.

<sup>197</sup> Biller-Andorno, Biller, Fn. 12, S. 1481 f.

- <sup>198</sup> Mittelstadt et al., Fn. 11, S. 4.
- <sup>199</sup> S.a. Sharadin, Fn. 70, S. 858 f.
- <sup>200</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden Rid, Wendler, Fn. 41, S. 118.
- <sup>201</sup> Schneider, Fn. 29, Rn. 49; fehlt es an der erforderlichen Sicherheit, so fehlt es an einem feststellbaren mutmaßlichen Willen, sodass nach dem Wohl des Patienten und in dubio pro vita zu entscheiden ist.
- <sup>202</sup> Deutsch, Spickhoff, Fn 17., Rn. 439 f., m.w.N. zur einschlägigen Rechtsprechung zur Notwendigkeit einer Aufklärung über Behandlungsalternativen.
- <sup>203</sup> De Vries P et al.: The effects of errors on system trust, self-confidence, and the allocation of control in route planning, in: International Journal of Human-Computer Studies 2003, 58(6), S. 719-735.
- <sup>204</sup> Mosier K, Skitka L: Human Decision Makers and Automated Decision Aids: Made for Each Other?, in: Parasuraman R, Mouloua M (Hrsg.), Automation and human performance: Theory and applications, Boca Raton 1996, 201-220, S. 205.
- <sup>205</sup> Cummings M: Automation Bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems, in: AIAA 1st Intelligent Systems Technical Conference, Volume 2, 2004, S. 557-562.
- <sup>206</sup> Watson P: Reasoning about a rule, in: Quarterly Journal of Experimental Psychology 1968, S. 273-281.
- <sup>207</sup> S.o. Fn. 94.
- <sup>208</sup> Cummings M: Automation and Accountability in Decision Support System Interface Design, in: Journal of Technology Studies 2006, 32(1), S. 23-31, S. 26; grundlegend dies.: Creating moral buffers in weapon control interface design, in: IEEE Technology and Society Magazine 2004, 23(3), S. 28-33.
- <sup>209</sup> Cummings, Fn. 208, S. 28, m.w.N.; s.a. Reeves B, Nass C: The Media Equation: How People Treat Computers, Television and New Media Like Real People and Places, Cambridge 1996.
- <sup>210</sup> Cummings, ebd.
- <sup>211</sup> Mit anderer Begründung aber i.E. ebenso Orwat C: Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen (hrsg. von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes), Berlin 2019, S. 92.
- <sup>212</sup> Biller-Andorno, Biller, Fn. 12, S. 1483: „it would have too great an effect on decisions, with predictions taken at face value and immediately guiding and providing justification for clinical action“.
- <sup>213</sup> Ebd.
- <sup>214</sup> Wendler, Fn. 63.
- <sup>215</sup> Der *Patient Preference Predictor* wurde den befragten Personen wie folgt erklärt: „Your doctors could look up in a database or computer which treatments people like you would want in your situation. People like you are people who are of the same gender, similar age, similar education, and similar cultural background. Your doctors and your [surrogate using a durable power of attorney form or family] could then consider this information when deciding how to treat you“ (Wendler, Fn. 63, S. 236).
- <sup>216</sup> Wendler, Fn. 63, S. 237 ff.; s.a. Jardas et al., Fn. 181, S. 2.
- <sup>217</sup> Wohl a.A., allerdings ohne jede Begründung: Hubbard R, Greenblum J: Surrogates and Artificial Intelligence: Why AI Trumps Family, in: Science and Engineering Ethics 2020 (26), S. 3217-3227, S. 3218.
- <sup>218</sup> Zum Streitstand im Hinblick auf die an die Mutmaßung zu stellenden Anforderungen Taupitz J: Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, München 2000, A 36 ff.; Fischer G: Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Ahrens H-J et al. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch: zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1999, S. 545-560, S. 554 ff.
- <sup>219</sup> Sharadin, Fn. 70, S. 569.
- <sup>220</sup> BGHSt 35, 246 (249), 25.03.1988; s.a. BGHSt 40, 257, 13.09.1994.
- <sup>221</sup> BT-Drs. 16/8442, S. 11.

- <sup>222</sup> Burchardt M: Die Vertretung handlungsunfähiger volljähriger Patienten durch Angehörige, Göttingen 2010, S. 74 f.; Sommer A: Die ärztliche Schweigepflicht, in: VersMed 1998, S. 1-2; Langkeit J: Umfang und Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht gemäß § 203 I Nr. 1 StGB, in: NSTZ, 1994, S. 6-10, S. 8.
- <sup>223</sup> Ob diese Anhaltspunkte wiederum durch einen Algorithmus geliefert werden können, soll an dieser Stelle indes nicht weiter erörtert werden.
- <sup>224</sup> Nürnberger S, Bugiel S: Autonome Systeme, in: DuD 2016, 8, S. 503-506, S. 504; Wischmeyer, Fn. 158, S. 45.
- <sup>225</sup> Harasta J: Trust by Discrimination: Technology Specific Regulation & Explainable AI, in: Nalepa G et al. (Hrsg.), Proceedings of the Explainable AI in Law Workshop (XAILA), 2018, S. 2-8, S. 3.
- <sup>226</sup> Biller-Andorno, Biller, Fn. 12, S. 1482 f.

Dominik Dahlhaus ist Dozent für Ethik und Recht der Informationstechnologie an der Technischen Universität München sowie Mitglied der Akademie für Ethik in der Medizin.

## Transhumanismus. Die Optimierung und Objektivierung des Menschen in Medizin und Kunst

von Marie Kuss, M.mel.

### 1 Utopie und Dystopie einer schönen neuen Welt

„Utopien erweisen sich als weit realisierbarer, als man früher glaubte.“<sup>1</sup> Mit diesem Zitat des russischen Philosophen Nikolai Alexandrowitsch Berdjajew wird Aldous Huxleys 1932 erschienener dystopischer Roman *Brave New World* eingeleitet. Berdjajew scheint Recht zu haben: Digitalisierung, Robotisierung und künstliche Intelligenz sind längst keine Utopien vergangener Zeit. Wir formen Hochkulturen, forschen in der Medizin und errichten uns eine schöne neue Welt. Die Möglichkeit der Optimierung des Menschen in genetischer und kybernetischer Hinsicht ist in greifbarer Nähe. Wir leben länger und wir leben besser – doch zu welchem Preis? Der öffentliche Diskurs über diese Thematik könnte nicht kontroverser sein. Während Transhumanisten<sup>2</sup> wie Ronald Bailey den Schritt der Perfektionierung des Menschen als „the most daring, courageous, imaginative, and idealistic aspirations of humanity“<sup>3</sup> begrüßen, sehen Kritiker wie Francis Fukuyama diese Entwicklung als „the world’s most dangerous idea.“<sup>4</sup> Die Kritik geht sogar so weit, dass von einer „Abschaffung des Menschen, so wie wir ihn bisher kannten“<sup>5</sup>, die Rede ist. Die Evolution und auch natürliche Selektion, so wie Darwin sie beschreibt, können durch neue Technologien künstlich beeinflusst werden und den Menschen in eine nächst höhere Entwicklungsstufe oder bis zur Unsterblichkeit führen, sofern es sie geben kann. Doch der Wunsch nach „schneller, höher, weiter“ birgt auch seine Schattenseiten. Durch die Radikalisierung des Nationalsozialismus fällt der vermeintlich minderwertige Mensch dem Idealbild zum Opfer. Seit den 80er-Jahren wird eine heftige Debatte darüber geführt, ob Menschen verbessernde Maßnahmen innerhalb der Medizin eingesetzt werden sollten oder nicht.<sup>6</sup> Woher kommt der Wunsch nach Optimierung und wohin könnte er uns führen? Grundlegende ethische, juristische und politische Überlegungen gehen mit diesen Fragen einher. Die folgende Arbeit soll eine Übersicht über aktuelle Entwicklungen, Ziele und Technologien rund um das Thema Transhumanismus geben und sowohl Probleme als auch Chancen erläutern. Dazu werden einleitend Beispiele aus der Kunst herangezogen sowie die Richtung des Transhumanismus in Bezug zum Optimierungsstreben vorgestellt. Anschließend erfolgt eine Übersicht medizinischer Möglichkeiten, auf deren Grundlage bisherige juristische Gedanken dargelegt werden. Eine abschließende philosophische Diskussion soll beantworten, was aus dem Menschen wird, wenn sich der Transhumanismus in unserer Gesellschaft durchsetzt.

## 2 Der kreierte Mensch in der Kunst – Boschs Metamorphose und Ikarus‘ Übermut

„Miserrimi quippe est ingenii semper uti inventis et nunquam inveniedis“<sup>7</sup> Dieses Zitat auf der Zeichnung *Der Wald hat Ohren, das Feld hat Augen* um 1502-1505 des niederländischen Meisters Hieronymus Bosch (1450-1516) beschreibt die grundlegende Konzeption seines Gesamtœuvres.<sup>8</sup> Bosch ist bekannt für das Phantastische, für bizarre Kreationen und höllische Metamorphosen. Die hybriden und grotesken Kreaturen in Boschs Werken stehen ganz in der ikonografischen Tradition des Christentums und sind dem Betrachter eine Warnung vor moralischen Unzulänglichkeiten. Sie symbolisieren die Abgründe der menschlichen Vorstellungskraft, stehen für die Versuchung des Bösen und sind durchweg negativ konnotiert.<sup>9</sup> Der Kopf in Form eines Schweines in *Die Versuchung des Heiligen Antonius* um 1512-1516<sup>10</sup> entlarvt beispielsweise einen Priester während der Messe als verlogen und falsch. Die aus den Rippen herausquellenden Gedärme sind als Zeichen der Vergänglichkeit und des Todes zu deuten.<sup>11</sup> Boschs Bilder verfolgen die Intention, aus dem Betrachter einen besseren Menschen zu machen, der sich in Anbetracht der Gräuel für das Richtige und Gute entscheiden soll. Konrad Paul Liessmann sieht in diesem Vorhaben, besonders im Christentum, ein gewisses Verbesserungs- und Optimierungsstreben.<sup>12</sup> Boschs Werke sind moralisch aufgeladen und zeigen die Aussicht auf ewige Verdammnis der gepeinigten Seelen. Die negative Seite der Unsterblichkeit, Höllenqualen und grausame Monster haben schon die Kreativität so mancher Künstler angeregt. Vergleichbar sind Werke von Martin Schongauer (um 1480) und Lucas Cranach d. Ä. (um 1506) in der Tradition des Heiligen Antonius.<sup>13</sup> Der Tod ist etwas, dass die Menschen seit jeher beschäftigt – und er ist beängstigend. Dagegen scheint laut Torsten Richter eine positive Version der Unsterblichkeit „die Vorstellungskraft zu lähmen und sich der Darstellung zu entziehen“<sup>14</sup>, denn gegensätzlich zur Dystopie erzeuge sie „eine schaffenslähmende Eintönigkeit, bestenfalls Kitsch und versagt sich damit ihrer Beschreibung.“<sup>15</sup> Doch es scheint sie zu geben, diese utopische Vorstellung von einem längeren, besseren Leben, von einer potentiellen Unsterblichkeit, dank einer Verbindung von Mensch und Technologie.<sup>16</sup> Man nennt sie den Transhumanismus. Der Transhumanismus (trans lat. jenseits, darüber hinaus) versucht einen besseren, perfekten Menschen hervorzubringen. Eberhard J. Wormer sieht Boschs Metamorphose als Inspirationsquelle und Bosch selber als „Urahn des Transhumanismus“.<sup>17</sup> Doch wie kommt Wormer auf diese Einschätzung? Ist eine Verschmelzung des Menschen mit Technologie als Utopie zu deuten oder entpuppt sie sich als bizarre Kreation?

In der *Landschaft mit dem Sturz des Ikarus*<sup>18</sup> um 1555-68 des niederländischen Renaissance-Malers Pieter Bruegel wird darauf aufmerksam gemacht, inwiefern „der Mensch die Natur [...] bearbeitet, kultiviert und beherrscht.“<sup>19</sup> Zu sehen

sind ein Fischer, ein Angler und ein Bauer, die ihrer Arbeit nachgehen. Doch bei genauer Betrachtung wird im unteren rechten Bildrand der Todessturz des Ikarus in die Fluten angedeutet. Gegenteilig zu dem Staunen, welches in Ovids Metamorphosen beschrieben wurde, scheint dies jedoch keiner der Arbeiter wahrzunehmen.<sup>20</sup> Die Bedeutung dieser Darstellungsart lässt viele Lesarten zu. Die Warnung von Ikarus' Vater Daidalos wird oft als Parabel übermütiger und unüberlegter Nutzung von Technik interpretiert:<sup>21</sup> „Fliegst du[...] zu hoch, dann wird die Glut [der Sonne die Flügel] versengen.“<sup>22</sup> Und was geschah? Ikarus flog zu hoch, der Sonne zu nahe, das Wachs seiner Flügel schmolz und er stürzte ab. Doch das Ereignis bleibt unkommentiert. Mit diesem Bildthema scheint Bruegel kurz und knapp das Spannungsfeld zwischen Mensch und Naturbeherrschung zu skizzieren und die Frage aufzuwerfen, wie sich der Mensch gegenüber der Natur zu verhalten hat. Schenken die Akteure, in unserem Fall der Bauer, Angler und Fischer, dem technischen Fortschritt und dem eindeutigen Scheitern (Ikarus') auf diesem Gemälde zu wenig Aufmerksamkeit? Oder betont der Maler durch die Größe der Szene, wie vermessen der Versuch ist, die Sonne erreichen zu wollen, wodurch ein Scheitern vorprogrammiert sei?

Beide Bildaussagen von Bosch und Bruegel könnten moralisch geprägt sein und eine Warnung enthalten. Während Bosch, durch das Aufzeigen der Konsequenzen, den Mensch dazu aufruft, sich gut und richtig zu verhalten, betont Bruegel den Übermut des Menschen im Umgang mit Optimierungsmöglichkeiten und übermenschlichen Eigenschaften, symbolisiert durch Ikarus' Flügel.

Die von Bosch und Bruegel angeführte Thematik lässt sich nicht nur in der Malerei wiederfinden. Der künstliche, optimierte Mensch hat auch in der Welt der Aktionskünstler, Schriftsteller, Mode- und Filmemacher lange Tradition. Beispiele sind Mary Shelleys Roman *Frankenstein* von 1818, der davon erzählt, wie Viktor Frankenstein einen künstlichen Menschen erschafft; der bereits erwähnte Roman *Brave New World* (1932) von Aldous Huxley, bei dem eine Manipulation der Menschheit durch Gentechnik und Indoktrinierung erfolgt; Donna Haraways feministisches *Cyborg Manifesto*, das die Mensch-Maschine-Verbindung aufzeigt; *Star Wars – Angriff der Klonkrieger* (2002), der sowohl die medizinische Möglichkeit der Klonung als auch die bewusste Kontrolle und Handlungsausführung durch die Order 66 verdeutlicht; Johnny Depp in der Hauptrolle von Wally Pfisters Film *Transcendence* (2014), der sich mit den Konsequenzen eines mit dem Internet verbundenen und hochgeladenen Bewusstseins des Protagonisten beschäftigt; Patricia Piccinini *Still Life With Stem Cells*<sup>23</sup>, deren Plastiken biotechnologisch manipulierte Natur darstellen; Thierry Muglers Modeschöpfungen, die mit Material und avantgardistischer Form die Diskussion um freie Selbstdarstellung anführt;<sup>24</sup> sowie das Metabody-Projekt *Pangender-Cyborg* von Jaime del Val, der eine Apparatur entwickelte, um seinen nackten Körper durch eine postanatomische Perspektive an eine Wand zu projizieren und somit Ge-

schlechtlichkeit aufhebt.<sup>25</sup> Ob Klassiker der Literaturgeschichte, zeitgenössische Kunst oder Hollywood-Blockbuster – die Reihe um spekulative Experimente und utopische und dystopische zukünftige Entwicklungen der Menschheit ist unendlich fortsetzbar. Diesem Themengebiet des Ungewissen und Spekulativen hat sich besonders das Genre der Science-Fiction gewidmet. Heinz-Peter Preußner ist der Ansicht, dass sich gerade Science-Fiction-Filme „zur anthropologischen Selbstreflexion“<sup>26</sup> anbieten. „Ihr Sujet ermöglicht bereits, Fragehorizonte zu entwickeln, welche die Bestimmung des Menschen als Gattungswesen betreffen.“<sup>27</sup> Fiktive Grenzüberschreitungen werden somit zeitlich und räumlich kreiert. Die Zukunft wird damit als Experimentalraum genutzt, der sowohl positiv als auch negativ interpretiert werden kann. Filme, Bücher und Kunst dienen der Bewusstwerdung darüber, was passieren könnte, wenn das Fantastische zur Wirklichkeit wird. Sie motivieren, darüber nachzudenken, welche gesellschaftlichen, politischen, medizinischen, sozialen oder ethischen Auswirkungen bestimmte Bewegungen und die Entwicklung neuer Technologien haben können.<sup>28</sup>

### 3 Grundlage, Definition und Kernideen des Transhumanismus

Der Transhumanismus stellt eine intellektuelle, philosophische Denkrichtung dar, die die Optimierung und Verbesserung des Menschen durch Nutzung von Technologie beabsichtigt. Die Wurzeln des Transhumanismus liegen im Renaissance-Humanismus ab dem 15. Jahrhundert (zu erwähnen sei hier Pico della Mirandola) und in der Aufklärung (insb. Immanuel Kant bzw. schon Francis Bacon). Darüber hinaus werden auch der ca. 5000 Jahre alte Gilgamesch-Epos als Vorläufer sowie der Einfluss utilitaristischen Gedankenguts des 19. Jahrhunderts von Jeremy Bentham und John Stuart Mill betont.<sup>29</sup> „Man remaining man, but transcending himself, by realizing new possibilities of and for his human nature“<sup>30</sup>, so beschreibt Julian Huxley, der erste UNESCO-Generaldirektor und Bruder des bereits erwähnten Schriftstellers Aldous Huxleys, in seinem Buch *New bottles for new wine* seine Vorstellung vom Transhumanisten und prägt erstmalig diesen Begriff. Fereidoun M. Esfandiary, der sich aus Überzeugung in FM-2030 unbenannt hat, gebrauchte den Begriff transhuman für „transitional human“<sup>31</sup> (Übergangsmensch). Jürgen Habermas sieht den Transhumanismus dagegen in einem religiösen Kontext, indem er ihn als „Weltanschauung einer Sekte“<sup>32</sup> beschreibt. Allem gemeinsam beruht der Transhumanismus „auf der Überzeugung, dass sich die Menschheit mit wissenschaftlich-technischen Mitteln radikal selbst verändern wird“<sup>33</sup> und dem Vorhaben, diesen Veränderungsprozess zu beschleunigen. Von Vertretern des Transhumanismus werden Optimierungsprozesse und -technologien gänzlich befürwortet. Somit ist ein grundlegendes Merkmal dieser Richtung die radikale Befürwortung von Enhancement-Technologien.<sup>34</sup> Technologien werden als Werkzeug gesehen, um den

nächsten Entwicklungsschritt des Menschen im Sinne einer neuen Spezies zu erreichen – die posthumane. „Anders als dem Transhumanismus ist dem Posthumanismus nicht mehr primär an ‚dem‘ Menschen gelegen, sondern er hinterfragt die tradierten, zumeist humanistischen Dichotomien wie etwa Frau/Mann, Natur/Kultur oder Subjekt/Objekt, die zur Entstehung unseres gegenwärtigen Menschen- und Weltbilds maßgeblich beigetragen haben.“<sup>35</sup> Der Transhumanist befindet sich im Übergang vom Menschen zum Posthumanen, der dadurch charakterisiert ist, dass er eine Eigenschaft besitzt, die sich gänzlich von denen derzeit lebender Menschen unterscheidet. Der Posthumane hingegen bildet eine neue Spezies oder, wenn man es so klassifiziert, eine spezielle Form der Art Mensch, die beispielsweise gar keine biologische Entität mehr ist, sondern im Netz existieren könnte.<sup>36</sup> Der Transhumane ist dagegen noch innerhalb der Spezies Mensch anzusiedeln, jedoch mit Eigenschaften, die über das bisher Menschenmögliche hinausgehen. Der schwedische Philosoph und Mitbegründer der World Transhumanist Association (WTA) Nick Bostrom geht davon aus, dass wir durch eine moralische Verpflichtung zum Fortschritt in der Lage sind, uns in einen Posthumanen zu verwandeln.<sup>37</sup> Der Bezug zu Darwins Evolutionstheorie *On the Origin of Species* von 1859 ist dabei grundlegend. So sehen einige Transhumanisten den Posthumanen im Vergleich zum Menschen, wie wir den Menschen derzeit zum Affen betrachten.<sup>38</sup> Entwicklung und Weiterentwicklung ist eine der essenziellsten Vorstellungen des Transhumanismus. „Biomedizinische Mittel [sind] zulässige Fortsetzungen der menschlich gesteuerten Evolution, und somit auch [...] einer Transformation der menschlichen Natur.“<sup>39</sup> Nicht nur die natürliche Selektion, sondern auch die aktive menschliche Selektion sind richtungsweisend. Aus anthropozentrischer Position schreiben einige Transhumanisten dem Menschen einen Sonderstatus, Eigenwert und moralischen Vorteil gegenüber anderen Lebewesen zu, da sie den Transhumanismus als technologischen Humanismus ansehen.<sup>40</sup> Dagegen hat die Überwindung der Natur des Menschen für andere Transhumanisten ethische und anthropologische Konsequenzen, weshalb sie „das transhumanistische Denken als postanthropozentrischen Diskurs [...] deuten“<sup>41</sup> und den Menschen nicht länger als Krone der Schöpfung sehen „oder als Entitäten, die sich kategorial von rein natürlichen unterscheiden, sondern sie werden als nur graduell verschieden von anderen natürlichen Wesen verstanden.“<sup>42</sup>

Laut Stefan Lorenz Sorgner wurde der Transhumanismus, abseits von der in dieser Arbeit noch folgenden Sloterdijk-Habermas-Debatte, in Deutschland weder akademisch noch öffentlich diskutiert.<sup>43</sup> Auch Habermas' kritische Stellungnahme aus dem Jahr 2001 betont, dass dieser „Hand voll ausgeflippter Intellektueller [...] die breitenwirksame Ansteckungskraft [fehlt].“<sup>44</sup> Einen Grund sieht Sorgner in der biokonservativen Haltung der deutschen Forschung. Ihr gegenüber repräsentiert der Transhumanismus nicht nur „einen liberalen Gegenpol,

sondern die wohl radikalste Form der Bejahung von naturwissenschaftlichen, medizinischen und technischen Entwicklungen.“<sup>45</sup> Zu diesen Entwicklungen zählen nach Christian Klaes die folgenden Aspekte, die er gleichzeitig als die Kernideen des Transhumanismus definiert:

Fortschritt, Molekulare Nanotechnologie, Kryonik, Künstliche Intelligenz, Uploading und technologische Singularität.<sup>46</sup> Zu ergänzen sind die Biotechnologie, insbesondere die Genetik, Superintelligenz, die Prothetik, Gehirn-Computer-Schnittstellen und Human-Enhancement-Technologien (HET). Enhancement vom engl. „to enhance“ (verbessern) bezieht sich zwar ebenfalls auf die Verbesserung des Menschen, konzentriert sich aber in der Medizinethik auf Fragen der legitimen Anwendung. Der Transhumanismus gibt die philosophische Richtung vor, die durch HET erreicht werden kann. Während der Mensch der Evolution bisher nur passiv ausgeliefert war, so hat er mit Hilfe der HET nach Thomas Schmaus nun „das [...] Rüstzeug, seine biologische Weiterentwicklung aktiv selbst zu gestalten.“<sup>47</sup> In der Enhancement-Debatte werden insbesondere Verfahren diskutiert, die nicht aus therapeutischen Gründen zum Einsatz kommen, sondern eine Optimierung als Folge haben, mit Zielen jenseits der medizinischen Therapie, Heilung oder Prävention. In diesem Zusammenhang wird auch von „Wunschmedizin gesprochen“.<sup>48</sup> Bostrom nennt für den Transhumanismus insbesondere drei zentrale Fähigkeiten, die mit Hilfe von HET verbessert werden sollen: „*kognition*“, (physiologischer und intellektuelle Fähigkeiten), „*emotion*“ und die „*health span*“ (die Gesundheitsspanne).<sup>49</sup> Sorgner propagiert darüber hinaus praktizierte Enhancement-Techniken wie das genetische Enhancement z. B. durch CRISPR /Cas9, pharmakologisches Enhancement z. B. durch chemische oder biologische Substanzen wie Anti-Aging-Produkte, Dopingmittel, Impfstoffe und Medikamente sowie Neuroenhancement als transhumanistische Methoden. Des Weiteren erwähnt er technologisches Cyborg-Enhancement oder Prothetik, morphologisches Enhancement wie Schönheitsoperationen sowie das Enhancement zur Förderung von Moral und eines guten Lebens.<sup>50</sup>

#### **4 Optimierung und Selbstoptimierung – eine Bestandsaufnahme und Begriffsannäherung**

Ob Meditation, Diät, Trainingsmethoden, Coachingangebote, Beauty-Tipps, Life-Style-Seminare, Workshops, oder Achtsamkeitsratgeber, es ist erstaunlich, wie weit verbreitet Enhancement, Optimierungsmethoden und deren Angebote bereits in unserer Gesellschaft sind. Laut DAK-Gesundheitsreport von 2015 nahmen 6,7 %, ca. drei Millionen Menschen, Pharmaka zur Steigerung ihrer Leistungsfähigkeit.<sup>51</sup> Anja Röcke versucht in ihrem Aufsatz (*Selbst*)*Optimierung. Eine soziologische Bestandsaufnahme* genau dieselbige zu leisten und diskutiert den Begriff und den Grund der Selbstoptimierung. Sie kommt zu dem Ergeb-

nis, dass das, was als normal und erstrebenswert erachtet wird, sich stetig nach oben korrigiert.<sup>52</sup> Der Mensch als „homo modificans“<sup>53</sup> strebe laut Straub et al. seit jeher nach Verbesserung und orientiere sich an einer Ausgangsnorm.<sup>54</sup> Da sich diese jedoch immer wieder verschiebt, kommt es zu einem unaufhörlichen Verbesserungsstreben. Optimierung bezieht sich dabei „immer erstens auf ein Subjekt (jemand optimiert etwas) und zweitens, auf ein Objekt (das Gegenstand einer Optimierung wird), wobei beide zusammenfallen können (so bei der Selbstoptimierung)“.<sup>55</sup> Diese kann sowohl „heteronom“ gegen den eigenen Willen oder „autonom“ sein.<sup>56</sup> Ulrich Bröckling diskutiert den Optimierungsbegriff im Zusammenhang mit der Ökonomisierung des Sozialen, wobei er Optimierung als einen Prozess betrachtet, der einerseits Verbesserung und andererseits Leistungssteigerung beinhaltet.<sup>57</sup> Dabei unterscheidet er drei Optimierungs-„Regime“: Perfektionierung, Steigerung und Wettbewerb. Optimierung wird genutzt, um ein Ideal zu verfolgen (Perfektionierung), um Verbesserung anzustreben (unendliche Steigerung) oder sich an der Konkurrenz zu orientieren (Wettbewerb). Bei den letzten beiden Aspekten ist eine inhaltliche Festlegung kaum möglich, da das Optimum ein temporäres ist, während der Inhalt bei der Perfektionierung ein klares Bild ergibt, es sich hier aber um ein utopisches Ideal handelt. Dies bedeutet für Individuen eine ständige und kontinuierliche Anpassung an jeweilige Kontextfaktoren, ein „permanentes Nejustieren“<sup>58</sup> und somit einen nie endenden Prozess. In diesem permanenten Zwang zur Selbstverbesserung beschreiben Niels Uhlendorf et al. die Folgen ständiger Optimierungsprozesse durch sozialen Druck, starke individuelle Belastung und Stress, was wiederum zu psychischem Leid und mangelndem Selbstwertgefühl führen kann.<sup>59</sup> Der Begriff der Optimierung birgt hier gesellschaftliche Gefahren. Anders wird die Einnahme von leistungssteigernden Medikamenten in der Studie von Greta Wagner bewertet, bei der das Leistungsideal durch Einzelinterviews mit Studierenden untersucht wurde. Neuroenhancement wird hier als „legitime Erfolgsstrategie“ und als „neoliberale Selbstoptimierungsstrategie“ betrachtet.<sup>60</sup> Es geht um die permanente Überwindung der eigenen Unzulänglichkeit und die „Modifikation der alltäglichen Lebensführung hin zu einem glücklicheren, fitteren und gesünderen Leben“.<sup>61</sup> Dies wiederum zeige auch die positiven Seiten der Optimierung, die laut Stefan Meißner in den „Möglichkeiten des Selbstsein“<sup>62</sup> der Entdeckung der eigenen Produktivität und Leistungsfähigkeit liege. Mit einem Wegfallen der sozialen Komponente der Vergleichsnorm, wie sie bei Straub et al. oder Bröckling beschrieben wurde, wäre die Kritik der Optimierungsgesellschaft seiner Meinung nach haltlos.<sup>63</sup> Eine auf sich selbst bezogene Optimierung lässt sich jedoch bei der zunehmenden Objektivierung des Menschen durch Tracking-Verfahren und Selbstvermessung feststellen (Quantified Self movement). Die Verwendung technischer smarterer Gerätschaften stellt den Menschen in objektiv messbaren Zahlen dar. Insbesondere beim Sport ist

das Potential solcher „Visualisierungspraktiken“<sup>64</sup> noch lange nicht erschöpft. So kann ein Lauf für subjektiv gut befunden werden, jedoch objektiv durch Messung und Kontrolle schlechte Werte (Zeit, Herzfrequenz etc.) aufweisen.<sup>65</sup> Röcke sieht in diesem medikamentösen oder technischen Optimierungsstreben klare Verbindungspunkte zum Enhancement, das sich demnach als Sonderform der Selbstoptimierung und Leistungssteigerung zusammenfassen lässt.<sup>66</sup> Vor dem Hintergrund der transhumanistischen Utopie bedeutet Optimierung entsprechend eine „über das menschliche und natürliche Maß grundlegende hinausgehende Erweiterung menschlicher Handlungsmöglichkeiten“.<sup>67</sup> Es ist ein Balanceakt, der uns einerseits in einer optimierungsorientierten Gesellschaft bestehen lässt, andererseits aber auch unter permanenten, nie endenden Anpassungsdruck setzt. Optimierung hat immer eine strebende, vergleichende und damit soziale Komponente, die den Menschen als etwas Werdendes, Unfertiges begreift und den Anspruch verfolgt, ihn zu verbessern.

## 5 Das gute Leben und die Optimierung im Transhumanismus

Mit der Optimierung und Weiterentwicklung der Fähigkeiten eines Menschen soll auch die Wahrscheinlichkeit eines langen und gesunden Lebens im Transhumanismus erhöht werden.<sup>68</sup> Doch liberale Bioethiker wie Hilt et al. sehen in einem verlängerten Leben noch keine Förderung der Lebensqualität.<sup>69</sup> Dennoch glauben viele Transhumanisten daran, dass normative Maßstäbe der Ethik, wie Glück, Gerechtigkeit und das gute Leben nur durch technische Entwicklung zu erreichen seien. Der Mensch selbst wird zur Ursache seiner derzeitigen Probleme und seines Unglücks erklärt. Kontextfaktoren, Sozialsysteme, Verhältnisse und unfreie Bedingungen werden im Transhumanismus nicht berücksichtigt, geschweige denn kritisiert. So wird aus der Verachtung menschlicher Schwäche eine „fundamentale Affirmation der gegenwärtigen politischen und sozialen Umstände.“<sup>70</sup> Inwiefern die Qualität des menschlichen Lebens durch Anpassung des Menschen an diese Umstände gefördert werden kann, sollen Bostroms, Sävulessus und Sorgners Vorstellungen im Folgenden verdeutlichen.

### 5.1 Das Renaissance-Ideal Bostroms

Nick Bostrom ist ein Verfechter des Renaissance-Ideals und vertritt die Auffassung, dass jede sowohl physische als auch psychische Eigenschaft des Menschen perfektioniert werden kann: „Transhumanism imports from secular humanism the ideal of fully-developed and well-rounded personality. We can't all be renaissance geniuses, but we can strive to constantly refine ourselves and to broaden our intellectual horizons.“<sup>71</sup> Bostroms „abgerundete“ Persönlichkeit basiert auf dem Menschenbild des Humanismus, das wiederum auf einem

Bildungsideal der griechisch-römischen Antike gründet. Seine Vorstellung entspricht einem „kulturellen Imperativ“<sup>72</sup>, der durch eine konstante Verbesserung, überspitzt ausgedrückt, wunderschöne Einsteine hervorbringen soll. Menschen wären schlauer und schöner und würden aus diesem Grund mit den Umständen in der Welt seiner Meinung nach besser zurechtkommen.

## 5.2 Das Common-Sense-Ideal von Săvulescu

Julian Săvulescu Common-Sense-Konzept des Guten basiert dagegen auf der moralischen Pflicht, der nächsten Generation nur die bestmögliche Chance und Lebensqualität zu geben, die frei von Leid oder Behinderung ist. Indem sich innerhalb der Fortpflanzungsmedizin nur auf diejenigen Eizellen und Eigenschaften konzentriert wird, die mit größter Wahrscheinlichkeit ein gutes Leben mit sich bringen, soll dies gewährleistet werden.<sup>73</sup> Nach Săvulescu sind Umstände und Lebensqualität nur unter der Voraussetzung richtiger Gene zu verbessern.

## 5.3 Sorgners radikale Pluralität des Guten

Sorgners Konzept geht davon aus, dass „es von der Psychophysiologie eines Menschen abhängt, was für ein gutes und erfülltes Leben benötigt wird.“<sup>74</sup> Er lehnt eine objektive Bestimmung ab und betont die subjektiven Wünsche einer Person. Sorgners radikale Pluralität des Guten basiert auf der Idee, die Diversität in der Gesellschaft beizubehalten. Er nennt als Beispiel ein lesbisches, taubes Paar, das sich ebenfalls ein taubes Kind wünscht.<sup>75</sup> Da der Transhumanismus das Ziel verfolgt, einen Posthumanen hervorzubringen, und niemand weiß, welche Eigenschaften dieser einmal haben wird, kann auch Taubheit von evolutionärem Interesse der Person sein. Eine paternalistische bzw. selektive Vorgabe wie bei Bostrom oder Săvulescu würde Darwins *survival of the fittest* – „das Überleben des Angepassten“ – widersprechen. Laut Sorgner erhöhe „die Pluralität der Lebensformen [...] die Wahrscheinlichkeit, dass zumindest einige von ihnen so angepasst sein werden, dass ein Weiterleben möglich sein wird.“<sup>76</sup>

Sorgner führt ein Alternativkonzept des Guten ein, das eine Festlegung gewisser Eigenschaften ablehnt und stattdessen deren Pluralität befürwortet. Bostroms oder Săvulescus Konzepte basieren dagegen auf dem mangelhaften Menschen und der Idee, dass gewisse Eigenschaften objektiv zu einem guten Leben führen und deshalb optimiert bzw. andere selektiert werden müssen.

## 6 Nietzsche und der „Übermensch“ im transhumanistischen Denken

Die Vorstellung eines mangelhaften Menschen, den es zu optimieren gilt, wird auch mit Nietzsches Begriff des *Übermenschen* (*homo superior*) assoziiert. Der Übermensch ist in seinem Werk *Also sprach Zarathustra* (1883-85) ein höher entwickeltes Wesen, ein Idealbild, dem Menschen biologisch und geistig kategorial überlegen und das Ergebnis zielgerichteter Züchtung.<sup>77</sup> „Ich lehre euch den Übermenschen [...] Was ist der Affe für den Menschen? Ein Gelächter oder eine schmerzliche Scham. Und ebendas soll der Mensch für den Übermenschen sein.“<sup>78</sup> Er besitzt Eigenschaften und Fähigkeiten höchster Wohlgeratenheit. Im Gegensatz zum Übermenschen ist „der Mensch [...] ein Seil, geknüpft zwischen Thier und Übermensch, – ein Seil über einem Abgrund.“<sup>79</sup> Damit beschreibt Nietzsche sowohl den Menschen als Mängelwesen, als auch die Möglichkeit des Über-sich-Hinausgehens „und dass der Mensch etwas sei, das überwunden werden müsse, – dass der Mensch eine Brücke sei und kein Zweck.“<sup>80</sup> Nietzsche nutzt die Metapher einer Brücke, um das Übergehen von niederen zu höheren Zuständen zu verdeutlichen. Was den Menschen antreibt, über diese Brücke zu gehen, beschreibt Nietzsche als dynamischen Willen zur Macht-Ontologie.<sup>81</sup> Alles ist einem Wandel unterworfen und Verbesserung sei im Interesse eines jeden, der nach Macht strebt. Nietzsches Konzeption von Macht ist dabei eher offen gefasst und beschreibt jeden Zustand, bei dem man gegenüber dem anderen einen Vorteil besitzt oder diesen dominiert.<sup>82</sup> Diese Form der Macht besitzen auch *höhere Menschen*, die noch zur menschlichen Art gehören, aber bereits eine Eigenschaft des Übermenschen besitzen. Sorgner sieht in Goethe einen solchen höheren Menschen. Während man Nietzsches höheren Menschen mit dem Transhumanen vergleichen könnte, wäre der Übermensch als Posthumane im Transhumanismus zu definieren.<sup>84</sup> Nietzsche als Vordenker des Transhumanismus zu betrachten, ist dennoch innerhalb des Transhumanismus ein vielseitig umstrittenes Thema. Während Habermas den Transhumanisten „nietzscheanische Phantasien“<sup>85</sup> unterstellt, aber bejahende Transhumanisten, darunter auch Bostrom, Verbindungen zu Nietzsche ablehnen,<sup>86</sup> bekennen sich Sorgner und Max More offenkundig zu seinem Einfluss.<sup>87</sup> Schwierig an Nietzsches Gedankengut sind die oftmals unzutreffende Zuordnung zu einer „sehr deutschen Ideologie“<sup>88</sup> und der Missbrauch der Nationalsozialisten durch eine oberflächliche Behandlung seiner Texte. Obwohl viele Parallelen zu erkennen sind, ist der deutsche Philosoph nicht mit allen Punkten des Post- und Transhumanismus in Einklang zu bringen. Ihn demnach unbedacht als Ahnherr des Transhumanismus zu ernennen, führt zu großen Missverständnissen. In seiner Streitschrift *Zur Genealogie der Moral* warnt Nietzsche letztlich sogar vor „unsre Natur-Vergewaltigung mit Hilfe der Maschinen [...] Hybris ist unsre Stellung zu uns, denn wir experimentieren mit uns, wie wir es uns mit kleinen Tieren

erlauben würden, und schlitzten uns vergnügt und neugierig die Seele bei lebendigem Leibe aus: was liegt uns noch am ‚Heil‘ der Seele!“<sup>89</sup> Anders als Sorgner, der Nietzsche so liest, als wenn dieser Gentechnik bejahen würde,<sup>90</sup> lässt diese Aussage Gegenteiliges vermuten. Viel mehr erinnert sie an den Sturz des Ikarus, der durch Übermut (Hybris) zum Scheitern verurteilt war. Ob Nietzsche demnach eine Überwindung des Menschen durch Technik bejahen würde, bleibt unbeantwortet.

## 7 Die Selbstüberwindung und der menschliche Körper

Aubrey de Grey, David Pearce, James Hughes und Ray Kurzweil betrachten den Menschen ähnlich wie Nietzsche als Mangelwesen und sprechen sich, anders als er, eindeutig für eine Überwindung oder Abschaffung dieser Mängel durch Technik aus. De Grey sieht in dem menschlichen Körper eine Art biologische Maschine, die aufgrund von zellulären Schäden altert und wie ein Auto permanenter Wartung bedarf. Er ist der Meinung, dass bestimmte Stoffwechselprozesse präventiv geändert werden können und damit das Altern gestoppt werden kann, sodass der Tod nur noch durch Unfälle oder Mord eintreten würde.<sup>91</sup> Im Gegensatz zu De Grey sieht David Pearce die Probleme des menschlichen Körpers nicht im Altern, sondern „in der biologischen Erfahrung von Schmerz, Leid und Krankheit.“<sup>92</sup> Er wird mit dem „hedonistischen Imperativ“ und dem Utilitarismus in Verbindung gebracht.<sup>93</sup> Mit dem „abolitionistischen Projekt“ sollen diese Erfahrungen durch einen technisch erzeugten Zustand von Glückseligkeit u.a. durch Pharmaka, abgeschafft werden.<sup>94</sup> James Hughes sieht in dem Körper vor allem ein Objekt individueller Handlungsfähigkeit, bei dem es um Kontrolle und „morphologische Freiheit“ geht. Der Körper ist für ihn persönliches Eigentum und jeder habe das Recht, ihn nach seinem persönlichen Sinn für Ästhetik und Lifestyle zu designen und zu formen.<sup>95</sup> Enhancement ist für ihn gleichzusetzen mit Tattoos oder einer Brustvergrößerung. Keiner könne ihm verbieten, es nicht zu tun, die Beweggründe gingen niemanden etwas an.<sup>96</sup> Kurzweil ist ähnlicher Meinung wie der bereits erwähnte Esfandiary FM-2030, indem er den Körper als unvollkommenes Substrat betrachtet, dem es durch Cyborgisierung oder Uploaden so schnell wie möglich zu entfliehen gilt.<sup>97</sup> Sie alle sprechen von dem menschlichen biologischen Körper als Objekt, von einem fehlerhaften Zustand, den es zu korrigieren, oder einem formbaren Gegenstand, den es zu designen gilt. Diese Vorstellung ist an sich nicht Neues und bereits im Platonismus oder Neoplatonismus zu finden, bei der „alle nach der Transzendenz der Seele aus einem unwirklichen und unerwünschten Körper streben [...] aus dem Gefängnis des Körpers [...] der (materiellen) Welt.“<sup>98</sup> Auch für Esfandiary sei „der menschliche Körper [...] das größte Fortschrittshindernis (166). Erst wenn alle biologischen Grenzen überwunden sind [...] sei wirkliche Freiheit möglich“<sup>99</sup> (152 f.).

## 8 Leugnung des Todes und Unsterblichkeit – der Transhumanismus und die Angst vor dem Tod

Daniel Came stellt in seinem Artikel *Der Tod und seine Leugnung im Transhumanismus* die These auf, dass aufgrund der Ziele des Transhumanismus, wie der Abschaffung oder Überwindung des biologischen Körpers, der Transhumanismus „eine der jüngsten Manifestationen von Todesleugnung darstellt.“<sup>100</sup> Seiner Meinung nach wird der Gedanke an den Tod mit einem Gefühl von Angst und Schrecken begleitet, „welches es unmöglich macht, ein funktionierender und lebensbejahender handelnder Mensch zu bleiben.“<sup>101</sup> Um nicht im Angesicht unserer Sterblichkeit vor Todesangst gelähmt zu sein, leugnen wir das Ende unserer Existenz.<sup>102</sup> Came führt die Studie von Rasmussen und Johnson von 1995 an, die besagt, dass der Glaube an ein Leben nach dem Tod, die Angst vor diesem verringere.<sup>103</sup> Aus diesem Grund vermutete er, dass viele Gläubige und Transhumanisten sich nicht mit einem Ende des Lebens zufrieden geben. Er behauptet, dass „die psychologische Unmöglichkeit, bewusst zu simulieren, wie es ist, nicht bewusst zu sein, [...] [uns dazu bringt] zu denken, dass das Bewusstsein unzerstörbar ist.“<sup>104</sup> Der Transhumanismus geht sogar von dem Glauben aus, dass Wissenschaft und Technologie zur Überwindung des Todes und letztlich zur Unsterblichkeit führen können. Diese Unsterblichkeitsvorstellung verdeutlicht sich in Verfahren wie „Kryokonservierung, verschiedenen Formen von Verjüngungsbehandlungen und Regenerative Medizin, Klonen von Organen und Gehirntransplantationen, Kybernetik und Mind-Uploading.“<sup>105</sup> Kryonik ist eine der bisher erfolgversprechendsten Techniken, um den biologischen Körper vor dem Altern und Tod zu bewahren, Leben zu verlängern oder Spenderorgane längere Zeit verfügbar zu halten. Auch längere Weltraumflüge werden unter dem Aspekt der Präservierung diskutiert.<sup>106</sup> Fiktive Filmbeispiele und Umsetzungen sind bei *Avatar* (2009), *Interstellar* (2014) oder *Passenger* (2016) zu sehen. Bisher erfolgreich war die Funktionstüchtigkeit kleinerer präservierter Organe nach einer Transplantation. Wie Kryonik sich auf komplexe Organe auswirkt, ist dagegen noch unklar.<sup>107</sup> Sorgner betont in diesem Kontext, dass Unsterblichkeit allerdings nicht wörtlich zu nehmen sei und es hierbei zu vielen Missverständnissen käme. Sie sei vielmehr als eine gewisse Art von Utopie zu deuten, bei der es um ein langes und gesundes Leben durch Technologie gehe.<sup>108</sup>

## 9 Künstliche Intelligenz und der Mensch

Um die Ziele des Transhumanismus erreichen zu können, kommen neben den gerade erwähnten Technologien diverse weitere zum Einsatz. Eine Technik, die sich in unterschiedlichsten Lebensbereichen durchgesetzt hat und den Menschen auf diversen Gebieten unterstützt, ist das maschinelle Lernen oder die

*Künstliche Intelligenz (KI)*. Es gibt bereits erste gelungene Versuche, KI sogar in Bereichen einzusetzen, die künstlerische Schaffenskraft vermuten lassen, weshalb einige Wissenschaftler KI sogar ein gewisses Maß an kreativer Intelligenz unterstellen.<sup>109</sup> Mittels Deep Learning und 300 Chorälen von Johann Sebastian Bach konnte das Computerprogramm DeepBach eine neue Komposition ganz im Stile Bachs kreieren. Durch einen Algorithmus und einen Datensatz von 15.000 Portraits entstand das Portrait „Edmond de Belamy“, welches für \$ 432.500 2018 im Auktionshaus Christie versteigert wurde.<sup>110</sup> Die Verschaltung künstlicher neuronaler Netze erinnert zunehmend an die Verschaltung in unserem Gehirn. Je mehr Daten ein Netz hat, desto mehr „lernt“ es. Die jüngste Studie der Johannes-Kepler-Universität Linz der Forscher Navid Rekab-Saz und Markus Schedl hat jedoch gezeigt, dass KI aufgrund von kategorialen Mustern und Verzerrungen sehr diskriminierende, rassistische und sexistische Ergebnisse liefert. Der Bias bestimmter Algorithmen wird besonders intensiviert, was bei Suchanfragen dazu führt, dass bei geschlechtsneutralen Begriffen wie „schön“ oder „nurse“ vor allem weibliche konnotierte Ergebnisse, bei „CEO“ überwiegend männliche Antworten gezeigt werden.<sup>111</sup> KI besitzt zum jetzigen Zeitpunkt zwar bereits außergewöhnliche kognitive Leistungen, die Komplexität der menschlichen Intelligenz, u. a. emotionale Intelligenz wie Sympathie und Empathie, kann KI noch nicht leisten. Gefühle können von einem humanoiden Roboter wie Sophia lediglich aus einem Datensatz simuliert werden. Auch das 2018 von Google entwickelte System Duplex, welches eigenständig und täuschend echt einen Friseurtermin vereinbaren konnte, bestand den Turing Test<sup>112</sup> für intelligente KI nicht.<sup>113</sup> Der dafür vorgesehene Loebner-Preis wurde bis heute nicht vergeben. Trotz der Komplexität der natürlichen Intelligenz, entwickelt sich die Simulation menschlicher Intelligenz rasant weiter. Für Heiko Luhmann ist es „nur eine Frage der Zeit, wann ein digitaler Zombie von einem Menschen nicht mehr zu unterscheiden ist.“<sup>114</sup>

## **10 Alles ist denkbar – die Verschmelzung von Mensch und Maschine**

Mit dem Beginn der Künstlichen Intelligenz kam auch die Angst vom Ende des Menschen, dass der Mensch etwas erschafft, das ihn selbst übertreffen könnte. Diese Angst vor „Superintelligenzen“ ist durch Science-Fiction-Filme und Literatur gut belegt. Ray Kurzweil ist der Meinung, dass der Zeitpunkt der Singularität in naher Zukunft erreicht werden wird:<sup>115</sup> Durch exponentiellen, ungebremsten Fortschritt und durch die Möglichkeit, dass KI sich selbst erneuert, wird sie mit dem Menschen verschmelzen. An diesem Punkt wird es unmöglich sein, Vorhersagen bezüglich der Spezies Mensch zu treffen. Eschatologisch ist so ein Zeitpunkt mit dem ‚Ende der Welt‘ gleichzusetzen, eine Zukunft, die Mensch und Technik zu etwas Neuem werden lässt – wie z.B. einem Cyborg.

## **10.1 Cyborgisierung – die Grenze zwischen Mensch und Maschine**

Cyborg ist eine begriffliche Zusammensetzung aus „cybernetic“ und „organism“, die „dessen organische Grundlage ebenso wenig eindeutig vor[gibt] wie die Art und Weise von deren technischer Modifizierung.“<sup>116</sup> Diese Definition eröffnet eine generelle Diskussion über den Verlauf der Grenze von Mensch und Maschine, da sie aufgrund ihrer unspezifischen Aussage einen Brillenträger oder einen Menschen mit künstlichem Hüftgelenk, Cochlea-Implantat oder Herzschrittmacher zu einem Cyborg erklärt. Dieser Meinung ist auch der Philosoph Andy Clark, der jeden Menschen, der Technologie benutze, zu einem „Natural-born Cyborg“ erklärt.<sup>117</sup> Dies wirft umgehend die Frage nach der Anthropologie des Menschen im Zeitalter von Technik auf. Ein Cyborg ist ähnlich wie Boschs Wesen eine Mischung aus menschlichem Körper und technischem Gerät, der die Funktionen des Menschen erweitert oder verbessert.<sup>118</sup> Der farbenblinde Avantgarde-Künstler Neil Harbisson wurde wegen seiner Farben hörenden implantierten Antenne als erster Cyborg von der britischen Regierung anerkannt.<sup>119</sup> Seine Cyborg Foundation unterstützt die Cyborg-Rechte und fördert die Bewegung als Kunstbewegung.<sup>120</sup> Durch die Arbeit mit Prothesen und neuen Materialien, die auch Sportlern zu außergewöhnlichen Leistungen verhelfen (wie z. B. Oscar Pistorius), ist auch das Gebiet der Sportethik ein umkämpftes Feld, was die Grenzen menschlicher Leistungsfähigkeit anbelangt. Insbesondere Kevin Warwick und Ray Kurzweil untersuchen die bisherigen Möglichkeiten der Verschmelzungen von Mensch und Maschine.<sup>121</sup>

## **10.2 Brain-Computer-Interfaces**

Besonders spannend ist die derzeitige Forschung an sogenannten Gehirn-Computer-Schnittstellen oder Brain-Computer-Interfaces (BCIs). „BCIs sind eine Verknüpfung des menschlichen Nervensystems mit einem elektrischen System, wie bspw. einem Computer“.<sup>122</sup> Es handelt sich neben der Gedankenübertragung und dem Uploaden von Informationen in das Gehirn um „die Steuerung von Geräten und Prothesen per Gedanken.“<sup>123</sup> Anwendung finden BCIs derzeit vor allem in der Medizin und der medizinischen Forschung. Es ist aber vorstellbar, dass in näherer Zukunft auch ein Zugang für die breite Masse gefunden wird. Die 2016 u. a. von Elon Musk gegründete Firma Neuralink verfolgt das Ziel der Entwicklung solcher BCIs. Auch Facebook arbeitet an einer BCI-Technologie, mit der mittels Hirnaktivität direkte Textnachrichten verfasst werden können. Während der wirtschaftliche Aspekt privater Firmen noch zu diskutieren ist, kommt diese Methode bei Hemiplegikern oder Patienten mit Locked-in-Syndrom sowohl mittels invasiver als auch nicht invasiver BCI-Technologie zum Einsatz. Birbaumer und Chaudhary (2015) nutzen EEG-Elektroden oder Nahinfrarotspekt-

roskopie-Detektoren auf der Haut der Schädeloberfläche und messen die lokale kortikale Aktivität.<sup>124</sup> Während die Signalstärke bei diesem Verfahren noch leicht abgeschwächt ist, zeigen invasive Verfahren von Hochberg et al. eine sehr gute Auflösung. Bei einem Versuch der US-amerikanischen Brown University und des Deutschen Zentrums für Luft- und Raumfahrt (DLR) mit einer 4 x 4 mm<sup>2</sup> großen Platine haben es Patienten mit Hirnstimminfarkt geschafft, einen Roboterarm präzise zu steuern.<sup>125</sup> Eyetracking-Systeme für Menschen mit schweren motorischen Einschränkungen sind zwar keine direkten BCIs, aber bereits elektronische Hilfen zur ‚unterstützten Kommunikation‘. Geräte wie das von Tobii Dynavox bieten durch die Steuerung mittels Pupillenbewegungen über Infrarotkameras und WLAN-Zugang zum Internet größtmögliche Unabhängigkeit.<sup>126</sup> Sätze können geschrieben, versendet und gesprochen werden, wodurch die Erhöhung der Lebensqualität und die Möglichkeiten der Partizipation bei ALS-Patienten oder Menschen mit MS-Erkrankungen außer Frage steht. Auch Google hat sich diese Technik bei den *Google Glasses* zu eigen gemacht, indem diese die Interaktion mittels Augenbewegung und Brille möglich macht.<sup>127</sup>

### 10.3 Mind uploading - Der erweiterte Geist

Die Interaktion zwischen Körper und körperexternen Gegenständen wird auch innerhalb der These des erweiterten Geistes, eine in der Philosophie seit einigen Jahren diskutierte These, die den Geist des Menschen nicht an dessen Körper gebunden sieht, sondern darüber hinaus betrachtet, diskutiert.<sup>128</sup> Jan G. Michel erläutert in seinem Aufsatz *Vom Transhumanismus zur These des erweiterten Geistes: Ethische Implikationen* eines der bekanntesten Beispiele aus dieser Debatte von Andy Clark und David Chalmers: das Beispiel von Inga und Otto. Kurz erklärt, geht es darum, dass Inga und Otto eine Ausstellung im Museum of Modern Art (MOMA) besuchen möchten. Während sich Inga daran erinnert, dass die Adresse des MOMA in der 53. Straße ist, leidet Otto unter Alzheimer. Er kann sich nicht daran erinnern, nutzt aber ein Notizbuch als Hilfestellung, in das er die Adresse geschrieben hat. „Im Fall von Otto stellt das Notizbuch die externe Komponente dar, die, laut Clark und Chalmers, ganz analog zu Ingas [...] biologischem Gedächtnis funktioniert.“<sup>129</sup> Körperexterne Gegenstände werden als Teile des menschlichen Geistes anerkannt. „Das Notizbuch ist ein externes (kognitives) Werkzeug, das für Otto den Zweck erfüllt, wieder bestimmte episodische Überzeugungen zu haben.“<sup>130</sup> Clark und Chalmers verstehen unter diesem Vorgang „the mind extends into the world.“<sup>131</sup> Während die Definition des Geistes innerhalb der Philosophie ein kontrovers diskutiertes Thema bleibt, sieht Michel aber in diesem Fall keine Erweiterung der Person oder des Geistes, sondern „eine Erweiterung des Begriffs der Kognition“<sup>132</sup>, der die Nutzung externer Werkzeuge wie Smartphones, Kalender, das Internet o. a. als kognitive Pro-

zesse berücksichtigt. Doch wie sähe es aus, wenn diese externen und internen Grenzen der materiellen und biologischen Welt verschwinden würden? Diese Fragestellung ist im Bereich der Prothetik äußerst interessant. Disability studies haben gezeigt, dass Menschen mit Behinderungen Prothesen als Teil ihres Körpers ansehen. Jennifer Thweatt behauptet, dass dadurch unsere Vorstellung von Subjektivität beeinflusst wäre: „Was ich unter ‚mir selbst‘ verstehe, könnte also tatsächlich Objekte ‚außerhalb‘ meines biologischen Körpers oder darüber hinaus beinhalten.“<sup>133</sup> Die Kopplung von KI und BCI könnte es sogar zukünftig möglich machen, Gedanken extern zu speichern und bei Bedarf wieder abzurufen. Was nach Pseudowissenschaft klingt, ist für einige Transhumanisten erklärtes Ziel. Die Idee, die Transhumanisten verfolgen, ist die Übertragung des „Geistes“ oder der Persönlichkeit, bzw. Informationen und Erfahrungen aus dem Gehirn in ein anderes informationsverarbeitendes System. Ein Uploaden des kohlenstoffbasierten Ichs auf einen siliziumbasierten Computer, einer Festplatte oder gar ins Internet (Mind Uploading). Ließen sich mit solch einem transhumanistischen Gedanken Krankheit bzw. das Altern beseitigen? Besäßen wir ein längeres Leben ohne körperliche Einschränkungen, wenn unsere Erinnerungen unabhängig von unserem biologischen Körper existieren würden? Die Voraussetzung für das Gelingen eines solchen Mind Uploading (*whole brain emulation*) ist die Annahme einer dualistischen Anthropologie aus „einer immateriellen Seele und einem materiellen Körper“<sup>134</sup>. Dafür müssten entsprechend folgende Grundannahmen zutreffen: Erstens muss die Persönlichkeit eine Funktion des Gehirns sein und zweitens muss es einen Computer mit genügend Speicher und Rechenkapazität geben.<sup>135</sup> Während für die erste Annahme bereits Beweise bestehen, dass für jedes Gefühl ein neuronales Korrelat besteht, wird an der zweiten Annahme noch grundlegend geforscht. Die EU hat dafür eine Milliarde Euro in das transhumanistische „Human Brain Project“ freigegeben, um ein menschliches Gehirn innerhalb der nächsten 10-20 Jahre als Computerschaltkreis zu simulieren.<sup>136</sup> „Von der Neurowissenschaft her kommt es nun zu so etwas wie einem induktiven Naturalisierungsversuch, der unterstellt, dass sich alles Mentale auf messbare Daten der Hirnareale und ihrer Aktivität zurückführen lässt.“<sup>137</sup> Persönlichkeit ist für den Transhumanismus nur eine Frage von Informationen und ihrer Verarbeitung. Sofern dies der Wahrheit entspricht, bleibt offen, ob eine Trennung von Körper und Geist letztlich zur Unsterblichkeit führt oder ob sie technologisch utopisch bleibt.

### 10.4 Computerchips als Ersatzteile des Gehirns

Statt das gesamte Gehirn hochzuladen, bestehen erste Versuche darin, Teile zu ersetzen. Chalmers hat bereits im Jahr 1996 die Diskussion aufgeworfen, was passieren würde, wenn menschliche Neuronen durch elektrische Bauteile er-

setzt werden würden und Menschen einen Chip im Gehirn besäßen. „Bei welcher Anzahl von implantierten Chips verändert der Mensch seinen Charakter, sein Bewusstsein, sein ‚Ich‘?“<sup>138</sup> In einem Interview mit der New York Times diskutiert KI-Expertin Susan Schneider genau diese Frage und nennt Vor- und Nachteile von Neuroimplantaten und dem Einfluss auf unsere Persönlichkeit. Der Austausch von Neuronen durch Microchips könne bedeuten, dass das Leben als „conscious being“ als solches nicht mehr existieren würde. Schneider geht aber auch der Theorie nach, dass gewisse Teile des Gehirns nicht für unser Bewusstsein verantwortlich sind und „superhuman intelligence and radical life extension, [...] must not involve the elimination of any of what philosophers call “essential properties” – the things that make you *you*.“<sup>139</sup> Ihr Fazit zu dieser Thematik ist dennoch ernüchternd: „Like consciousness, the nature of the self is a matter of intense philosophical controversy.[...] Unfortunately, there’s no clear answer.“<sup>140</sup> Weitere Möglichkeiten dieser intrakraniellen Mikrochips zeigen Roelfsema et al. in ihrem Artikel „Mind reading and writing: the future of neurotechnology“ auf.<sup>141</sup> Dabei geht es vor allem um die von Chalmers gestellte Frage einer Implantierung von mehreren Elektroden und der Möglichkeit, Gedanken zu lesen (mind reading) und zu erzeugen (mind writing). Die Aktivierung von Millionen Nervenzellen im cerebralen Cortex einer Maus wurde bereits von Kim et al. nachgewiesen.<sup>142</sup> Miyawaki et al. beschreiben in ihrer Studie, wie mittels funktioneller Magnetresonanztomographie und KI beim Menschen Bilder im visuellen Cortex erzeugt werden können und das Gesehene durch gemessene Hirnaktivität positiv korreliert.<sup>143</sup>

## 10.5 Tiefe Hirnstimulation und Optogenetik

Kontrollierte Generierung neuronaler Aktivität ist auch mittels tiefer Hirnstimulation (THS) möglich. THS ist eine Methode, bei der Strom durch Elektroden bestimmte Hirnregionen beeinflusst. Sie wird vor allem bei Parkinsonpatienten zur Tremorreduktion angewandt, erzielte aber auch Erfolge bei Epilepsie, Depression und anderen psychiatrischen Erkrankungen wie Tourette-Syndrom oder schwerer Zwangsstörung.<sup>144</sup> Aufgrund der jedoch noch unbekanntem Wirkweise der THS, steht die Behandlung ethisch in der Kritik, da sie die Persönlichkeitsstruktur tiefgründig beeinflusst. Ulla et al. fanden heraus, dass Nebenwirkungen wie manische Episoden mit erhöhtem Antrieb oder auch depressive Episoden mit Leistungseinbußen die Folge sein können.<sup>145</sup> Auch eine Optimierung gewisser neuronaler Strukturen und somit eine Leistungssteigerung wären prinzipiell möglich. Damit ist der Einsatz von THS nicht mehr nur im Bereich der Therapie verortet, sondern kann einen Wettbewerbsvorteil mit sich bringen. Neben der tiefen Hirnstimulation ist die Technik der Optogenetik ein weiteres Feld der invasiven Methoden. Bei dieser Technik wird die Aktivität der Zellen durch Licht

kontrolliert oder gemessen. Über Viren gelangen steuerbare Proteine oder Opsine in die Zelle, die wiederum durch Licht aktiviert oder gehemmt werden.<sup>146</sup> Bisherige Tierversuche von Deisseroth und Hegemann<sup>147</sup> zeigen erstaunliche Erfolge und klinische Überlegungen gehen in Richtung lichtkontrollierten Schrittmachern. Noch ist die Umsetzung nicht praktikabel, aber durchaus vielversprechend.<sup>148</sup> Schneider-Warme geht davon aus, dass in Zukunft Optogenetik klinisch zugelassen werden wird.<sup>149</sup>

Welche Möglichkeiten ein Schalter und ein Steuerungssystem in unserem Körper bedeuten könnten, kann auch am Beispiel der Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), der Forschungsbehörde des US-amerikanischen Verteidigungsministeriums illustriert werden. Sie will Soldaten mit mind reading und mind writing BCIs ausstatten, um Drohnen mittels Hirnaktivität zu steuern. Luhman warnt vor diesem Vorhaben: „Wenn die Detektoren für die Hirnaktivität in oder über den entsprechenden corticalen Arealen lokalisiert sind [...], könnten die Signale bereits Prozesse gestartet haben (wie das Abfeuern einer Waffe), bevor dies der Person bewusst wird. Der Mensch reagiert prädiktiv, kann aber nicht mehr frei handeln!“<sup>150</sup> Eine ähnliche Methode der Verhaltenssteuerung und Kontrolle wird auch bei Closed-Loop-Implantaten (CLI) diskutiert. CLI sollen zukünftig neuronale Aktivität messen und regulieren. Sabine Brunos Roman *Die Auswilderung von Pádo 1* erörtert, wie durch Anwendung dieses Verfahrens in Kombination mit *Google Glasses* sexuelle Erregung geregelt werden könnte. Bei der Identifikation eines Kindes mit Hilfe der *Google Glasses* wird die Erregung durch das CLI heruntergeregelt, bei einem Erwachsenen dagegen zugelassen.<sup>151</sup> Derzeit wird die Anwendung von CLI im Hinblick auf Epilepsie untersucht.<sup>152</sup> Bewusste Verhaltenssteuerung und die Unterdrückung unmoralischen Verhaltens wären mit beiden Verfahren durchaus möglich und unterstreichen die Gefahren und Chancen für den menschlichen Körper und die eigene Persönlichkeit.

## 11 Neuro- und Moral Enhancement

Die moralische Verbesserung des Menschen oder gar der gesamten Gesellschaft ist ein erklärtes Ziel des Transhumanismus. In der Literatur wird neben dem Moral Enhancement auch das emotionale Enhancement diskutiert, das durch Eingriffe in das Gehirn, das Einbauen eines Chips oder durch die Einnahme von Pharmaka insbesondere das individuelle Wohlbefinden fördern soll.<sup>153</sup> In der Tradition des Utilitarismus geht es vor allem um das Erreichen von gesellschaftlich förderlichem Verhalten, das den Menschen vor Krieg, Ungerechtigkeit und Leid bewahren soll.<sup>154</sup> Grössel vergleicht moralisches Enhancement mit der Charakterformung innerhalb der christlichen Tradition oder der aristotelischen Tugendethik, die durch Ausbildung von Tugenden und Überwindung von Lasten erreicht wird.<sup>155</sup> Als Laster definiert Thomas Douglas u. a. Emotionen wie

rassistische Gefühle.<sup>156</sup> DeGrazia sieht Sadismus, Empathiemangel oder Willensschwäche als solche an.<sup>157</sup> In diesem Kontext plädieren Baccarini und Malatesti für die Behandlung von Psychopathen und Straftätern.<sup>158</sup> Die Verbesserung von Tugenden soll nach Hughes durch chemische Mittel wie Oxytocin, Ecstasy, Methylphenidat o. a. erfolgen.<sup>159</sup> Ob ein solches Vorgehen angemessen ist, diskutiert Sabine Müller in ihrem Artikel *Moral Enhancement durch Neurochirurgie? Machbarkeit und ethische Vertretbarkeit*. Sie weist direkt darauf hin, dass einige Methoden nichts mit moralischer Verbesserung zu tun haben, sondern Gegenteiliges bewirken können, insbesondere bei dem von Hughes vorgeschlagenen Einsatz von chemischen Substanzen. „Stimulantien sind wegen ihres großen Missbrauchs- und Suchtpotentials nicht empfehlenswert [...]. Selbst Oxytocin ist ungeeignet, da seine Effekte schwach, inkonsistent, kontext- und personenspezifisch sind“.<sup>160</sup> Darüber hinaus kritisiert Müller die Behandlung von Hyperaggressivität, Psychopathen oder Sexualstraftätern z. B. durch THS als „Kriminalitätskontrolle“.<sup>161</sup> Sie begründet dies mit einer Äußerung Marga Reimers, die Eigenschaften wie Empathielosigkeit oder Furchtlosigkeit von Psychopathen evolutionsbiologisch als Wettbewerbsvorteile deutet.<sup>162</sup> Psychopathie hat auch in Rechtsstaaten, insbesondere in Manager- oder Machtpositionen, wesentliche Vorteile. Ob Moral Enhancement gesellschaftlich von Nutzen wäre, sei unter diesen Gesichtspunkten neu zu erörtern.

Die bisherigen medizinischen und technologischen Möglichkeiten haben gezeigt, dass De Greys, Pearce, Hughes und Kurzweils Vorstellungen zur Verbesserung oder Überwindung des menschlichen Körpers in Ansätzen bereits umsetzbar sind. Die Einflussnahme auf biologische Prozesse, ob pharmakologisch, genetisch oder technisch, kann in der Medizin zum Wohle der Patienten erfolgen, ermöglicht ggf. aber auch die Manipulation neuronaler oder kognitiver Prozesse. Aufgrund der zunehmenden Möglichkeiten einer Vermischung oder Verbindung von Mensch und Maschine, aber auch der Verhaltenssteuerung und Regulierung durch Neuroenhancement, sowie der Entwicklung von KI zu menschenähnlichem Verhalten, sind auch zukünftige Zuständigkeit und Verantwortungen zu klären. Insbesondere die Haftbarkeit bei Fehlentscheidungen und daraus resultierenden Schäden ist juristisch noch größtenteils umstritten und findet auch innerhalb des Transhumanismus kaum Beachtung.

## 12 ePerson und Haftung

Um diese Regelungslücke zu schließen, hatte das Europäische Parlament 2017 erwogen, KI als ‚elektronische Persönlichkeit‘ (ePerson) mit eigenen Rechten und Pflichten auszustatten.<sup>163</sup> Dies gilt insbesondere für autonom handelnde Maschinen (z. B. Autos im Straßenverkehr, Industrieroboter oder unterstützende Roboter in Haushalt und Pflege). Die Schaffung eines eigenen Rechtsstatus

wird seitdem kontrovers diskutiert. Als Rechtssubjekt stünde die ePerson auf einer Stufe mit der natürlichen und juristischen Person. Eine solche Einführung ist denkbar, berücksichtigt man die Tatsache, dass Rechtspersonen nicht ausschließlich natürliche Personen darstellen. Doch welche Auswirkungen hätte die Einführung einer ePerson in unserer gesamten Gesetzessystematik? Wenn man die Debatte über ein „Update des BGB“<sup>164</sup> verfolgt, stellt auch Marc Scheufen die entscheidende Frage: „Wie soll ein Gesetzestext aus der analogen Zeit im digitalen Zeitalter angewendet werden? Sind die rechtlichen Rahmenbedingungen noch zeitgemäß“<sup>165</sup> oder müssen wir unser Rechtssystem dahingehend anpassen, dass auch maschinelles Verhalten berücksichtigt wird? Scheufen beschreibt zur Verdeutlichung einen mittlerweile klassisch gewordenen Topos: Ein autonomes Fahrzeug steuert, ohne rechtzeitig bremsen zu können, auf ein Kind zu. Weicht es nach links aus, stirbt ein junges Pärchen, steuert es nach rechts, stirbt aufgrund einer Kollision mit einem Baum der Insasse des Fahrzeugs. Für welche tödliche Lösung sich das KI-System auch entscheidet, fraglich ist, wer für den entstandenen Schaden haftet? Drei mögliche Optionen stehen zur Verfügung: Die Haftung des Herstellers über die Produkthaftung, die des Nutzers/Eigentümers oder die der KI selbst.<sup>166</sup> Wäre das EU-Konstrukt der ePerson geltendes Recht, würde die KI bei allen oben genannten Situationen haften, was in unserem bisherigen „analogen“ Haftungsrecht nicht der Fall wäre. Ein Thema mit großem Forschungsbedarf. Scheufen kritisiert in diesem Zusammenhang das falsche Verständnis von technologischen Wirkzusammenhängen und das überschätzte Potential von KI.<sup>167</sup> Seiner Meinung nach liegt die Ursache für Fehlentscheidungen nicht an der Fahrlässigkeit oder Vorsätzlichkeit von KI, sondern an der Programmierung.<sup>168</sup> Darüber hinaus spielt die Zielfunktion der Entscheidung eine wesentliche Rolle. So kann im Vorfeld darüber nachgedacht werden, ob jede Kalkulation der KI ethisch betrachtet darauf aufbaut, Schaden zu minimieren. Der Entscheidungsprozess ist damit auch wirtschaftlich motiviert und birgt die Gefahr einer Wertung, in unserem Fall von Leben. Neben der Software kann auch die Hardware die Entscheidung einer KI verzerren, indem Sensorik oder Mechanik beschädigt ist. Während es sich bei diesem Aspekt um die Sorgfaltspflicht des Nutzers handelt, liegt die Verantwortlichkeit in den beiden anderen genannten Fällen nicht bei der KI, sondern beim Hersteller oder einem externen Dritten. Haftungsrechtliche Ansprüche ergeben sich damit aus dem Produkthaftungsgesetz (ProdHG). Schaden lässt sich entsprechend auf menschliches Handeln zurückführen, wodurch ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann. Dieser Meinung sind auch 250 KI-Forscher, Rechtsprofessoren, Philosophen und Theologen, die ihre Kritik an der Einführung einer ePerson in einem *Open Letter to the European Commission – Artificial Intelligence and Robotics* kundtun und sich gegen die Zuschreibung menschlicher Rechte aussprechen.<sup>169</sup> KI hat bisher noch nicht den Grad an Autonomie erreicht, um

die Notwendigkeit einer *ePerson* in Erwägung zu ziehen. Unser Rechtssystem ist in der Lage, bisherige Probleme und Verantwortungslücken zu lösen.<sup>170</sup> Doch wohin könnte diese Entwicklung zukünftig führen? Roboterrecht und Maschinenethik sind als neue Rechtsgebiete expandierende Forschungsfelder. Vor einem solchen Hintergrund müssen auch Fragen des Transhumanismus geklärt werden, deren Vertreter bisher kaum auf rechtliche Aspekte eingehen. Hätten wir neben der *ePerson*, der natürlichen und juristischen Person, noch ein viertes Rechtssubjekt – eine transhumane Person (*tPerson*)? Und wie sähe es dort mit der Haftung aus? Ähnlich wie bei der KI könne auch beim Transhumanismus die Frage gestellt werden, ob das Produkthaftungsgesetz auf Transhumane anwendbar ist oder ob ein Cyborg ein Produkt i.S.d. ProdHaftG ist?<sup>171</sup>

### 13 Datenschutz und Kommerzialisierung

In seinem Artikel *Smart Human und der Schutz der Gedanken* diskutiert Maurice Oettel die rechtlichen Herausforderungen und wie wichtig Datenschutz im Umgang mit neuen Technologien, wie z. B. BCIs, sein wird. Durch die Verwendung von BCI-Techniken kommt es zwangsläufig zur Aufzeichnung von Gehirnströmen oder der Generierung neuer Datensätze, die wiederum ökonomische Folgen mit sich bringen. Oettel betont die Gefahr der „Kommerzialisierung der menschlichen Gedanken“, bei der „umfangreiche Nutzungsdaten, Standortdaten und Verhaltensdaten [...] z.B. über den Beziehungsstatus, den Gesundheitszustand, den Charakter, die Persönlichkeit und die Emotionen“<sup>172</sup> genutzt werden, um gezielt Werbung zu schalten. Er erwähnt, welche Möglichkeiten die staatliche Überwachung von BCI bieten könnte und wie wichtig hier eine Verankerung von Gedanken im Datenschutzrecht ist. Der Schutz personenbezogener Daten stelle zusätzlich die Frage nach der Transparenz von angewendeten KI-Systemen und deren Nutzung. Weitere juristisch zu klärende Aspekte wären die strafrechtliche Beweismittelkraft von durch BCI aufgezeichneten Daten, die Schuldfrage bei Fremdsteuerung durch KI bei einer Straftat oder die Rechtmäßigkeit einer zivilrechtlichen Vertragsschließung mittels Gedanken.<sup>173</sup> Betrachtet man auch die rasante Entwicklung von THS und BCIs, muss die UN-Menschenrechtscharta eventuell zukünftig um die folgenden Punkte ergänzt werden: „Das Recht auf kognitive Freiheit, das Recht auf neuronale Privatsphäre und das Recht auf mentale Integrität.“<sup>174</sup> Die Diskussion um die rechtlichen Auswirkungen des Transhumanismus steht hier noch ganz am Anfang.

### 14 Transhumanismus als Grundrechtsfrage

In „*Neuro-Enhancement*“ als Grundrechtsproblem wirft Josef Franz Lindner die Frage auf, ob die Einnahme von Neuro-Enhancement-Präparaten (NEP) „einen Verstoß gegen die Unverfügbarkeit des Menschen und damit eine Verletzung der durch Art. 1 Abs. 1 GG für unantastbar erklärten Menschenwürde“<sup>175</sup> darstellt. Seine Überlegungen sollen im Folgenden auf den Transhumanismus übertragen werden und klären, ob die Anwendung transhumanistischer Methoden grundrechtlich geschützt ist oder mögliche staatliche Einschränkungen gerechtfertigt sein könnten:

Die Anwendung transhumanistischer Technologien, wie die Einnahme von Neuro-Enhancement-Präparaten (NEP), berührt das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) und kann durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) grundrechtlich geschützt sein. Während die positive Dimension das Interesse des Einzelnen schützt, dies zu nutzen, spricht die negative Dimension gegen eine Anwendung und für psychische und physische Unversehrtheit. Dieses Integritätsinteresse dürfte laut Lindner im Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert sein, was zur Folge hätte, dass es keine Rechtfertigung eines fremdbestimmten Eingriffs gäbe.<sup>176</sup> Einen Schutz vor einem transhumanistischen Fortschritt oder wie Lindner es bezeichnet einen „Schutz auf Verhinderung bestimmter Entwicklungen (gewissermaßen auf ‚Evolutionsabwehr‘)“<sup>177</sup> und deren Anwendung gibt es dagegen grundrechtlich nicht. Relevant sind hierbei die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG, bei dem die Interessen der Forscher und Unternehmen geschützt sind, und die Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Unabhängig davon, ob die Ergebnisse transhumanistischer Forschung selber zulässig sind, fällt die Entwicklung transhumanistischer Methoden in deren Schutzbereich.<sup>178</sup> Inwiefern nun bestimmte Produktionsprozesse eingeschränkt oder generell verboten werden dürfen, liegt an der Rechtfertigung von Eingriffen.<sup>179</sup> Die Frage wäre entsprechend, zu Gunsten welchen verfassungslegitimen Zwecks darf ein Verbot oder ein Eingriff in den Schutzbereich vorgenommen werden. Ein diesbezüglich vielgenanntes Argument bezieht sich auf biologische Natur oder Authentizität des Menschen.<sup>180</sup> Ob diese als Rechtfertigungsgrund ausreicht, wird im folgenden Kapitel erörtert.

#### 14.1 Die menschliche Natur als Krisenphänomen

Während die Frage nach *der* Natur des Menschen im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden kann, soll dennoch darauf hingewiesen werden, dass sie sich immer mehr als Krisenphänomen erweist.<sup>181</sup> Nach Lars Koch steht der moderne Mensch „vor schwierigen Problemen der Selbstbestimmung und Selbstlegitimation.“<sup>182</sup> Erkenntnisse der modernen Forschung erwecken „den Eindruck,

dass die menschliche Natur einem hohen Maß an Kontingenz – und [...] an Manipulierbarkeit – ausgesetzt war.“<sup>183</sup> Koch redet dadurch von einem „anthropologischen Verunsicherungspotenzial der Biotechnologie“.<sup>184</sup> Dieses Verunsicherungspotential äußert sich in der Bestimmung der Natur des Menschen. Geht man nicht von einer göttlichen oder biologischen Natur des Menschen aus, sondern von einer funktionalen oder begrifflichen Natur, die im Kantianismus sogar metaphysisch ausgedehnt wird, besitzt der Mensch eher geistige Fähigkeiten, die ihn zum Menschen zugehörig beschreiben.<sup>185</sup> Diese metaphysische Deutung der Natur kann auch beim Transhumanismus zutreffen. Das bedeutet, dass nicht unbedingt nur physische Eigenschaften den Menschen zum Menschen machen. Von der Veränderung physischer Eigenschaften können metaphysische unberührt bleiben.<sup>186</sup> Der Besitz von zwei Armen und zwei Beinen ist demnach kein essenzielles Wesensmerkmal der menschlichen Natur. Die Dimension dieser Aussage macht deutlich, dass die Natur des Menschen als solche viel zu unbestimmt ist und damit auch keinen grundrechtsbeschränkenden Eingriff legitimiert.<sup>187</sup>

#### 14.2 Schutzpflicht und Instrumentalisierungsverbot

Anders sieht es beim Schutz vor Selbstschädigung, Fremdbestimmung oder Fremdschädigung aus. Wenn die Gefahr einer übermäßigen Intensität, Sucht oder nicht beherrschbaren negativen Veränderung besteht, kann ein Verbot, eine Kontrolle oder eine Einschränkung transhumanistischer Maßnahmen vom Staat durch die Art. 2 Abs. 2 GG folgende Schutzpflicht des Staates gegenüber der einzelnen Person oder gegenüber Dritten gerechtfertigt sein.<sup>188</sup> Die rechtliche Zulassung transhumanistischer Technologien am Menschen hängt darüber hinaus von der Einwilligungsfähigkeit, Freiwilligkeit und der informierten Zustimmung (informed consent) des „Patienten“ bzw. des „zu Optimierenden“ ab.<sup>189</sup> Grundsätzlich sind Zwangsbehandlungen, z. B. zur Reduktion von sexueller Erregung, wie in Sabine Brunos Roman zum Schutz Dritter, auch bei einwilligungsunfähigen Straftätern untersagt.<sup>190</sup> Verhaltensverbessernde Eingriffe bei einwilligungsunfähigen Patienten sind dann erlaubt, wenn sie keine „sittenwidrige Körperverletzung“ darstellen.<sup>191</sup> In diesem Zusammenhang sollte Ciceros Würde-Begriff nicht unerwähnt bleiben, der von Kant aufgegriffen wurde und schließlich den des Grundgesetzes inspirierte.<sup>192</sup> Das darauf aufbauende Instrumentalisierungsverbot sieht den Menschen immer als Selbstzweck, niemals nur als Mittel oder Objekt für andere an. Ein Mensch darf nicht für die Vorteile eines anderen instrumentalisiert werden. Dies scheint der Transhumanismus außer Acht zu lassen, wenn es für ihn um eine pharmakologisch moralische Verbesserung des Menschen geht. Der Mensch ist für ihn Mittel zum Zweck, ein Werkzeug des Fortschritts, um den nächstmöglichen Entwicklungsschritt zu erreichen

– den Posthumanen. Die rechtswissenschaftlichen und philosophischen Diskussionen um den Post- und Transhumanismus befinden sich noch am Anfang, weshalb Vertretbarkeit und Grenzen interdisziplinär analysiert und ausgewertet werden müssen, um Folgen für die Menschheit besser eruieren zu können.

#### 15 Die Sloterdijk-Habermas-Debatte

Die Frage über die anthropologischen Konsequenzen der Biotechnologie hat auch Peter Sloterdijk mit seiner Rede *Regeln für den Menschenpark: Ein Antwortschreiben zu Heideggers Brief über den Humanismus* Ende der 90er-Jahre aufgegriffen und für eine Skandal-Debatte gesorgt. Vor allem hat er die Diskussion um das genetische Enhancement öffentlich entfacht und somit zur Aktualität des Transhumanismus beigetragen. Problematisch an Sloterdijks Rede war die „provozierende Nähe zum Jargon der NS-Eugenik“<sup>193</sup>, indem er Wörter wie „Zähmung“, „Züchtung“, „Förderung und Aussonderung“ sowie „Selektion und Lektion“ nutzte.<sup>194</sup> Ebenso die Nähe zu Platon, Heidegger und Nietzsche, denen teils faschistisches Gedankengut zugesprochen wurde, unterstützen seine Kritiker. Dass Nietzsches Gedankengut aber, wie bereits erwähnt, von den Nationalsozialisten missbraucht und falsch verstanden wurde, macht auch Sloterdijk deutlich: „Wie die gestiefelten schlechten Nietzscheleser der 30er Jahre wähten.“<sup>195</sup>

Sloterdijk beginnt seine Argumentation mit Heidegger, indem er erklärt, dass der Mensch durch Zähmung oder „Entwilderung“ durch den Humanismus, „eine über die Kulturtechnik des Lesens eingeübte Form der Selbstdomestikation“,<sup>196</sup> entstanden sei. Diese Form der Erziehung hat nach Heidegger mittlerweile versagt: „Was zähmt noch den Menschen, wenn der Humanismus als Schule der Menschenzähmung scheitert?“<sup>197</sup> Heidegger sieht im Humanismus einen Komplizen der Gräueltaten der Menschen und im Faschismus „die Synthese aus dem Humanismus und dem Bestialismus.“<sup>198</sup> Auf die dabei gestellte Epochenfrage und Humanismus-Kritik antwortet Sloterdijk mit einem Rückgriff auf Nietzsche: „Die Menschen haben es – so schien es ihm – mit Hilfe einer geschickten Verbindung von Ethik und Genetik fertiggebracht, sich selber klein-zuzüchten.“<sup>199</sup> Nachdem er damit die These unterstützt, dass Menschen unter einem Deckmantel schon immer Menschen gezüchtet haben, geht es ihm darum, zukünftig Regeln für diesen „Menschenpark“ aufzustellen. Sloterdijk betrachtet eine solche Struktur als notwendig, damit sich der Mensch innerhalb dieser gesellschaftlichen Regeln human verhalten und seine Selbsterhaltung regeln kann.<sup>200</sup> Er verweist dabei immer wieder auf den Begriff der Gattung, der zur Reflektion hinsichtlich zukünftiger Entscheidungen wird: „Es genügt sich klarzumachen, dass die nächste lange Zeitspanne für die Menschheit Perioden der gattungspolitischen Entscheidungen sein werden“<sup>201</sup>, die für oder gegen

eine genetische Selbstoptimierung sprechen. Jürgen Habermas sah sich veranlasst, auf diese Eugenik-Kontroverse Sloterdijks mit seinem Buch *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* zu reagieren, den Gattungsbegriff aufzugreifen und neu zu bestimmen. Während Sloterdijk die Entwicklung des Menschen eher offen betrachtet, sieht Habermas in dem Gattungsbegriff ein interkulturelles Selbstverständnis des Menschen, das ihn dazu verpflichtet, sich „als Mitglied einer inklusiven Gemeinschaft anzusehen, die keine Person ausschließt.“<sup>202</sup> Einen solchen Ausschluss sieht er durch Biotechnologie und Genetik, bei der Instrumentalisierung und Manipulierung zukünftiger Generationen. Habermas ist gegen die genetische Manipulation von „gemachten Kindern“ und missbilligt den Versuch, den Menschen in ein Designobjekt zu verwandeln, da Designerbabys oder optimierte Menschen in eine Richtung gezwungen werden können, die bei zufälligen Prozessen nicht gegeben wäre.<sup>203</sup> Verbesserungen hält er für moralisch falsch, da hierbei „die menschliche ‚Natur‘ als unantastbare Norm mit den Grundwerten der Verfassung und des menschlichen Lebens in Konflikt“<sup>204</sup> gerate. Er sieht einen großen Unterschied zwischen genetischer Verbesserung und Erziehung, da im Falle der Erziehung Kinder die Möglichkeit besitzen würden, gegen die somit entstandenen, reversiblen Eigenschaften vorzugehen.<sup>205</sup> Allerdings kann auch gewalttätige Erziehung zu irreversiblen Schäden wie Persönlichkeitsstörungen o. ä. führen, was gegen Habermas' Argument spräche.<sup>206</sup> Habermas betont aber, dass die Möglichkeit der genetischen Manipulation zu einer Verfügungsgewalt führe:

Denn sobald Erwachsene [...] die wünschenswerte genetische Ausstattung von Nachkommen als formbares Produkt betrachten und [...] ein passendes Design entwerfen würden, übten sie [...] eine Art Verfügung aus, die in die somatischen Grundlagen des spontanen Selbstverhältnisses und der ethischen Freiheit einer anderen Person eingreift und die, wie bisher schien, nur über Sachen, nicht über Personen ausgeübt werden dürfte. Dann könnten die Nachgeborenen die Hersteller ihres Genoms zur Rechenschaft ziehen [...] und verantwortlich machen. [...] Indem einer für einen anderen eine irreversible [...] Entscheidung trifft, wird die unter freien und gleichen Personen grundsätzlich bestehende Symmetrie der Verantwortung eingeschränkt.<sup>207</sup>

Das Argument der „Macht jetziger über Kommende, welche die wehrlosen Objekte vorausliegender Entscheidungen der Planer von heute sind“,<sup>208</sup> ist auch bei Hans Jonas schon zu finden. Auch ein Bezug zu Hannah Arendts Natalität lässt sich bei Habermas ausmachen, wonach „dem Neankömmling die Fähigkeit zukommt, selbst einen neuen Anfang zu machen, d. h. zu handeln.“<sup>209</sup> Mit den Aussagen Habermas' und Sloterdijks gehen zwei wesentliche Fragen einher: einerseits die Frage nach der Verantwortung gegenüber den nächsten Generationen, wer wen überhaupt optimieren darf, und die Frage nach der Gattung des Menschen.

## 16 Liberale Eugenik und der Vorteil des Stärkeren

In diesem Zusammenhang wird auch der Begriff der liberalen Eugenik zur Abgrenzung des staatlichen Eugenik-Begriffs im Dritten Reich geprägt. Auch Transhumanisten bevorzugen den Ausdruck der liberalen Eugenik und betonen die staatliche Unabhängigkeit, die positive und negative Freiheit, sowie den freien Willen bei der Entscheidung einer Person. Entscheidungen, die die eigene Person betreffen, werden als autonome liberale Eugenik definiert, Entscheidungen der nächsten Generation, also für die Kinder, als heteronome liberale Eugenik.<sup>210</sup> Da Eugenik durch die NS-Zeit negativ behaftet ist, setzt Sorgner den Ausdruck mit genetischem Enhancement gleich, „das ebenfalls nichts anderes bedeutet als die Verbesserung der Erbanlagen.“<sup>211</sup> Auch Selektionsmaßnahmen wie künstliche Befruchtung (IVF) und Präimplantationsdiagnostik (PID) werden zur liberalen Eugenik gezählt.<sup>212</sup> Transhumanisten betonen, dass Enhancement niemals unter Zwang stattfinden soll. Doch ist eine liberale, freie Eugenik, so wie sie sich die Transhumanisten vorstellen, überhaupt möglich? Heil behauptet, dass damit „eine Form der systemischen Gewalt, die Staatsgewalt, [...] durch eine andere Form systemischer Gewalt, die des Marktes bzw. der Leistungssteigerungsgesellschaft, ersetzt (wird).“<sup>213</sup> Bereits jetzt sind der Zweifel an der Natur des Menschen und die Vorstellung vom Menschen als Mängelwesen so groß, dass durch Leistungs- und Wettbewerbsdruck unzählige Selbstoptimierungsangebote die alltägliche Lebenswelt prägen.<sup>214</sup> Fraglich ist, welche Schutzmaßnahmen der Staat gegen sozialen Druck und private Dritte vornehmen kann und ob dann der Schutz gegen Fremdbestimmung gewährleistet bleibt. Jens Jessen stellt in seinem Artikel *Die Besten sind Bestien* dabei die entscheidende Frage: „Was wird aus Gleichheit und Freiheit aller Menschen, wenn nicht alle gleich und frei geboren werden?“<sup>215</sup> Sprechen wir beispielsweise von einer zweckgebundenen Erschaffung des Menschen, einer Zweiklassengesellschaft, bei der die einen nur als „Ersatzteillager“ für die anderen dienen? Dystopische Filmbeispiele sind *Die Insel* (2005), *Alles, was wir geben mussten* (2010) oder *Beim Leben meiner Schwester* (2009). Jessen beruft sich ebenfalls auf Habermas, der, wenn sich Gentechnik durchsetzen würde, die Ideale „von Freiheit und Demokratie, von Selbstverantwortung und Selbstbestimmung“<sup>216</sup> als nichtig ansieht. „Mit der natürlichen Ausstattung des Menschen mit bestimmten Rechten von Geburt an wäre es vorbei – weil es mit der Natürlichkeit vorbei wäre.“<sup>217</sup> Auch wenn es vorgeblich um die Verminderung von Leid, Krankheit und Tod geht, so sieht Jessen gerade darin Selektion und gezielte Vernichtung. „Biotechnik könne niemals bloße Technik, nämlich niemals ethisch neutral [sein]. Sie ist stets eine Parteinahme im darwinistischen Überlebenskampf zugunsten der Starken.“<sup>218</sup>

## 17 Autonomie, Freiheit und Moralität

Wie bereits mehrfach erwähnt, geht der Transhumanismus von einem Autonomie- und Freiheitsbegriff aus, der „die Möglichkeit grenzenloser Selbstverfügung“<sup>219</sup> propagiert. Indem Kontingenz oder die Fehlbarkeit des Menschen z. B. durch Neuroenhancement und Pharmaka beseitigt wird, wird gleichzeitig die Voraussetzung für Autonomie beseitigt.<sup>220</sup> Diese hat immer auch die Freiheit zum gegenteiligen Handeln integriert. Wenn aber, so argumentiert Grössel, die Voraussetzung zur Wahl des Bösen erst moralisches Handeln ermöglicht, „dann wird Moralität durch eine Programmierung zum Guten zerstört; wenn Moralität eine essentielle Qualifikation des Menschseins ist, dann würde hierdurch der Mensch aufhören zu existieren.“<sup>221</sup> Das moralische Subjekt wird zum Objekt seiner eigenen Moralvorstellung und verschwindet.<sup>222</sup> Douglas argumentiert dagegen, dass die Einschränkung der Freiheit gerechtfertigt wäre, wenn diese anfangs frei gewählt war.<sup>223</sup> Dieser utilitaristischen Sichtweise setzte Müller die humanistische Ethik entgegen, nach der Moral Enhancement nur akzeptabel wäre, „wenn dadurch die Freiheit des Individuums vergrößert wird, und zwar nicht nur die Handlungsfreiheit [...], sondern auch die Willensfreiheit bzw. Selbstbestimmungsfähigkeit.“<sup>224</sup> Ein Sexualstraftäter dürfe nie allein aufgrund seiner sexuellen Impulse behandelt werden, sondern zur Verbesserung seiner Autonomie und Freiheit. Diese sind niemals losgelöst vom Bewusstsein seiner Fehlbarkeit, Sterblichkeit oder Emotionalität, ansonsten sei der Verlust menschlicher Moral nur der Anfang vom Ende transhumanistischen Perfektionsstrebens.

## 18 Gefahren, Orientierung und Verantwortung

Bröcklins anfänglich genannten Regime zur Selbstoptimierung weisen auf unbestimmte Ideale und unendliche Verbesserung hin, die auch im Transhumanismus zu finden sind. Es gibt, bis auf die Erreichung des Posthumanen, keine Orientierung und kein definiertes Ziel. Lediglich die Richtung ist definiert: schneller, höher, besser, weiter. Doch Autonomie und Freiheit zur Selbstgestaltung benötigen immer einen gewissen Rahmen zur Orientierung. Diese sei nach Klöcker relevant, „wenn wir die Ordnung der Natur nicht mehr als gegeben hinnehmen, sondern überhaupt erst ‚nach einem Entwurf‘ hervorbringen wollen.“<sup>225</sup> Mit zunehmendem Fortschritt der Technik und neuen Subjektkonzepten erhöhen sich gleichermaßen das Ausmaß unserer Verantwortung und die Auseinandersetzung mit den negativen Folgen der transhumanistischen Technologie. Erwähnt wurden Argumente des gesellschaftlichen Missbrauchs (durch Kontrolle oder Schaden), die Gefahr der Singularität durch KI, und der Missbrauch durch den Nationalsozialismus. Darüber hinaus sind Argumente der gesellschaftlichen Ungerechtigkeit wie Ressourcenknappheit, Verteilungsgerechtigkeit und finanziel-

le Kosten weitere bisher nicht genannte Gefahren, die weiteren Forschungsbedarf benötigen.<sup>226</sup> Auch die Gattaca-Problematik, im Rahmen derer Bioethiker darüber diskutieren, inwiefern sich die Gesellschaft durch Technologie in „gene rich“ oder „gene poor“ unterteilt und dadurch unterschiedliche Rechte zugeschrieben bekommt<sup>227</sup>, könnte weitere Forschungsfragen mit sich führen. Transhumanismus muss als Problem kollektiver Verantwortung gedacht werden.<sup>228</sup> Stefanie Borgmann betont dahingehend auch, dass der Mensch „nicht als derart mangelhaft gedacht werden [darf], dass er sich zur Verbesserung der eigenen Situation selbst zu überwinden hat.“<sup>229</sup> Ob und inwiefern aber der medizinische und technische Fortschritt die Gattung des Menschen beeinflusst, fragt auch Sloterdijk:

Ob aber die langfristige Entwicklung auch zu einer genetischen Reform der Gattungseigenschaften führen wird [...], dies sind Fragen, in denen sich, wie auch immer verschwommen und nicht geheuer, der evolutionäre Horizont vor uns zu lichten beginnt.<sup>230</sup>

## 19 Fazit

Die Zukunft und die Folgen des Transhumanismus und der schnell voranschreitenden technologischen Entwicklung sind nicht absehbar. Inwiefern sich die bereits in der Kunst thematisierten utopischen und dystopischen Vorstellungen tatsächlich in Zukunft bewahrheiten, bleibt ungewiss. Deswegen bedarf die Vertretbarkeit des Transhumanismus einer fundierten Interessenanalyse. Dies macht einen Diskurs über die Chancen und Risiken, vor allem aber auch eine Bewertung dieser, umso wichtiger. Im Rahmen dieser Arbeit wurden biokonservative Positionen den bioliberalen Anschauungen gegenübergestellt und diskutiert. Die Kernideen des Transhumanismus wurden herausgearbeitet und auf ihre medizinische Machbarkeit überprüft. Rechtliche Herausforderungen wurden aufgezeigt und philosophische Ansichten skizziert. Der Transhumanismus lässt sich nur als interdisziplinäres Forschungsfeld in seiner Komplexität erfassen, was er selber nicht berücksichtigt. Aufgrund seines „spekulativen“ Charakters bietet er auch in Zukunft noch zahlreiche Anknüpfungspunkte für wissenschaftliche Untersuchungen, beispielsweise in der Theologie oder Ökologie, die aufgrund des Umfangs dieser Arbeit allerdings nicht berücksichtigt werden konnten. Auch in der Rechtswissenschaft sollte der Transhumanismus aufgrund der bisher angeführten Fragen mehr in den Fokus rücken, da er von der Judikative abverlangt wird, Schutzmaßnahmen und Regelungen zu schaffen, die rechtzeitig Antworten auf die Frage geben sollen, wie wir uns gegenüber unserer Natur oder Gattung verhalten wollen. Schließlich geht es um das, was uns bisher von Maschinen unterscheidet, unsere Autonomie, Emotionalität, Moralität, Fehlbarkeit und Biologie. Ohne diese Eigenschaften würde der

Mensch zu einem Objekt endlosen Optimierungstrebens. Aufgrund der Unsicherheit bezüglich weiterer Entwicklungen, drängt sich abschließend folgende Frage auf: „If there is no ‚natural‘ body to return to then the question we must ask is no longer ‚What are we?‘ but the altogether more awefull question, ‚what is it that we want to become?‘<sup>231</sup>

<sup>1</sup> Huxley A: *Schöne neue Welt*. Frankfurt am Main 1996. S. 7.

<sup>2</sup> Sämtliche Personenbezeichnungen und personenbezogene Hauptwörter gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich und gleichermaßen für alle Geschlechter, männlich, weiblich und divers (m/w/d).

<sup>3</sup> Bailey R: *Transhumanism: The Most Dangerous Idea?*, reason 25.08.2004, <https://reason.com/2004/08/25/transhumanism-the-most-dangero/> (Stand: 24.09.2022).

<sup>4</sup> Fukuyama F: *The world's most dangerous idea*. *Transhumanism*, in: *Foreign Policy* 2004, 144, S. 42-43.

<sup>5</sup> Göcke BP; Meier-Hamidi F (Hrsg.): *Designobjekt Mensch. Die Agenda des Transhumanismus auf dem Prüfstand*, Freiburg im Breisgau 2018. Klappentext.

<sup>6</sup> Aurenque D: *Die medizinische Moralkritik Friedrich Nietzsches. Genese, Bedeutung und Wirkung*, Wiesbaden 2018, S. 155.

<sup>7</sup> „Denn armselig ist der Geist, der nur bereits Erfundenes anwendet, aber selbst nichts Neues erfindet“. Hieronymus Bosch: *Das Feld hat Augen, der Wald hat Ohren*, um 1500-05, Feder auf Papier, 20,2 x 12,7 cm, Kupferstichkabinett, Staatliche Museen, in: Bevers H: *Das Berliner Kupferstichkabinett. Ein Handbuch zur Sammlung*, 2. Auflage, Berlin 1994, S. 171, siehe a. <https://blog.smb.museum/hieronymus-bosch-das-feld-hat-augen-der-wald-hat-ohren/> (Stand: 24.09.2022).

<sup>8</sup> Wormer E: *Die Himmel und Höllen des Hieronymus Bosch*, in: *Orthopädie & Rheuma* 2014, 17(5): S.64-65, hier S. 64.

<sup>9</sup> Fischer S: *Hieronymus Bosch. Das vollständige Werk*. Köln 2016. S. 14.

<sup>10</sup> Hieronymus Bosch: *Die Versuchung des heiligen Antonius*, um 1502, Öl auf Eichenholz, 131,5 x 225 cm, Museu Nacional de Arte Antiga, Lissabon, in: Fischer, Fn. 9, S. 118-119, siehe a. <https://artinwords.de/bosch-garten-der-lueste-versuchung-des-hl-antonius/hieronymus-bosch-versuchung-des-hl-antonius-lissabon/>, <https://www.albrecht-duerer-apokalypse.de/seine-zeitgenossen/hieronymus-bosch/die-versuchung-des-heiligen-antonius/> (Stand: 24.09.2022).

<sup>11</sup> Ebd., S. 109.

<sup>12</sup> Liessmann KP: *Neue Menschen! Bilden optimieren, perfektionieren*, Wien 2016, S. 7-26.

<sup>13</sup> Martin Schongauer: *Die Versuchung des heiligen Antonius*, um 1480, Kupferstich, 21,2 x 23,0cm, Kupferstichkabinett, Staatliche Museen zu Berlin, in: Fischer, Fn. 9, S.110, siehe a. <https://sammlung.staedelmuseum.de/de/werk/der-heilige-antonius-von-daemonen-gepeinigt-1> (Stand: 24.09.2022).

<sup>14</sup> Richter T: *Zur Dystopie der Unsterblichkeit*, in: Leser I, Schwarz J (Hrsg.): *utopisch dystopisch. Visionen einer ‚idealen‘ Gesellschaft*, Wiesbaden 2018, S. 232.

<sup>15</sup> Ebd., S. 232.

<sup>16</sup> Ebd., S. 233.

<sup>17</sup> Wormer, Fn. 8, S. 65.

<sup>18</sup> Pieter Bruegel der Ältere: *Landschaft mit dem Sturz des Ikarus*, 1560, Öl auf Leinwand, 73 x 112 cm, Musée des Beaux-Arts, Tournai, in: Göcke B P, Meier-Hamidi F (Hrsg.): *Designobjekt Mensch. Die Agenda des Transhumanismus auf dem Prüfstand*, Freiburg im Breisgau 2018, S. 309. siehe a. <https://www.the-artinspector.de/post/pieter-bruegel-d-%C3%A4-nachfolge-landschaft-mit-dem-sturz-des-ikarus> (Stand: 22.09.2022).

<sup>19</sup> Klöcker K: *Zur ethischen Diskussion um Enhancement. Eine kritische Anmerkung zum Transhumanismus aus theologisch-ethischer Perspektive*, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 309.

<sup>20</sup> Ovid: *Metamorphosen*, München 1997, S. 205 f.

<sup>21</sup> Klöcker, Fn. 19, S.310.

<sup>22</sup> Ovid, Fn. 20, S. 205.

<sup>23</sup> Patricia Piccinini: *still life with stem cells*, 2002, Plastik, ArtLink, <https://www.artlink.com.au/articles/4533/patricia-piccinini-meet-graham/> (Standf: 04.12.2023), <https://www.patriciapiccinini.net/writing/24> (Stand: 24.09.2022).

<sup>24</sup> Mugler T: *COUTURISSIME*, [https://www.youtube.com/watch?v=IS\\_xVEK0yhk](https://www.youtube.com/watch?v=IS_xVEK0yhk) (Stand: 24.09.2022)

<sup>25</sup> Del Val, Jamie: *Pangender-Cyborg*, <https://www.youtube.com/watch?v=fmCaxU73qT0> (Stand: 22.09.2022)

<sup>26</sup> Preußner H-P: *Die unbegreifbare Angst der Existenz: Science-Fiction-Filme als anthropologische Reflexionsorte*, in: Frank-Job B, Michael J (Hrsg.): *Angstsprachen Interdisziplinäre Zugänge zur kommunikativen Auseinandersetzung mit Angst*, Wiesbaden 2020, S.293-328, hier S. 293.

<sup>27</sup> Ebd.

<sup>28</sup> Klugman C: *From cyborg fiction to medical reality*, in: *Literature and Medicine* 2001, 20(1), S. 39–54.

<sup>29</sup> Michel JG: *Vom Transhumanismus zu These des erweiterten Geistes: Ethische Implikationen?*, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 199-225, hier S. 201.

<sup>30</sup> Huxley J: *Transhumanism*. In: Huxley, Julian: *New Bottles for new wine*, London 1957, S. 17.

<sup>31</sup> FM-2030: *Are you a transhuman? Monitoring and stimulating your personal rate of growth in a rapidly changing World*, New York 1989.

<sup>32</sup> Habermas J: *Autopoietische Selbsttransformation der Menschengattung*, in: Habermas J. Ehalt HC, Körtner UHJ, Kampits P (Hrsg.): *Biologie und Biotechnologie. Diskurse über die Optimierung des Menschen* Wien 2014, S. 27-37, hier S. 36.

<sup>33</sup> Bohlken E, Thies C (Hrsg.): *Handbuch Anthropologie. Der Mensch zwischen Natur, Kultur und Technik*, Stuttgart 2009, S. 268.

<sup>34</sup> Ebd., S. 28.

<sup>35</sup> Loh J: *Maschinenethik und Trans- und Posthumanismus*, in: Bendel O (Hrsg.): *Handbuch Maschinenethik*, Wiesbaden 2019, S. 97.

<sup>36</sup> More M: *The Philosophy of Transhumanism*, in: More M, Vita-More N (Hrsg.): *The Transhumanist Reader. Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology and Philosophy of the human Future*, Chichester 2013, S. 3-17, hier S. 7.

<sup>37</sup> Bostrom N: *Why I want to be a Posthuman when I grow up*, in: Gordijn B, Chadwick R (Hrsg.): *Medical Enhancement and Posthumanity*, New York 2009, S. 107-136, hier S. 111.

<sup>38</sup> Bostrom N: *Human genetic enhancements: A transhumanist perspective*, in: *The Journal of Value Inquiry* 2003, 37:493–506, hier S. 494.

<sup>39</sup> Aurenque, Fn. 6, S. 157.

<sup>40</sup> Krebs A: *Naturethik im Überblick*, in: Krebs A (Hrsg.): *Naturethik. Grundtexte der gegenwärtigen Tier und ökoethischen Diskussion*, Frankfurt am Main 1997, S. 337–379, hier S. 343.

<sup>41</sup> Loh, Fn. 35, S. 100.

<sup>42</sup> Sorgner SL: *Transhumanismus – ‚Die gefährlichste Idee der Welt!‘? Freiburg im Breisgau 2016. S. 67.*

<sup>43</sup> Ebd. S.19.

<sup>44</sup> Habermas J: *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main 2001, S. 43.

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> Klaes C: *Was steckt hinter den Versprechen des Transhumanismus? Eine naturwissenschaftliche Perspektive*, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S.379-408, hier S. 380.

<sup>47</sup> Schmaus T: *Nietzsches letzter Mensch als transhumanistische Dystopie*, in: Heit H, Thorgeirsdottir S (Hrsg.): *Nietzsche als Kritiker und Denker der Transformation*, Berlin 2016, S.206-221, hier S.208.

<sup>48</sup> Lindner FJ: *„Neuro-Enhancement“ als Grundrechtsproblem*, in: *MedR* 2010, 28, S. 463–471, hier S.464.

- <sup>49</sup> Bostrom, Fn. 37, S.108.
- <sup>50</sup> Sorgner, Fn. 42, S. 41 ff.
- <sup>51</sup> DAK Gesundheitsreport 2015, S. 58, [https://www.dak.de/dak/bundesthemen/gesundheitsreport-2015-2109048.html#/ \(Stand: 24.09.2022\)](https://www.dak.de/dak/bundesthemen/gesundheitsreport-2015-2109048.html#/ (Stand: 24.09.2022)).
- <sup>52</sup> Röcke A: (Selbst)Optimierung. Eine soziologische Bestandsaufnahme, in: Berlin J Soziol 2017, 27, S. 319–335, hier S.331.
- <sup>53</sup> Straub J, Sieben A, Sabisch-Fechtelpeter K: Menschen besser machen. Terminologische und theoretische Aspekte vielgestaltiger Optimierungen des Humanen, in: Sieben A, Sabisch-Fechtelpeter K, Straub J (Hrsg.): Menschen machen. Die hellen und die dunklen Seiten humanwissenschaftlicher Optimierungsprogramme Bielefeld 2012, S. 27–78, hier S.19.
- <sup>54</sup> Ebd. S.30.
- <sup>55</sup> Röcke, Fn. 52, S. 321.
- <sup>56</sup> Straub et al., Fn. 52, S. 38 f.
- <sup>57</sup> Bröckling U: In der Optimierungsfalle. Zur Soziologie der Wettbewerbsgesellschaft, in: Supervision: Mensch, Arbeit, Organisation 2013, 31(4), S. 4–11, hier S. 4.
- <sup>58</sup> Ebd., S.5.
- <sup>59</sup> Uhlendorf N, Schreiber J, King V et al.: „Immer so dieses Gefühl, nicht gut genug zu sein“. Optimierung und Leiden, in: Psychoanalyse im Widerspruch 2016, 28(55), S. 31–50.
- <sup>60</sup> Wagner G: Selbstoptimierung. Praxis und Kritik von Neuroenhancement, Frankfurt am Main 2017, S. 21.
- <sup>61</sup> Duttweiler S: Alltägliche (Selbst)Optimierung in neoliberalen Gesellschaften, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 2016, 66(37–38), S. 27–32, S. 27.
- <sup>62</sup> Meißner S: Selbstoptimierung durch Quantified Self? Selbstvermessung als Möglichkeit von Selbststeigerung, Selbsteffektivierung und Selbstbegrenzung, in: Selke S (Hrsg.): Lifelogging. Digitale Selbstvermessung und Lebensprotokollierung zwischen disruptiver Technologie und kulturellem Wandel, Wiesbaden 2016, S. 217–236, S. 224.
- <sup>63</sup> Ebd., S. 233.
- <sup>64</sup> Duttweiler S, Passoth J-H: Self-Tracking als Optimierungsprojekt?, in: Duttweiler S, Gugutzer R, Passoth J-H, Strübing J (Hrsg.): Leben nach Zahlen. Self-Tracking als Optimierungsprojekt?, Bielefeld 2016, S. 9–42, hier S.13.
- <sup>65</sup> Ebd., S. 21 f.
- <sup>66</sup> Röcke, Fn. 52, S. 321.
- <sup>67</sup> Ebd, S. 332.
- <sup>68</sup> Sorgner SL: Pedigrees, in: Ranisch R, Sorgner SL (Hrsg.): Post and Transhumanism: An Introduction, New York et al. 2014, S. 29-48.
- <sup>69</sup> Hilt A, Jordan I, Frewer A (Hrsg.): Endlichkeit, Medizin und Unsterblichkeit. Geschichte-Theorie-Ethik, Stuttgart 2010.
- <sup>70</sup> Heilinger J-C: Menschen, Weltbürgern, in: Heilinger J-C, Nida-Rümelin J (Hrsg.): Anthropologie und Ethik, Berlin 2015, S.113-134, hier S.123.
- <sup>71</sup> Bostrom zitiert nach Sorgner SL: Transhumanistische Bilder perfekter Körper, in: Beinsteiner A, Kohn T (Hrsg.): Körperphantasien. Technisierung – Optimierung – Transhumanismus, Innsbruck 2016, S. 191-200, hier S.193; vgl. a. Bostrom N: Transhumanist Values, [https://www.nickbostrom.com/ethics/values.html \(Stand: 22.09.2022\)](https://www.nickbostrom.com/ethics/values.html (Stand: 22.09.2022)).
- <sup>72</sup> Koch L: Neue Regeln für den Menschenpark? Zur Konvergenz von Biotechnologie, Ökonomie und Gouvernementalität in aktuellen Anthropologie-Debatten, in: Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 2010, 157(40), S. 82.
- <sup>73</sup> Săvulescu J: Procreative Benefits: Why we should select the best children, in: Bioethics 2001, 15(5-6), S. 413-426.
- <sup>74</sup> Sorgner, Fn. 71, S. 197.
- <sup>75</sup> Ebd., S. 198.
- <sup>76</sup> Ebd.

- <sup>77</sup> Vgl. Michel, Fn. 29, S.201.
- <sup>78</sup> Nietzsche F: Also sprach Zarathustra. Text nach BD 4, Colli, Giorgio C, Montinari M (Hrsg.): Kritische Studienausgabe, München 2020, S. 14.
- <sup>79</sup> Ebd., S. 16.
- <sup>80</sup> Ebd., S. 198.
- <sup>81</sup> Sorgner, Fn. 42, S. 113.
- <sup>82</sup> Vgl. ebd., S. 114.
- <sup>83</sup> Ebd., S. 132.
- <sup>84</sup> Ebd., S. 126.
- <sup>85</sup> Habermas J: Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Frankfurt am Main 2005, S. 43.
- <sup>86</sup> Bostrom, Nick: A history of transhumanist thought, in: Journal of Evolution and Technology 2005, 15, S. 1-25, S. 4.
- <sup>87</sup> Vgl. Sorgner, Fn. 71, S. 192.
- <sup>88</sup> Habermas, Fn. 85, S. 43.
- <sup>89</sup> Nietzsche F: Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift, in: Schlechta K (Hrsg.): Werke in drei Bänden, München 1981. S. 854.
- <sup>90</sup> Vgl. Sorgner, Fn. 42, S.124: „Wenn gentechnologische Maßnahmen oder liberale Eugenik als eine besondere Art von Erziehung gesehen werden kann, [...] dann ist es möglich, dass Gentechnologie auch von Nietzsche bejaht worden wäre da die Erziehung eine wichtige Rolle in seiner Ethik spielt, und [...] er Selbstüberwindungsprozesse und die Entstehung des Übermenschen affirmiert.“
- <sup>91</sup> Grey, Aubrey de; Rae, Michael: Ending Aging. The Rejuvenation Breakthrough That Could Reverse Human Aging in Our Lifetime, New York 2007.
- <sup>92</sup> Thweatt JJ: Cyborg-Christus und die Heiligkeit des Körpers, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5., S. 363-378, S. 364.
- <sup>93</sup> Ebd.
- <sup>94</sup> Ebd., vgl. Pearce D: The Abolitionist Project, [https://www.hedweb.com/abolitionist-project/index.html \(Stand: 22.09.2022\)](https://www.hedweb.com/abolitionist-project/index.html (Stand: 22.09.2022)).
- <sup>95</sup> Hughes J: Citizen Cyborg: Why democratic societies must respond to the redesigned human of the future, Cambridge 2004, S. 17 f.
- <sup>96</sup> Thweatt, Fn. 93, S. 365.
- <sup>97</sup> Kurzweil R: The singularity is near. When humans transcend biology, New York 2005, S. 202.
- <sup>98</sup> Coeckelbergh, Mark: Transzendenzmaschinen: Der Transhumanismus und seine (technisch-)religiösen Quellen, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 81-94, hier S. 86.
- <sup>99</sup> Zitiert nach Heil R: Der Mensch als Designobjekt im frühen Transhumanismus und Techno-Futurismus, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 53-80, hier S. 67, mit Bezugnahme auf Esfandiary FM: Up-wingers, New York 1973. Die Seitenzahlen des Zitats sind diesem Text entnommen.
- <sup>100</sup> Came D: Der Tod und seine Leugnung im Transhumanismus, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 95-115, hier S. 97.
- <sup>101</sup> Ebd., S. 112.
- <sup>102</sup> Ebd., S. 99.
- <sup>103</sup> Vgl. Rasmussen CH, Johnson ME: Spirituality and Religiosity. Relative Relationships to Death Anxiety, in: Omega. Journal of Death and Dying 1995, 29, S. 313-318.
- <sup>104</sup> Came, Fn. 100, S. 104.
- <sup>105</sup> Ebd., S. 108.
- <sup>106</sup> Klaes, Fn. 46, S. 392.
- <sup>107</sup> Ebd., S. 391.
- <sup>108</sup> Sorgner SL: Was wollen Transhumanisten?, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 153-180, hier S.157 f.
- <sup>109</sup> Luhmann HJ: Hirnpotentiale. Die neuronalen Grundlagen von Bewusstsein und freiem Willen, Berlin 2020, S. 172.

<sup>110</sup> Generative Adversarial Network (GAN): Edmond de Belamy, 2018, Druck auf Leinwand, 7 x 7cm, Paris, Auktionshaus Christie, <https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx> (Stand: 04.12.2023).

<sup>111</sup> Rekabsaz N, Schedel M: Do Neural Ranking Models Intensify Gender Bias?, in: Proceedings of the 43rd International ACM SIGIR Conference on Research and Development in Information Retrieval (SIGIR '20), July 25–30, 2020, Virtual Event, China, ACM, New York, NY, USA, <https://arxiv.org/pdf/2005.00372.pdf> (Stand: 22.09.2022).

<sup>112</sup> Turing AM: I.—COMPUTING MACHINERY AND INTELLIGENCE, in: *Mind*, 59(236), October 1950, S. 433-460.

<sup>113</sup> Oppermann A: Did Google Duplex beat the Turing Test? Yes and No, 20.05.2018, <https://towardsdatascience.com/did-google-duplex-beat-the-turing-test-yes-and-no-a2b87d1c9f58> (Stand: 22.09.2022).

<sup>114</sup> Luhmann, Fn. 110, S. 173.

<sup>115</sup> Kurzweil, Fn. 98.

<sup>116</sup> Heilinger J-C, Müller O: Der Cyborg. Anthropologische und ethische Überlegungen, n: Manzschke A, Karsch F (Hrsg.): *Roboter, Computer und Hybride. Was ereignet sich zwischen Menschen und Maschinen?*, Baden-Baden 2016, S. 47-66, hier S. 48.

<sup>117</sup> Loh, Fn. 35, S. 100.

<sup>118</sup> Luhmann, Fn. 110, S. 173.

<sup>119</sup> Donahue M: Ein farbenblinder Künstler wurde zum ersten Cyborg der Welt, in: *National Geographic*, 09.11.2017, <https://www.nationalgeographic.de/wissenschaft/2017/04/ein-farbenblinder-kuenstler-wurde-zum-ersten-cyborg-der-welt> (Stand: 22.09.2022); s. a. <https://www.youtube.com/watch?v=GaZt9A9AOHs> (Stand: 22.09.2022).

<sup>120</sup> <https://www.cyborgfoundation.com/> (Stand: 22.09.2022).

<sup>121</sup> Warwick K: *Artificial Intelligence. The Basics*, London 2012.

<sup>122</sup> Oettel M: Smart Human und der Schutz der Gedanken, in: *Datenschutz und Datensicherheit* 2020, 44, S. 386-389, hier S. 386.

<sup>123</sup> Ebd., S. 386.

<sup>124</sup> Birbaumer N, Chaudhary U: Lernen von Hirnkontrolle – Klinische Anwendung von Brain-Computer Interfaces, in: *Neuroforum* 2015, 21, S. 130–143.

<sup>125</sup> Hochberg LR, Bacher D, Jarosiewicz B et al.: Reach and grasp by people with tetraplegia using a neurally controlled robotic arm, in: *Nature* 2012, 485, S. 372-375.

<sup>126</sup> Vgl. <https://rehavista.de/> (Stand: 22.09.2022). Vgl. a. Wilken E: *Unterstützte Kommunikation. Eine Einführung in Theorie und Praxis*, Stuttgart 2018.

<sup>127</sup> Luhmann, Fn. 110, S. 174

<sup>128</sup> Clark A, Chalmers DJ: The Extended Mind, in: *Analysis* 1998, 58, S. 7-19.

<sup>129</sup> Michel, Fn. 29, S. 213.

<sup>130</sup> Ebd., S. 220.

<sup>131</sup> Clark und Chalmers, Fn. 129, S. 12.

<sup>132</sup> Michel, Fn. 29, S. 200.

<sup>133</sup> Thweatt, Fn. 93, S. 371.

<sup>134</sup> Sorgner, Fn. 42, S. 10.

<sup>135</sup> Klaes, Fn. 46, S. 402.

<sup>136</sup> Human Brain Project, <https://www.humanbrainproject.eu/en/> (Stand: 22.09.2022).

<sup>137</sup> Müller K: Zwischen Traum und Trauma: Über Programme der Menschenoptimierung, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 271-293, hier S. 289.

<sup>138</sup> Chalmer, zitiert nach Luhmann, Fn. 110, S. 175.

<sup>139</sup> Schneider S: Should You Add a Microchip to Your Brain? You might risk losing yourself, in *New York Times*, 10.06.2019, <https://www.nytimes.com/2019/06/10/opinion/future-artificial-intelligence-transhumanism.html> (Stand: 22.09.2022).

<sup>140</sup> Ebd.

<sup>141</sup> Roelfsema PR, Denys D, Klink CP: Mind reading and writing: the future of neurotechnology, in: *Trends Cogn Sci* 2018, 22, S. 598-610.

<sup>142</sup> Kim TH, Zhang Y, Lecoq J et al.: Long-Term optical access to an estimated one million neurons in the live mouse cortex, in: *Cell Rep* 2016, 17, S. 3385-3394.

<sup>143</sup> Miyawaki Y, Uchida H, Yamashita O et al.: Visual image reconstruction from human brain activity using a combination of multiscale local image decoders, in: *Neuron* 2008, 60, S. 915-929.

<sup>144</sup> Kuhn J, Grözinger M, Sartorius A: Therapieresistente schwere psychische Störungen. Tiefe Hirnstimulation eröffnet eine neue Option bei psychiatrischen Erkrankungen, in: *InFo Neurologie + Psychiatrie* 2020, 22 (5), S. 48-55.

<sup>145</sup> Ulla M; Thobois S; Lemaire J-J et al.: Manic behaviour induced by deep-brain stimulation in Parkinson's disease: evidence of substantia nigra implication?, in: *Journal of Neurology, Neurosurgery, and Psychiatry* 2006, 77, S. 1363–1366.

<sup>146</sup> Schneider-Warme F: The power of optogenetics. Potential in cardiac experimental and clinical electrophysiology, in: *HerzschrElektrophys* 2018, 29 S. 24–29.

<sup>147</sup> Deisseroth K, Hegemann P: The form and function of channelrhodopsin, in: *Science* 2017, 357(6356).

<sup>148</sup> Ebd.

<sup>149</sup> Schneider-Warme, Fn. 147, S. 26.

<sup>150</sup> Luhmann, Fn. 110, S. 178

<sup>151</sup> Bruno S: Die Auswilderung von Pädö 1, in: *Am Erker*, Bd. 73, 2017, S. 8-11.

<sup>152</sup> Gilbert F: A threat to autonomy? The intrusion of predictive brain implants, in: *AJOB Neurosci* 2015, 6(4), S. 4-11.

<sup>153</sup> Grössl J: Verbesserung oder Zerstörung der menschlichen Natur?, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 339-362, hier S.347.

<sup>154</sup> Persson I, Savulescu J: Moral transhumanism, in: *J Med Philos* 2010, 35, S. 656-669.

<sup>155</sup> Grössl, Fn. 154, S. 352.

<sup>156</sup> Douglas T: Moral enhancement, in: *J Appl Philos* 2008, 25(3), S. 228-245.

<sup>157</sup> DeGrazia D: Moral enhancement, freedom, and what we (should) value in moral behavior, in: *J Med Ethics* 2014, 40, S. 361-368.

<sup>158</sup> Baccarini E, Malatesti L: The moral bioenhancement of psychopaths, in: *J Med Ethics* 2017, 43(10), S. 697-701

<sup>159</sup> Hughes J: Moral enhancement requires multiple virtues. Toward a posthuman model of character development, in: *Camb Q Healthc Ethics* 2015, 24(1), S. 86-95.

<sup>160</sup> Müller S: Moral Enhancement durch Neurochirurgie? Machbarkeit und ethische Vertretbarkeit, in: *Ethik Med* 2018, 30, S. 39-56, hier S. 42.

<sup>161</sup> Ebd., S. 42.

<sup>162</sup> Reimer M: Psychopathy without (the language of) disorder, in: *Neuroethics* 2008, 1, S. 185-198.

<sup>163</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_DE.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_DE.html) (Stand: 22.09.2022).

<sup>164</sup> Vgl. Faust F: Gutachten Teil A: Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update? Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016.

<sup>165</sup> Scheufen M: Künstliche Intelligenz und Haftungsrecht: die e-Person aus ökonomischer Sicht, in: *Wirtschaftsdienst* 2019, 6, S. 411-414, hier S. 411.

<sup>166</sup> Ebd., S. 411.

<sup>167</sup> Ebd., S. 412.

<sup>168</sup> Inwiefern man bei einer KI über Entscheidung sprechen kann, ließe sich ebenfalls diskutieren.

<sup>169</sup> Open letter to the European Commission. Artificial Intelligence and Robotics, <http://www.robotics-openletter.eu/> (Stand: 22.09.2022).

<sup>170</sup> Hilgendorf : Zivil- und strafrechtliche Haftung für von Maschinen verursachte Schäden, in: *Ben- del O: Handbuch Maschinenethik*, Wiesbaden 2019, S. 437-453, hier S. 451.

<sup>171</sup> Scheufen, Fn. 166, S. 412.  
<sup>172</sup> Oettel, Fn. 123, S. 387.  
<sup>173</sup> Ebd.  
<sup>174</sup> Luhman, Fn. 110, S. 179.  
<sup>175</sup> Lindner, Fn. 48, S. 465.  
<sup>176</sup> Lindner, Fn. 48, S. 467.  
<sup>177</sup> Ebd., S. 468.  
<sup>178</sup> Ebd.  
<sup>179</sup> Ebd., S. 467.  
<sup>180</sup> Göcke BP: Designobjekt Mensch?! Ein Diskusbeitrag über die Probleme und Chancen transhumanistischer Menschenoptimierung, in: Göcke und Meier-Hamidi, Fn. 5, S. 117-152, hier S.128.  
<sup>181</sup> Koch, Fn. 72, S. 85.  
<sup>182</sup> Ebd., S. 77.  
<sup>183</sup> Ebd., S. 78.  
<sup>184</sup> Ebd., S. 77.  
<sup>185</sup> Grössl, Fn. 154, S. 343 f.  
<sup>186</sup> Ebd., S. 345.  
<sup>187</sup> Lindner, Fn. 48, S. 468.  
<sup>188</sup> Ebd. S.469.  
<sup>189</sup> Müller, Fn. 138, S. 52.  
<sup>190</sup> Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 882/09, 23.03.2011., vgl. Müller, Fn. 138, S. 51.  
<sup>191</sup> Gilbert F, Vranic A, Hurst S: Involuntary & voluntary invasive brain surgery: ethical issues related to acquired aggressiveness, in: Neuroethics 2013, 6, S. 115-128.  
<sup>192</sup> Sorgner, Fn. 42, S. 69.  
<sup>193</sup> Koch, Fn. 72, S. 86.  
<sup>194</sup> Sloterdijk P: Regeln für den Menschenpark. Ein Antwortschreiben zu Heideggers Brief über den Humanismus, Frankfurt am Main 2008, S. 41.  
<sup>195</sup> Ebd., S. 41.  
<sup>196</sup> Koch, Fn. 72, S.87.  
<sup>197</sup> Sloterdijk, Fn. 195, S. 32 f.  
<sup>198</sup> Ebd., S. 31.  
<sup>199</sup> Ebd., S. 40.  
<sup>200</sup> Ebd., S. 49.  
<sup>201</sup> Ebd., S. 45 f.  
<sup>202</sup> Habermas, Fn. 85, S. 98.  
<sup>203</sup> Ebd. S. 53-55.  
<sup>204</sup> Ebd.  
<sup>205</sup> Ebd. S. 31.  
<sup>206</sup> Rentrop M, Müller R, Baeuml J (Hrsg.): Klinikleitfaden Psychiatrie und Psychotherapie, München 2009.  
<sup>207</sup> Habermas, Fn. 85, S. 29 ff.  
<sup>208</sup> Jonas H: Lasset uns einen Menschen klonen, in: Jonas H: Technik, Medizin und Eugenik, Frankfurt am Main 1985, S. 168.  
<sup>209</sup> Arendt H: Vita activa, München 2003, S. 18.; vgl. Habermas, Fn. 85, S.102.  
<sup>210</sup> Sorgner, Fn. 42, S. 42.  
<sup>211</sup> Ebd.  
<sup>212</sup> Ebd., S. 43.  
<sup>213</sup> Heil, Fn. 100, S. 77 f.  
<sup>214</sup> Becker R: Der Mensch will über den Menschen hinaus. Hinweise zur Ideengeschichte des homo creator, in: Hartung G, Herrgen M (Hrsg.): Interdisziplinäre Anthropologie, Wiesbaden 2016, S. 165.  
<sup>215</sup> Jessen J: Die Besten sind Bestien, in: DIE ZEIT Nr. 22/2013, [nen-optimierter-mensch \(Stand: 22.09.2022\).](https://www.zeit.de/2013/22/klo-</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>216</sup> Ebd.  
<sup>217</sup> Ebd.  
<sup>218</sup> Ebd.  
<sup>219</sup> Klöcker, Fn. 19, S. 333.  
<sup>220</sup> Ebd. S. 334.  
<sup>221</sup> Grössl, Fn. 154, S. 348.  
<sup>222</sup> Ebd.  
<sup>223</sup> Müller, Fn. 161, S. 53.  
<sup>224</sup> Ebd. S.54.  
<sup>225</sup> Klöcker, Fn. 19, S. 326 f.  
<sup>226</sup> Göcke, Fn. 182, S. 142 f.  
<sup>227</sup> Sorgner, Fn. 42, S. 25.  
<sup>228</sup> Klöcker, Fn. 19, S. 316.  
<sup>229</sup> Borgmann S: Do you dare to be human. Ambivalente Rezeptionen des Menschseins und des lebenslangen Lernens, Wiesbaden 2020, S. 30.  
<sup>230</sup> Sloterdijk, Fn. 195, S. 46 f. Er fragt darüber hinaus, „ob eine künftige Anthropotechnologie bis zu einer explizierten Merkmalsplanung vordringt; ob die Menschheit gattungsweltweit eine Umstellung vom Geburtenfatalismus zur optionalen Geburt und zur pränatalen Selektion wird vollziehen können“, was die Kritik und Debatte um Missinterpretation und NS-Eugenik bei Sloterdijk umso stärker prägte.  
<sup>231</sup> Scott J: The Posthuman Body in Superhero Comics: Human, Superhuman, Transhuman, Post/Human, New York 2016, S. 236.

Marie Kuss ist Referentin im Kunden- und Projektmanagement bei der Gesundheitsforen Leipzig GmbH.

## Die Verwendung kommunikativer Codes in Hospizen

von Dr. phil. Andreas Walker, M.Mel.

### 1 Einleitung

In einem hospizlich-palliativen Setting werden an den Patienten beizeiten Erwartungshaltungen herangetragen, die von ihm verlangen, dass ihm sein eigenes Sterben bewusst ist, dass er sich mit diesem auseinandergesetzt hat und dass er es akzeptiert. Auch wenn das Ideal des bewussten Sterbens mittlerweile in eine Krise geraten ist, da von professioneller Seite nicht mehr unbedingt die Auseinandersetzung des Sterbenden mit seinem Sterben eingefordert wird,<sup>1</sup> haben Gerd Göckenjan und Stefan Dreßke noch in den 2000er Jahren festgestellt, dass dem Patienten die „Sterberolle“ beim Einzug in die Institution Hospiz zugewiesen wird.<sup>2</sup> Dabei ziehe allein der Umstand, dass es sich in Hospizen und Palliativstationen um Palliativversorgung handelt, die Zuweisung einer Sterberolle nach sich. „Eine Palliativversorgung, in der keine Sterberolle zugewiesen wird, ist keine Palliativversorgung.“<sup>3</sup> Dies ist eine sehr enge Auffassung von Palliativmedizin, konnte doch Michael Stollberg zeigen, dass Palliativmedizin frühneurologisch weit mehr umfasste wie symptomatische Behandlungen, chronische Erkrankungen bzw. Erkrankungen, die „allenfalls sehr langfristig einen tödlichen Ausgang erwarten ließen“<sup>4</sup>. Allerdings deckt sich die engere Auffassung mit den Definitionen der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin bzw. der European Association for Palliative Care oder der WHO, die Palliativmedizin als Versorgung bzw. Behandlung von Patienten mit einer nicht heilbaren, fortgeschrittenen Erkrankung mit „begrenzter Lebenserwartung“<sup>5</sup> bestimmen. Das Ziel der Palliativmedizin ist die Erhöhung der Lebensqualität und die Kontrolle von Schmerzen, woraus jedoch auch die Sterberolle des Patienten konstituiert wird.

Die Sterberolle, so wie sie institutionell mit der Aufnahme zugewiesen wird, ist definiert durch gravierende Restriktionen der medizinischen Potentiale, durch eine Selbstbeschränkung der Medizin einerseits, und durch umfangreiche kommunikative und psychosoziale Angebote andererseits [...]<sup>6</sup>

Die Behauptung einer Zuweisung der Sterberolle wird auch dann aufrecht erhalten, wenn Patienten sich zunächst weigern, diese zu übernehmen. „Patienten adaptieren die Sterberolle nicht selten erst, wenn sie keine andere Wahl haben, wenn sich ihr körperlicher Zustand verschlechtert, wenn ihr Körper trotz

aller Symptombehandlung zeigt, dass es zu Ende geht.“<sup>7</sup> Letztendlich hat die Konzeptionierung der Sterberolle einen therapeutischen Effekt, da sie Ordnung (wieder)herstellt.

Die Anforderungen an die Sterberolle liegen darin, die soziale Welt geordnet zu verlassen. Der Sterbende hinterlässt eine Lücke, die schon von den Umstehenden antizipiert wird. Ziel aller Rituale und Bearbeitungen des Sterbens muss es sein, diese Lücke zu schließen.<sup>8</sup>

Diesem Entwurf der Sterberolle liegt das Ideal zugrunde, dass ein möglichst bewusstes Sterben zugleich ein besseres Sterben ist im Vergleich zu einem Sterben, das sich wenig bewusst vollzieht bzw. bei dem der Sterbende sich weigert, sein Sterben zu akzeptieren. An diesem Ideal wurde in jüngerer Zeit Kritik geübt, da es darum ginge, „Sterbende in Organisationskarrieren einzufügen“, die „neue Optionen des Sprechens mit Sterbenden“ ermöglichen, „in denen dieses Sterben gar keine Rolle spielen muss.“<sup>9</sup> Sterben muss demnach in diesen Organisationen nicht immer explizit gemacht werden.

Grundsätzlich ist die Kommunikation der beteiligten Professionen wie der Ehrenamtlichen mit den Patienten von einem strukturellen Rahmen bedingt und davon abhängig, in welchen Institutionen (Hospiz oder Palliativstation) sich die Beteiligten begegnen. Bevor eine Patientin in ein Hospiz einzieht, wird sie darüber aufgeklärt, um was für eine Institution es sich handelt und dass sie wahrscheinlich in dieser versterben wird. Ein Patient auf einer Palliativstation ist möglicherweise hier nur temporär und wird im Anschluss in ein Hospiz verlegt. Oder seine Krankheit verschlechtert sich dermaßen, dass er auf der Palliativstation verstirbt. Diese unterschiedlichen strukturellen Voraussetzungen haben wiederum Auswirkungen darauf, wie viel Zeit etwa dem Arzt bzw. einer Pflegekraft für ein Gespräch mit den Patienten zur Verfügung steht und in welche anderen Verpflichtungen sie vor oder nach einer Visite eingebunden sind.

Innerhalb dieses strukturellen Rahmens basiert das situative Setting der Professionellen-Ehrenamtlichen-Patienten-Beziehung auf Asymmetrien.<sup>10</sup> Diese sind von symbolischer wie epistemischer und in einem hospizlich-palliativen Rahmen überdies von existentieller Natur.

Die symbolische Asymmetrie zwischen den Professionen und den Patienten beruht auf einem symbolischen Kapital (Autorität in fachlichen Belangen, Ansehen, Ehrbarkeit), mit dem Berufe im Gesundheitswesen versehen sind.<sup>11</sup> Die symbolische Asymmetrie ist beim Arzt – neben dem beruflichen Status – überdies durch ein mit der ärztlichen Profession in Zusammenhang stehendes (Standes-)Ethos gekennzeichnet. Zu diesem gehört die Achtung „des Willens und [...] des Selbstbestimmungsrechts“<sup>12</sup> der Patienten. Der Wunsch des Patienten steht von einer symbolischen Warte aus im Zentrum des pflegerisch-ärztlichen Han-

delns und soll, sofern dies die Erkrankung des Patienten zulässt, bei den medizinischen Maßnahmen weitestgehend berücksichtigt werden.

Die Ebene der epistemischen Asymmetrie ergibt sich aus dem Perspektivenunterschied zwischen dem Arzt als Wissenschaftler wie der Expertise der Pflegefachkraft und der subjektiven Sichtweise der Erkrankung durch den Patienten. Das Verständnis seitens des Patienten über die durchzuführenden Maßnahmen ist von seiner sozialen, psychischen wie physischen Situation abhängig und kann – je nach Schwere der Erkrankung – beeinträchtigt sein. Der Arzt wie die Pflegekräfte haben es vielfach mit Menschen zu tun, die aufgrund ihrer Erkrankung vulnerabel, psychisch belastet und erhöht sensibilisiert sind, sodass die Asymmetrie durch die emotionale Disposition des Patienten aufrechterhalten wird. Zur epistemischen Asymmetrie gehören aber auch die Aufklärung des Patienten, bei der der Arzt Ausmaß und Tragweite der Erkrankung dem Patienten vermittelt, sowie das Aushandeln der therapeutischen Spielräume, konkret welche kurativen Maßnahmen in seltenen Fällen noch zu ergreifen oder zurückzufahren und welche palliativen Maßnahmen zu empfehlen sind, und schließlich die Anpassung der Therapie an den Fortschritt der Erkrankung.

Am signifikantesten für den hospizlich-palliativen Kontext ist überdies eine existentielle Asymmetrie, denn die Patienten sind mit ihrem eigenen Sterben konfrontiert, während Ärzte, Pflegekräfte, Therapeuten und Ehrenamtliche vom Tod nicht unmittelbar betroffen sind.<sup>13</sup> Dem Arzt kommt dabei nicht die einzige, aber eine entscheidende Funktion zu, mit den Patienten über ihr Sterben zu sprechen. Aber auch jede andere Berufsgruppe wie auch die Ehrenamtlichen können das Sterben der Sterbenden thematisieren. Doch trotz existentieller Asymmetrie müssen weder Sterbende noch Ehrenamtliche oder Professionelle an das Sterben erinnern, um einem Ideal eines bewussten Sterbens zu folgen.

Doch auf welche Weise haben die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Hospizen Möglichkeiten, das Sterben bewusst zu thematisieren bzw. es gerade nicht thematisieren zu müssen? Dieser Frage möchte ich mich im Folgenden anhand der von Basil Bernstein getroffenen Unterscheidung von elaboriertem und restringiertem Code nähern.

## 2 Sprachliche Codes nach Basil Bernstein

Der Soziologe Basil Bernstein hat zwischen einem restringierten kommunikativen Code und einem elaborierten Code unterschieden. Bei einem restringierten Code

the speech is played out against a back-cloth of assumptions common to the speakers, against a set of shared interests and identifications, in short against a cultural identity which reduces the need for speakers to elaborate verbally their intent and make it explicit [...] Concretely a restricted code is not necessarily class-linked but

will arise in closed communities like a prison, combat units in the armed services, but also between close friends, in the peer group of children and adolescents. [...] Finally, and of critical importance, the unique meaning of the person will tend to be implicit and not verbally elaborated.<sup>14</sup>

Der restringierte Code ist also eingebettet in gemeinsam geteilte Annahmen und Interessen, die auf dezidierte Elaborationen der Sprecherpositionen verzichten können.

Der elaborierte Code hingegen ist ein Code der Explikation von Gründen und – wo möglich – ausführlichen Erklärungen und Differenzierungen. Ein elaborierter Code ist abstrakter, weniger situativ und mehr auf Prinzipien bezogen als ein restringierter Code. Er fordert eine reflexive Auseinandersetzung mit der eigenen Person und bei interpersonellen Beziehungen ein. Während der restringierte Code status- oder sozialorientiert, mithin gemeinschaftlich orientiert ist und sich durch geteilte soziale Praktiken auszeichnet, ist der elaborierte Code personenorientiert und „will facilitate the verbal transmission and elaboration of the individual's experience“<sup>15</sup>.

Die Verwendung eines elaborierten Codes isoliert die Sprecher voneinander und entfremdet von der sozialen Umwelt. Dafür aber werden individuelle Standpunkte und Perspektiven vermittelbar, was ein restringierter Code gerade nicht leistet:

If a speaker is moving towards a restricted code then the code, that is the linguistic options he is taking up, will not facilitate the speaker in his attempt to put into words his purposes, his intent, his unique experience in a verbally explicit form.<sup>16</sup>

Der elaborierte Code hingegen betont das „Ich“ gegenüber dem „Wir“. Er setzt eine Trennung zwischen dem Selbst und den Anderen voraus. Im Gegensatz dazu ist der restringierte Code anstatt auf unterschiedliche Andere auf einen verallgemeinerten Anderen angewiesen.<sup>19</sup>

Ein elaborierter Code drückt Selbst-Differenzierungen aus, derweil ein restringierter Code in soziozentrischen Wortfolgen besteht, in deren Mittelpunkt die soziale Kontrolle und der Verweis auf soziale Faktoren stehen.<sup>17</sup> Es ist ein Code, der in kleineren Gruppen funktioniert, bei denen sprachliche Muster wie vertraute Umgangsformen vorherrschen und Handlungsabsichten nicht explizit gemacht werden müssen, da das Teilen von Zeichen, Symbolen und Ritualen ausführliche Erklärungen entbehren kann. In reinerer Form findet man den restringierten Code in Ritualen der Kommunikation, religiösen Praktiken, gesellschaftlichen Empfängen, die einem spezifischen Protokoll folgen, wie auch bei Gesprächen über das Wetter; auf einer strukturalen Ebene geht es um eine Identifikation mit einer Gruppe.<sup>18</sup> Der restringierte Code bestätigt und festigt soziale Beziehungen. Wie Dinge gesagt werden, ist wichtiger, als was gesagt wird.

Die Verwendung des elaborierten Codes ist indes nicht als Zwang zu verstehen, dass alles offengelegt wird, was mit Selbst-Differenzierungen zu tun hat. Denn auch wo der elaborierte Code vorherrscht, wird nicht alles, was die interpersonelle Situation ausmacht, in Sprache ausgedrückt oder explizit gemacht. Vieles wird non-verbal signalisiert.<sup>20</sup> Dies können geheime Absichten sein, Gedanken, die man nicht zu teilen wünscht – oder aber auch Gesten, die nicht Teil des elaborierten, sondern eines restringierten Codes sind. Jeder elaborierte Code hat somit einen restringierten Code als Grenze, wo die Elaboration endet und der Ausdruck und das Verstehen die Ebene wechseln können.

Ob aber ein restringierter Code oder ein elaborierter Code verwendet wird, ist von den eingewöhnten und bewährten Rollenrelationen bedingt, die die Sprecher zueinander einnehmen. Es kann sein, dass Kommunikation misslingt, da die adäquate Sprechweise, die von einer spezifischen Rollenbeziehung erwartet wird, von einer Person nicht geleistet werden kann. Doch gerade weil der elaborierte Code so spezifisch und individuell ist, hat er eine universelle Bedeutung. Zwar bricht er mit restringierten Verhaltensweisen, die stets gering situationskontingent und kontextspezifisch sind, aber deshalb kann er im Prinzip von jedem geteilt werden. Beim restringierten Code fungiert dessen Partikularität, auch wenn diese einen universellen Charakter hat, als Ausschlussprinzip. Jede im weitesten Sinne therapeutische Situation – und dies gilt es nun im hospizlichen Kontext zu zeigen – zielt deshalb auf einen elaborierten Code ab, da er ermöglicht, Bedeutungen für die beteiligten Sprecher allgemein zu generieren. Wie ein restringierter Code in einem Hospiz als Ausschluss- und als Identifikationsprinzip fungiert, ist dann eigens hervorzuheben.

### 3 Die Verwendung kommunikativer Codes im hospizlichen Kontext

Die folgenden Ausführungen basieren im Wesentlichen auf Interviews, die im Rahmen der von der DFG geförderten Studie „Vom ‚guten‘ Sterben. Perspektivendifferenzen, Akteurskonstellationen, normative Muster“ an der Ludwig-Maximilians-Universität München erhoben wurden. Diese Studie wurde vom Lehrstuhl für Moraltheologie der Katholisch-Theologischen Fakultät unter der Leitung von Christof Breitsameter zusammen mit dem Institut für Soziologie unter der Leitung von Armin Nassehi durchgeführt. Weitere Beteiligte waren Irmhild Saake, Katharina Mayr und Niklas Barth auf Seiten der Soziologie und Simon Menth und ich auf Seiten der Moraltheologie. Ziel der Studie war es, die unterschiedlichen Sichtweisen bei Pflegekräften, Ärzten, Therapeuten, Ehrenamtlichen, Seelsorgern und nicht zuletzt Patienten, Gästen, Bewohnern und An- und Zugehörigen hinsichtlich einer (gelungenen) Sterbebegleitung zu eruieren. Die Studie wurde in fünf Hospizen und auf zwei Palliativstationen verteilt über das Bundesgebiet durchgeführt. Insgesamt führten wir knapp 150 Inter-

views. Zugleich nahmen wir an Übergaben, Teambesprechungen und dem geselligen Leben (Einnahme gemeinsamer Mahlzeiten, Konzert, Kreativworkshop) in den Institutionen teil und konnten dadurch zumindest ausschnittsweise beobachten, wie die Pflegekräfte untereinander, aber auch mit den Bewohnern interagieren. Dieser direkte Zugang fehlt freilich hinsichtlich der Interviewausagen, wo die Schilderung einer Gesprächssituation zwischen Bewohner und Pflegekraft eben bloß eine Schilderung bleibt. Ob deshalb die Bernstein'schen Kategorien überhaupt auf diese geschilderten Situationen angewendet werden können, ließe sich demnach bezweifeln. Allerdings wiederholten sich die Schemen der Schilderungen in unterschiedlichen Interviews, so dass sich narrative Muster abzeichneten. Wenn die Anwendung der Kategorien auch nichts über die tatsächliche Kommunikation zwischen den Betroffenen aussagt, die alltäglich in Hospizen und auf Palliativstationen stattfindet, so sagt sie jedoch etwas über die Muster aus, die von den Interviewten wahrgenommen werden und mittels derer von jener erzählt wird.

#### 3.1 Der elaborierte Code im Hospiz

Hospize sind Bereiche intensiver Reflexionsdichte und als *talking communities* beschreibbar, bei denen Alltägliches aufgewertet wird, da die Sache ernst ist. Sie sind von vornherein auf Elaboration angelegt. In einem Hospiz ist das Sterben, das als „gutes“, „gelungenes“ oder „bewusstes“ ins Zentrum rückt, von institutioneller Seite aus vorgegeben. In den Worten eines Seelsorgers:

Also zunächst mal ist hier eigentlich das Thema bei den Menschen immer ziemlich klar. Das ist so, wie sagt man, meine letzte Lebenszeit hier. Das ist eigentlich, ich sage eigentlich, es ist immer mit den Leuten besprochen, dass ihre Diagnose infaust ist. Also dadurch ist das Thema Sterben gesetzt. (ESH3)\*

Das Thema Sterben ist den Begegnungen von Pflegekräften oder Seelsorgern mit den Bewohnerinnen und Bewohnern *vorläufig*; gleichwohl wird es auch explizit zum Gegenstand von Gesprächen gemacht, wie ein anderer Seelsorger erzählt:

\* Legende:

A = Arzt

B = Bewohner (Gäste, Patienten)

E = Experteninterview (Ärzte, Pflege, Verwaltung, Sozialarbeit, Seelsorge etc.)

F = Freiwillige (FSJ, Hospizhelfer, Ehrenamt)

H = Hospiz

PF = Pflege

S = Seelsorge

V = Verwaltung (auch Leitung, Hauswirtschaft)

Also ich spreche hier [...], weil die Situation, glaube ich, das auch erlaubt eher offensiver mal an, wie es jetzt, wie's ausschaut mit dem Sterben [...] weil ich denke mir, das ist ja auch meine Aufgabe, [...] noch mal die Chance wenigstens zu geben, dass jemand noch mal, wenn er denn, wenn es Bedürfnis ist, über, über Vorstellungen von Sterben [zu sprechen]. (ESH2)

Die Bewohner werden aus dieser Perspektive somit aufgefordert, sich zu ihrem eigenen Sterben zu verhalten und es zu elaborieren. Insofern wird an die Sterbenden auf einer diskursiven Ebene appelliert, sich zu ihrer von Göckenjan und Dreßke angeführten „Sterberolle“ zu positionieren.

Diese von der Institution unterstützte Elaboration der Sterberolle vollzieht sich jedoch nicht immer reibungslos.

[E]s gibt natürlich auch Menschen, die hierher kommen, [...] für die das nicht so klar ist, dass das jetzt die [...] vielleicht letzte Lebensstation ist. Die vielleicht schon sich auch wünschen, auch wieder nach Hause zurückzukommen oder den Weg ins Leben, in den Alltag doch wieder zurückzufinden. Die auch noch sehr am Leben hängen. Einfach weil sie es so geliebt haben. Oder weil sie die Menschen um sich rum so lieben und nicht lassen wollen und können. Und dann wird das Thema Sterben und Tod auch weit womöglich weggeschoben auch. (ESH1)

Eine eher defensive Haltung im Umgang mit dem Thema Sterben wird auch positiv eingeordnet und nicht als Defizit betrachtet, wie eine Pflegekraft beschreibt:

Also viele denken ja immer, es muss dann immer über irgendwelche existentiellen Themen gehen. Und so ist es gerade nicht! Also eigentlich möchte keiner gerne übers Sterben reden. Sondern eigentlich viel lieber über Alltägliches. [...] Sicherlich gibt es auch mal, dass Leute ihre Sorgen äußern und ist sicherlich auch an der Tagesordnung, dass jemand über seine Sorgen und Ängste sprechen möchte. Aber es ist wirklich nur der kleinste Teil. Die meisten sind dankbar, wenn sie eher über das Leben und schöne Dinge sprechen [...] können. [...]Und [...] zum Beispiel was über ihre Familie erzählen können oder über ihre Hobbys oder was sie beruflich gemacht haben oder einfach mal Austausch was gerade in der Weltgeschichte los ist. Oder wie schön das Wetter ist. Oder was auch immer. (EPFH6)

Neben der elaborierten Ebene, das Sterben explizit zu thematisieren und die Bewohner aufzufordern, sich mit ihrem eigenen Sterben auseinanderzusetzen, erlaubt das biographische Erzählen, das Sterben gerade nicht thematisieren zu müssen. Gerade weil das Sterben gesetzt ist, muss nicht immer eigens über es gesprochen werden.

Um mit Bewohnern in Kontakt zu treten, verriet denn auch ein Ehrenamtlicher folgende Strategie:

Ja, es ist so, also wenn ich ins Zimmer gehe, gucke ich einmal so auf die Familienbilder und gucke mir überhaupt das Zimmer an, wie es eingerichtet ist und so weiter. Und zum Teil auch, ob viele Blumen dastehen. Dann kann man auch fragen, ob sie vielleicht mal einen Garten hatten, nicht? Und man (hat) da also verschiedene Anhaltspunkte, hat man auch in der Zimmereinrichtung, finde ich, auf die man also dann ansprechen kann, nicht? Wir hatten einen Postbeamten, der also viele Reisen gemacht hat und dann erzählt der natürlich sehr viel, kann man den zum Reden bringen, dass er also von seinen Reisen erzählt. (FH4)

Patienten nehmen diese biographisch orientierten Gesprächsangebote manchmal gerne an und führen auch ihrerseits derartige Gespräche mit den Pflegekräften:

Über ihr Privatleben, weil sie wissen genau, dass hier nix rausgeht. Und ich natürlich auch. Ich erzähl auch von meinen Reisen oder von meinen, was sich halt so ereignet hat. [...] Da sprechen wir ja auch über die privaten Reisen von den Schwestern, und die fragen natürlich auch, wo man so war, sind sehr interessiert, also es entwickelt sich schon ein Kontakt, ein Gesprächsthema. (BH10)

Die bereits zitierte Pflegekraft lieferte auch eine Begründung für den Wechsel elaborierter Sprachebenen:

„Wir haben die Erfahrung gemacht, dass es den meisten Gästen nicht gut tut, wenn wir (das Sterben) direkt ansprechen. [...] Und das haben wir eine Zeit lang wirklich konkret mal angesprochen. Und damit tut man den Leuten nicht gut. Im Gegenteil. Damit wirft man die Leute sehr zurück. Und viele sind sehr verletzt und [...] kommen [...] in eine tiefe Trauerphase. Und [...] deswegen machen wir es mittlerweile so, wenn Gäste irgendeine Bemerkung machen in die Richtung Sterben oder Tod, gucken wir, kann man da irgendwie in die Richtung demjenigen was Gutes tun. Sollte man mal nachfragen oder ist es gerade überhaupt nicht angebracht? Also da muss man wirklich sehr auf sein Gefühl hören. Ich würde aber sagen, im Großen und Ganzen sind wirklich eher die Gäste, die das Gespräch in die Richtung dann suchen. (EPFH6)

Somit wird die Befassung mit der „Sterberolle“ nicht bloß aktiv betrieben, sondern auch zurückhaltend erwartet. Eine Ärztin beschreibt dies aus der Perspektive eigener Erfahrungen:

Ich [...] frag manchmal: Wie genau wollen Sie's wissen, ja? Soll ich's Ihnen detailliert sagen, meine Einschätzung oder mein Wissen über Ihre Krankheit? [...] Und wenn dann jemand sagt: Nö, will ich gar nicht wissen, dann zwing ich ihm das nicht auf. Und wenn jemand sagt: Hm, ich möchte alles wissen, dann sag ich ihm das auch. [...] da hab ich früher anders drüber gedacht. Also, als ich angefangen habe, mich mit Palliativmedizin zu beschäftigen, da hab ich häufig so gedacht: Also bevor

jemand stirbt, find ich, muss er schon noch wissen, irgendwie warum er eigentlich stirbt. Das find ich heute nicht mehr unbedingt. Gibt Menschen, die wollen's bis zum Schluss nicht wissen. [...] ich kann jemandem anbieten, ihm [beim Sterben] zu helfen, aber ich kann ihm nicht ein Programm aufzwingen. (EAH3)

Die Bewohner werden also nicht gezwungen, ihre Sterberolle zu elaborieren. Wie bewusst sie sich mit ihrem Sterben auseinandersetzen möchten, wird zu meist ihnen überlassen. Das Hospiz hat die Möglichkeiten, in einem solchen Fall auf einen anderen elaborierten Code, der die Biographie der Bewohner und ihre Vorlieben thematisiert, überzugehen.

Zunächst lässt sich festhalten, dass der elaborierte Code im Hospiz somit schematisch auf zwei Ebenen stattfindet: (1) Er zielt auf existentiellen Sinn und thematisiert explizit das Sterben. Er fordert die Sterbenden dazu auf, sich zu ihrem eigenen Sterben zu positionieren, von ihren Ängsten und Schmerzen zu berichten und isoliert dadurch die Sterbenden von ihrer Um- und Mitwelt. (2) Der elaborierte Code kann aber auch die Biographie und die Lebensgeschichte der Beteiligten ins Zentrum rücken, wobei das Sterben der Bewohner dabei nicht ausgeschlossen, aber auch nicht thematisiert werden muss. Zwar findet hier auch die Aufforderung statt, sich mit seiner eigenen Person auseinanderzusetzen, aber es gibt Überschneidungen und Anknüpfungspunkte mit den Biographien und Erzählungen von Ehrenamtlichen und Pflegekräften. Diese Ebene des elaborierten Codes stiftet Gemeinsamkeiten und blendet die der Situation zugrunde liegende, gleichwohl vorausgesetzte existentielle Asymmetrie ein Stück weit aus.

### 3.2 Der restringierte Code im Hospiz

Nach Bernstein zählen zum restringierten Code Rituale oder eingeübte Gepflogenheiten, die von den Beteiligten keine weiteren Reflexionsprozesse einfordern. Er ist nicht so sehr wie der elaborierte Code auf das Symbolsystem der Sprache angewiesen und lässt sich ebenso in Routinen oder ritualisierten Praktiken sowie Zeichen aufspüren. Dazu kann das Einnehmen gemeinsamer Mahlzeiten ebenso zählen wie Routinen der Symptomkontrolle, die von Ärzten und Pflegekräften vorgenommen werden. An den gemeinsamen Mahlzeiten müssen die Bewohner freilich nicht teilnehmen. Die Teilnahme ist auch davon abhängig, ob sie aufgrund ihrer physischen Konstitution überhaupt noch in der Lage dazu sind bzw. ob sie sich mit anderen Bewohnern sozialisieren möchten. Die Restriktion des Codes ist indes fragil, da bei intensiverer Kontaktpflege zu anderen Bewohnern die Bewohner möglicherweise wieder an die eigene Sterblichkeit erinnert werden. Andererseits gehört das Essen zum Teil in den Bereich der persönlichen Wunscherfüllung. Manche Hospize fragen ihre Bewohner direkt,

was sie noch einmal gerne Essen möchten. In solchen Fällen wird das alltägliche Ritual des Essens mit einer biographischen Note versehen, die auch wieder zur Elaboration auffordert.

Religiöse Rituale (Beten, Eucharistie, Krankensalbung) werden allerdings so wahrgenommen, dass sie wieder die eigene Sterblichkeit ins Zentrum rücken und damit Reflexionsprozesse anregen, wie eine Bewohnerin feststellte: Sie spreche mit dem Seelsorger über

Gott und die Welt, aber jetzt nicht über Tod oder [...] irgendjemand wollte mir meine Salbung geben und ich, wie gesagt, ich bin ja katholisch, und das hieß früher die letzte Ölung, kurz bevor man stirbt, sag ich „Ja so weit ist ja nun auch noch nicht.“ „Ja, das hat sich geändert, Salbung ist jetzt, dass man gesund wird.“ Sag ich: „Das mag ja alles sein, aber ich will sie trotzdem nicht.“ (BH5)

Auch das Beten kann ein nahendes Lebensende antizipieren, wenn mit dieser Praktik der Gedanke an Erlösung vom Leiden verbunden ist.

Wie sehr Rituale für die Bewohner auch belastend sein können, machte eine Hauswirtschafterin eines Hospizes deutlich, als sie von dem Ritual berichtete, für Verstorbene im Eingangsbereich des Hospizes eine Kerze zu entzünden:

Für manche war das auch schlimm, wenn die Kerze brennt, und sie herunterkommen wollen. Ich habe schon erlebt, wenn die Kerze brennt, dann manchmal bleiben die Leute oben und kommen nicht herunter, weil die Kerze brennt und das ist für sie schlecht. Das ist selten, aber ich habe das schon erlebt, dass sie das nicht wollen, heruntergehen, weil sie den Namen sehen und die Kerze brennt. (EVH8)

Ein Pfleger in demselben Hospiz sah gerade im Zeichencharakter der Kerze einen positiven Aspekt und ergänzte:

Die Kerze spricht im Grunde auch für sich. Wenn [...] die Kerze brennt, das ignoriert niemand. Das können die nicht ignorieren. Ist ein bisschen gemein vielleicht auch vom Haus. Andererseits hält es das Bewusstsein offen. (EPFH27)

Die Kerze, hier ein eindeutiges Symbol für den Tod, wird vom Bewohner als Zeichen wahrgenommen, dass auch er bald versterben könnte. Die Kerze fungiert als ein restringierter Code, der keine weitere Elaboration nötig hat. Das Zeichen dient nicht nur als Erinnerung an einen Verstorbenen, es dient auch dazu, dass sich die Bewohner noch einmal bewusster mit ihrem eigenen Sterben befassen. Gleichzeitig sind die Pflegekräfte durch derartige Zeichen auch davon entlastet, in Gegenwart der Bewohner die jeweilige Sterberolle thematisieren zu müssen. So umgeht auch die Institution die Notwendigkeit, stets das Sterben in einem elaborierten Code lebendig zu halten.<sup>20</sup>

Der restringierte Code lässt sich wie der elaborierte somit ebenso auf zwei Ebenen verteilen. (1) Der restringierte Code erfüllt zum einen die Funktion, Alltagsroutinen durchzuführen, die es den Bewohnern ermöglichen, am gemeinschaftlichen Leben im Hospiz teilzuhaben. (2) Zum anderen ist es gerade ein spezifischer ritualisierter restringierter Code – und in einem Hospiz kann dieser neben Kerzen auch durch Blumen, Steine, Bäume oder Bilder ausgedrückt werden –, der die Bewohner wiederum mit ihrem eigenen Sterben konfrontiert. Diese Rituale entlasten nicht von Reflexionsprozessen, sondern fördern und intensivieren sie, wodurch sich die Bewohner genötigt sehen, sich mit ihrem eigenen Sterben zu beschäftigen, ohne es elaborieren zu müssen.

#### 4 Position und Person

Die Zuweisung der Sterberolle führt zu einer Isolation des Patienten, zu einer Distanzierung zu seinen bisherigen sozialen Verflechtungen als Ausdruck der fundamentalen, existentiellen Asymmetrie, dass er es ist, der sterben wird. Alle Akteure seines sozialen Umfelds werden ihn überleben. Eine Funktion des Personals inklusive der Ärzte besteht darin, an diese fundamentale Asymmetrie mittels elaborem Code, der den Patienten auffordert, sich über seine eigenen Wünsche hinsichtlich seines Sterbens Gedanken zu machen, zu erinnern. Andererseits hat das Personal die Möglichkeit, bei den routinierten (medizinischen) Praktiken oder mittels Ritualen einem restringierten Code zu folgen, der das Sterben nicht explizit macht. Die Aufgabe des restringierten Codes wäre nach Mary Douglas die gesellschaftliche Integration des Individuums, derweil der elaborierte Code auf der Ebene der Entfremdung stattfindet. Jedoch – und darauf hat Douglas auch bereits hingewiesen – gibt „es einen restringierten Code der Entfremdung“<sup>21</sup>, was durch spezifische Rituale, die die Bewohner an ihr eigenes Sterben erinnern, bestätigt wird.

Darüber hinaus gibt es aber auch einen elaboreten Code der Integration, der mittels biographischer Narration gesellschaftlich anschlussfähig ist. Die durch die Zuschreibung der Sterberolle hervorgerufene Isolation des Patienten wird in einem palliativen wie hospizlichen Setting mittels psychologischer und sozialer Strategien zu kompensieren versucht, indem Gemeinsamkeiten erzeugt werden. Diese Strategien umfassen gemeinschaftliche Aktivitäten wie Essen, Ausflüge, Feiern oder musikalische Darbietungen. Dieses Vorgehen, ein Gemeinschaftsgefühl zu erzeugen, damit die Bewohner trotz ihrer Erkrankung, die in absehbarer Zeit zum Tod führt, wieder sozial anschlussfähig werden, wird insbesondere bei teilstationären Einrichtungen wie etwa Tageshospizen als Aufgabe der Einrichtung hervorgehoben.<sup>22</sup> Trotz des je individuellen Sterbens wird nach Gemeinsamkeiten gesucht, weil man „im gleichen Boot sitzt“<sup>23</sup>. Zwar werden auch bei den gemeinsamen Tätigkeiten die individuellen Wünsche und Vor-

lieben der Bewohner berücksichtigt, doch geht es in diesen Fällen darum, sie in ein soziales Umfeld zu reintegrieren. In einem Hospiz werden folglich Möglichkeiten geschaffen, denen aufgrund der besonderen Situation der Sterbenden ein artifizierlicher Charakter zukommen mag, bei denen die Sterbenden nicht über ihr Sterben sprechen müssen.

Der elaborierte Code arbeitet einmal auf der Ebene des Personellen, da er das Individuum auffordert, sich mit seinen Wünschen und Werten zu beschäftigen; auf der anderen Seite arbeitet er auf einer positionellen Ebene, wenn es darum geht, welche soziale Rolle das Individuum in einem gesellschaftlichen Gefüge einnimmt. Ebenso arbeitet der restringierte Code auf der personellen Ebene, wenn er das Individuum auf seine Einsamkeit und seinen Tod verweist, wie auf der positionellen, wenn Rituale soziale Abschlüsse garantieren. Für das Hospiz ergibt sich aufgrund der vierfachen Möglichkeiten der Codierung folgendes Schema:

	personell	
	<b>elaborierte Code</b>	<b>restringierter Code</b>
ja	Tod/Sterben	Rituale (Beten, Salbung, Kerzen)
nein	Biographie, Wünsche	Rituale und Routinen (Essen, Medikation)
	positionell	

Schema 1: Thematisierung des Sterbens in Hospizen

Dieses Schema lässt sich hinsichtlich der Professionen ausdifferenzieren. Freilich kann jede Profession mit den Bewohnern über das Sterben sprechen, wie auch jede Rituale durchführen kann, wobei manche freilich wie die Krankensalbung professionsspezifisch sind. Gleichwohl gibt es Tendenzen: So hat der Arzt eher die Rolle, das Sterben aufgrund der Diagnose zu thematisieren, wie er auch die Aufgabe hat, routinemäßige Überprüfungen der Symptome durchzuführen. Freilich könnte ein Arzt mit einem Patienten auch beten, doch das ist in der Regel nicht der Fall. Andererseits wird ein Seelsorger eher Rituale des Betens und der Salbung durchführen, aber er hat sowohl die Möglichkeit, über Tod und Sterben zu sprechen, als auch über biographische Details. Eine Pflegekraft agiert hingegen auf allen vier Ebenen, derweil Ehrenamtliche eher auf der positionellen Ebene verweilen. Es liegt folglich nicht allein an einer professionel-

len Differenzierung, ob das Sterben thematisiert wird. Die Thematisierung des Sterbens kann auch indirekt über Rituale inszeniert werden. Keine Bewohnerin, kein Bewohner eines Hospizes wird in ihre oder seine Sterberolle gedrängt, doch jeder wird durch die Rituale auf sie verwiesen. Die Rituale sind zum Teil die Initiatoren, Reflexionsprozesse anzuregen, die die Bewohner auffordern, zu ihrem Zustand Stellung zu beziehen. Es bedarf dazu keiner weiteren Sprache. Somit hat der restringierte Code – in manchen Situationen – die Funktion, das Individuum auf sich selbst zurückzuwerfen. Somit ergibt sich professionsspezifisch folgendes Schema:

	personell	
	<b>elaborierter Code</b>	<b>restringierter Code</b>
ja	Tod/Sterben Ärzte, Seelsorger, Pflege	Rituale (Beten, Salbung, Kerzen) Seelsorger, Pflege
nein	Biographie,Wünsche Ehrenamtliche, Pflege, Seelsorger	Rituale und Routinen (Essen, Medikation) Ärzte, Pflege, Ehrenamtliche
	positionell	

Schema 2: Professionsspezifische Thematisierung des Sterbens in Hospizen

Dieses Schema zeigt, dass die Professionen unterschiedliche Funktionen im Hinblick auf die Sterbeproblematik übernehmen. So ist es zwar der Arzt, der auf das Thema Sterben festgelegt ist, aber er ist es auch, der durch die Routinen am besten darüber schweigen kann; der Seelsorger kann das Sterben thematisieren, er muss es indes nicht; Pflegekräfte hingegen bewegen sich auf allen Ebenen und können je nach Situation entscheiden, was vielleicht für den Patienten angemessen wäre. Eine Profession ist also nicht auf einen Code festgelegt und damit auch nicht allein dafür prädestiniert, einen bestimmten Code oder ein bestimmtes Thema zu evozieren. Auch wenn die Profession zu bestimmen scheint, ob das Sterben thematisiert wird oder nicht, ist es doch vielmehr so, dass die Verwendung eines spezifischen Codes darüber entscheidet, ob das Sterben explizit wird oder nicht – und das relativ unabhängig von der Profession.

Die oben genannten Asymmetrien lassen sich nun auch dem Schema zuordnen:

	personell	
	<b>elaborierter Code</b>	<b>restringierter Code</b>
ja (1)	Tod/Sterben Ärzte, Seelsorger, Pflege <i>Existentielle Asymmetrie</i>	Rituale (Beten, Salbung, Kerzen) Seelsorger, Pflege <i>Existentielle und symbolische Asymmetrie</i>
nein (2)	Biographie,Wünsche Ehrenamtliche, Pflege, Seelsorger <i>Epistemische (A-)Symmetrie</i>	Rituale und Routinen (Essen, Medikation) Ärzte, Pflege, Ehrenamtliche <i>Symbolische und epistemische Asymmetrie</i>
	positionell	

Schema 3: Asymmetrien bei der Thematisierung des Sterbens in Hospizen

Die existentielle Asymmetrie wird bei dem elaborierten Code (1) wie bei dem restringierten Code (1) am deutlichsten. Die symbolische Asymmetrie findet sich beim restringierten Code (1) und (2) und die epistemische Asymmetrie bei dem restringierten Code (2) und eingeschränkt beim elaborierten Code (2), der so tut, als wäre er symmetrisch, und der ja nur dadurch möglich wird, dass er den elaborierten Code (1) voraussetzt, auch wenn dieser nicht zur Sprache kommen muss.

Eine Patientin kann sich in einem hospizlich-palliativen Setting weigern, sich mit ihrem Sterben zu beschäftigen oder ihren künftigen Tod zu akzeptieren, und damit die existentielle Asymmetrie ablehnen. Sie kann die Sterberolle verweigern und die Rolle einer Kranken übernehmen – verbunden mit der Hoffnung auf Genesung. Diese Nichtakzeptanz in der Auseinandersetzung mit dem eigenen Sterbenmüssen stößt sehr wohl auf Verständnis seitens der professionellen Kräfte, die in einem Hospiz tätig sind. Das vom Ideal eines bewussten Sterbens abweichende Rollenverständnis wird sogar unterstützt, wenn es zum Wohlbefinden der Patientin beiträgt. Hospize haben andere Mittel und Wege, das Sterben zu thematisieren, ohne über es sprechen zu müssen.

<sup>1</sup> Walker A: Truth, Lies and Deception at the Bedside of the Terminally Ill, Vortrag auf der Konferenz Death, Dying and Disposal 16: Learning from Suffering and Dying. New Languages from Sciences to the Humanities, 7.-9. September 2023, Padua, Italien.

<sup>2</sup> Göckenjan G, Dreßke S: Sterben in der Palliativversorgung. Bedeutung und Chancen finaler Aushandlung, in: Knoblauch H, Zingerle A (Hrsg.), Thanatosoziologie: Tod, Hospiz und die Institutionalisierung des Sterbens, Berlin: Duncker & Humblot 2005, S. 147-168, S. 165.

<sup>3</sup> Göckenjan G: Untersuchungen zur Sterberolle, in: Rehberg K-S (Hrsg.), Deutsche Gesellschaft für Soziologie (DGS) (Ed.): Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel 2006. Teilbd. 1 u. 2. Frankfurt am Main: Campus 2008., S. 3479-3484, S. 3479.

<sup>4</sup> Stollberg M: Die Geschichte der Palliativmedizin. Medizinische Sterbebegleitung von 1500 bis heute, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Mabuse 2013, S. 39.

<sup>5</sup> Radbruch L, Nauck F, Sabatowski R: Was ist Palliativmedizin?, Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin, [https://www.dgpalliativmedizin.de/images/stories/Was\\_ist\\_Palliativmedizin\\_Definitionen\\_Radbruch\\_Nauck\\_Sabatowski.pdf](https://www.dgpalliativmedizin.de/images/stories/Was_ist_Palliativmedizin_Definitionen_Radbruch_Nauck_Sabatowski.pdf) (Stand: 25.10.2023).

<sup>6</sup> Göckenjan, Fn. 3, S. 3481.

<sup>7</sup> Ebd.

<sup>8</sup> Göckenjan G, Dreßke S: Wandlungen des Sterbens im Krankenhaus und die Konflikte zwischen Krankenrolle und Sterberolle, in: Österreichische Zeitschrift für Soziologie 2002, 27(4), S. 80-96, S. 84.

<sup>9</sup> Saake I, Nassehi A, Mayr K: 2019: Gegenwarten von Sterbenden. Eine Kritik des Paradigmas vom „bewussten“ Sterben, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2019, 71, S. 27-52, S. 48

<sup>10</sup> Saake I: Zum Umgang mit Unterschieden und Asymmetrien, in: APuZ 2016, 66(9), S. 49-54.

<sup>11</sup> Bourdieu P: Entwurf einer Theorie der Praxis, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1987, S. 204, S. 456.

<sup>12</sup> Bundesärztekammer, (Muster)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung der Beschlüsse des 114. Ärztetages 2011 in Kiel, [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/MBO\\_08\\_20112.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/MBO_08_20112.pdf) (Stand: 25.10.2023), § 7 Abs. 1, S. 9.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu Saake et al., Fn. 9.

<sup>14</sup> Bernstein B: Social Class, Speech System and Psycho-Therapy, in: The British Journal of Sociology 1964, 15(1), S. 54-64, S. 58.

<sup>15</sup> Bernstein B: Linguistic Codes, Hesitation Phenomena and Intelligence, in: Language and Speech 1962, 5(1), S. 31-48, S. 33.

<sup>16</sup> Bernstein, Fn. 14, S. 57.

<sup>17</sup> Vgl. Bernstein B (Hrsg.): Sprachliche Codes und soziale Kontrolle, Düsseldorf 1975, S. 107.

<sup>18</sup> Bernstein, Fn. 15, S. 32.

<sup>19</sup> Vgl. Bernstein, Fn. 17, S. 111.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu a. Mayr K, Barth N, Walker A, Gigou S: Organized rituals – ritualized reflection. On mourning culture in palliative care units and hospices, in: Mortality 2022, DOI: 10.1080/13576275.2022.2092394.

<sup>21</sup> Douglas M: Ritual, Tabu und Körpersymbolik, Frankfurt am Main 1986, S. 221.

<sup>22</sup> Vgl. Eisl C S: Tageshospize in Österreich – Konzept und Entwicklungsstand, in: Sabine Pleschberger S, Eisl C S (Hrsg.), Tageshospize. Orte der Gastfreundschaft, Esslingen 2016, S. 37-56, S. 42.

<sup>23</sup> Doris Pfabigan D, Elisabeth Schaffenrath-Kendlbacher E, Pleschberger S: Die Perspektive der Tageshospizgäste, in: Sabine Pleschberger S, Eisl C S (Hrsg.), Tageshospize. Orte der Gastfreundschaft, Esslingen 2016, S. 122-141, S. 135.

Andreas Walker ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei ADG Scientific – Center for Research and Cooperation e.V.

## Gesetzliche Neuregelung der Suizidassistentz. Eine aktuelle Bestandsaufnahme

von Steven Kunze

Seit der Aufhebung des Verbotes der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 StGB a. F. durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) am 26.02.2020 ist die Beihilfe zum freiverantwortlichen Suizid in Deutschland wieder straflos. In Folge der Aufhebung haben sich zahlreiche Gesetzesentwürfe herausgebildet, welche eine Neuregelung im Bereich der Suizidassistentz anstreben. Zwei dieser Entwürfe lagen dem Deutschen Bundestag am 06.07.2023 zur Abstimmung vor. Überzeugen konnte die Abgeordneten letztendlich keiner. Wie konnte es dazu kommen und wie geht es weiter? Diese Fragen sollen an dieser Stelle kurz beleuchtet werden.

### 1 Die Ausgangslage

Die Beihilfe zum Suizid war in Deutschland seit Inkrafttreten des RStGB am 01.01.1872 flächendeckend straflos. Die zunehmende Niederlassung der in den 80er- und 90er-Jahren im Ausland gegründeten Sterbehilfeorganisationen auch in Deutschland veranlasste den Gesetzgeber im Jahr 2015 zur Einführung des Verbotes der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 StGB a. F. Unter Strafe gestellt wurde die auf Wiederholung angelegte Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung der Gelegenheit zur Selbsttötung.

Das gehe zu weit, so das BVerfG in seinem Urteil vom 26.02.2020. Jedem menschlichen Leben komme unabhängig von seinem Alter oder Gesundheitszustand ein von Verfassungs wegen verbürgtes Recht auf selbstbestimmtes Sterben zu.<sup>1</sup> Dieses Recht umfasse auch die Freiheit, sich bei der Selbsttötung der Unterstützung eines Dritten zu bedienen. Hänge im Einzelfall die praktische Umsetzung der Selbsttötung von der Hilfe eines Dritten ab, schütze das Grundrecht auch vor Verboten, entsprechende Unterstützungshandlungen anzubieten.<sup>2</sup> Durch § 217 StGB a. F. sei dem Sterbewilligen die Ausübung seines Rechts auf selbstbestimmtes Sterben faktisch unmöglich gemacht worden. In vielen Situationen verbleibe dem Einzelnen jenseits geschäftsmäßiger Angebote der Suizidhilfe (z. B. durch Sterbehilfeorganisationen) keine verlässlich reale Möglichkeit, seinen Entschluss zur Selbsttötung umzusetzen.<sup>3</sup> Im Ergebnis erklärten die Verfassungsrichter das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung deshalb für verfassungswidrig und nichtig.

## 2 Die Entwürfe

Das BVerfG hat mit seinem Urteil vom 26.02.2020 die vor der Einführung des § 217 StGB a. F. über 140 Jahre lang geltende Rechtslage wiederhergestellt: Mangels einer rechtswidrigen Haupttat ist auch die Beihilfe zum freiverantwortlichen Suizid nicht sanktionierbar. Trotz dieser Rückkehr zum Altbekanntem wurden im Anschluss an den Karlsruher Richterspruch einige Vorschläge zu einer Neuregelung in die neu entfachte Diskussion eingebracht. Aus der Mitte des Bundestages gingen dabei zunächst drei fraktionsübergreifende Gesetzentwürfe hervor.

Der Entwurf der Abgeordnetengruppe um *Lars Castellucci* (SPD) sah die Einführung eines neuen § 217 StGB vor, welcher die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung erneut unter Strafe stellt.<sup>4</sup> Im Unterschied zum alten § 217 StGB sah Abs. 2 jedoch eine Rechtfertigung bei Einhaltung eines vorgegebenen Verfahrens vor. Erforderlich seien unter anderem mindestens zwei Untersuchung durch einen an der Selbsttötung nicht beteiligten Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie mit einem Mindestabstand von drei Monaten, ein umfassendes Beratungsgespräch sowie eine Wartefrist von mindestens zwei Wochen.

Deutlich liberaler sollte die Regelung nach den Entwürfen der Abgeordnetengruppe um *Renate Künast*<sup>5</sup> (Bündnis 90/Die Grünen) und der Abgeordnetengruppe um *Katrin Helling-Plahr*<sup>6</sup> (FDP) erfolgen. Beide Entwürfe sahen eine Neuregelung der Suizidassistenz außerhalb des StGB in einem eigenen Gesetz vor. Um die Chancen einer derartigen Regelung jenseits des Strafgesetzbuches zu erhöhen, führten die Abgeordnetengruppen ihre Entwürfe kurz vor der Abstimmung im Bundestag zusammen. Entstanden war ein gemeinsamer Entwurf eines Suizidhilfegesetzes.<sup>7</sup> Der Entwurf betonte in erste Linie die Straflosigkeit der Beihilfe zum Suizid. Voraussetzung für die Zulässigkeit sei jedoch, dass der Sterbewunsch auf einem autonom gebildeten, freien Willen beruhe. Zur Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit müsse vor der Verschreibung eines Arznei- oder Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung eine umfassende Beratung des Sterbewilligen von einer unabhängigen Person durchgeführt werden. Der Entwurf sah eine Ausnahme von dieser Beratungspflicht für Härtefälle vor, insbesondere bei Vorliegen einer nicht heilbaren, fortschreitenden und weit fortgeschrittenen Erkrankung.

## 3 Die (Nicht-)Entscheidung am 06.07.2023

„Ich habe noch nie so voller Demut hiergestanden wie heute [...]“ – mit diesen Worten eröffnete Helling-Plahr die Bundestagsdebatte am 06.07.2023.<sup>8</sup> Mehrfach betonte sie in ihrer Rede wie wichtig es sei, Sterbewillige nicht allein zu lassen. Es müsse ein „Auffangnetz“ geschaffen werden, „ohne zu bevormun-

den“<sup>9</sup>. Castellucci betonte hingegen deutlich sein Ziel, den begleiteteten Suizid zu ermöglichen, aber nicht zu fördern.<sup>10</sup> Insbesondere einsame und zurückgelassene Menschen seien aktuell einem möglichen Missbrauch schutzlos ausgeliefert. Wichtig sei es, diese Menschen zu schützen. Ein Schutzkonzept, bei welchem ein Verstoß keine Konsequenzen habe, sei kein Schutzkonzept, so Castellucci.<sup>11</sup> Künast mahnte, die Hürden für den begleiteteten Suizid nicht zu hoch zu setzen. Ist der Weg zum assistierten Suizid zu kompliziert, so würden Beratungsangebote gar nicht erst wahrgenommen.<sup>12</sup> Nach zahlreichen weiteren Rednern aus beiden Lagern standen beide Entwürfe zur Abstimmung. Überzeugen konnte die Abgeordneten im Ergebnis keiner der beiden Regelungsvorschläge. Der Entwurf der Gruppe um Castellucci scheiterte mit 362 Nein-Stimmen zu 302 Ja-Stimmen.<sup>13</sup> Der Entwurf der Abgeordnetengruppe um Künast und Helling-Plahr erhielt 375 Gegenstimmen bei 286 Ja-Stimmen. Die Suizidbeihilfe bleibt weiterhin ungeregt.<sup>14</sup>

## 4 Die Aussicht auf eine Neuregelung

Als positives Ergebnis des gesetzgeberischen Scheiterns lässt sich festhalten, dass ein neuer § 217 StGB zunächst erst einmal abgewendet wurde. Die Rückkehr einer Regelung der Suizidassistenz ins Kernstrafrecht ist verfassungsrechtlich schlichtweg unhaltbar. Der Unterstützung bei der Ausübung eines verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechts, welche, wie das BVerfG ausdrücklich betont, ebenso vom Schutzbereich des Verfassungsrechts auf selbstbestimmtes Sterben erfasst ist, darf nicht erneut mit dem Strafrecht begegnet werden.<sup>15</sup> Es bleibt zu hoffen, dass eine Regelung im StGB damit erst einmal vom Tisch ist.

Helling-Plahr hat bereits angekündigt, die Debatte um eine Neuregelung der Suizidassistenz wieder aufnehmen zu wollen. So seien bereits Befragungen von Abgeordneten aller Fraktionen mit Ausnahme der AfD zu möglichen Verbesserungen an dem gescheiterten Gesetzentwurf erfolgt. In den kommenden Wochen werde die Arbeitsgruppe in einen Dialog mit anderen Angeordneten treten. Am Ende des Weges soll ein neuer Gesetzesentwurf stehen, welcher die Mehrheit der Abgeordneten hoffentlich überzeugen kann.

Doch ist eine Neureglung überhaupt zwingend erforderlich? In seinem Urteil vom 26.02.2020 äußert sich das BVerfG auch zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Neureglung der Suizidassistenz.<sup>16</sup> Auch wenn die Ausführungen des BVerfG teilweise so interpretiert werden,<sup>17</sup> folgt aus dem Urteil keine ausdrückliche Verpflichtung des Gesetzgebers zum Tätigwerden. Zu beachten bleibt jedoch, dass der Staat aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet ist, sich schützend vor das Leben des Einzelnen zu stellen. Die Aufgabe des Gesetzgebers ist es, das Recht auf selbstbestimmtes Sterben auf der einen Seite und die Verpflichtung des Staates zum Schutz des Lebens auf der anderen Seite in Aus-

gleich zu bringen. Wie die Entscheidung des BVerfG zu § 217 StGB a. F. zeigt, ist es dem Gesetzgeber dabei nicht gestattet, das Recht auf selbstbestimmtes Sterben faktisch zu entleeren. Die Grenze des zulässigen Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht verläuft dort, wo der Sterbeentschluss nicht mehr auf einer freiverantwortlichen Ausübung des Dispositionsrechts über das Leben beruht. Ist in der Umsetzung des Sterbewunsches kein Ausdruck der Autonomie des Einzelnen zu sehen, greift die Schutzpflicht des Staates für das menschliche Leben. Der Staat ist zur Verhinderung unfreier Selbsttötungen verpflichtet.<sup>18</sup> Seit der Aufhebung des § 217 StGB a. F. bestehen jedoch keinerlei Mechanismen zur Absicherung des Vorliegens der Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches. Zwar verläuft die Grenze der Straflosigkeit der Teilnahme am Suizid auch nach der derzeitigen Rechtslage dort, wo der Suizid nicht freiverantwortlich erfolgt. Kennt der Suizidassistent die mangelnde Freiverantwortlichkeit des Entschlusses und unterstützt dennoch bei der Umsetzung des Sterbewunsches, macht er sich einer Tötung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB schuldig.<sup>19</sup> Doch gerade die Feststellung der Freiverantwortlichkeit ist in der Praxis oftmals schwierig. Die Folge ist eine enorme Verunsicherung der Ärzteschaft. Leisten sie Suizidhilfe, wännen sie sich oftmals bereits mit einem Bein im Gefängnis. Große Teile der Ärzteschaft sind daher derzeit zur Leistung von Suizidhilfe nicht bereit.<sup>20</sup> Diese Unsicherheit kann einzig der Gesetzgeber beseitigen, indem er der Ärzteschaft ein klares Prozedere zur Überprüfung und Absicherung der Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches an die Hand gibt. Bestehen solche Verfahrensregelungen, wird sich der Arzt bei Einhaltung und Dokumentation zumindest ein fahrlässiges Handeln nicht mehr vorwerfen lassen müssen. Bis dahin stehen Sterbewillige weiterhin vor der Herausforderung, einen zur Unterstützung bereiten Dritten zu finden. Dass auch in dem Fehlen klarer gesetzlicher Regelungen und der daraus verbundenen Zurückhaltung bei der Unterstützung des Sterbewilligen ein Eingriff in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben zu sehen ist, hat der EGMR im Fall Gross/Schweiz unmissverständlich dargelegt.<sup>21</sup> Diesen Eingriff gilt es durch gesetzgeberisches Handeln schleunigst zu beseitigen.

Das soeben Gesagte gilt nicht isoliert für die Frage der Suizidassistenten. Auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen der indirekten Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs, sind derzeit ausschließlich durch Rechtsprechung geprägt. Dass es sich lohnen kann, diese Erscheinungsformen der Sterbehilfe bei einer Neuregelung direkt mit zu bedenken und eine ganzheitliche Regelung zu schaffen, zeigt beispielsweise der Augsburg-Münchener-Hallesche Entwurf eines Gesetzes zur Gewährung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention.<sup>22</sup> Dass sich der Gesetzgeber jemals zu einer solch umfassenden Regelung der Sterbehilfe durchringen kann, scheint angesichts der derzeit schleppenden Debatte zur Suizidassistenten leider wenig wahrscheinlich.

<sup>1</sup> BVerfGE 153, 182 Rn. 210.

<sup>2</sup> BVerfGE 153, 182 Rn. 212 f.

<sup>3</sup> BVerfGE 153, 182 Rn. 278 ff.

<sup>4</sup> BT-Drs. 20/904.

<sup>5</sup> BT-Drs. 20/2293.

<sup>6</sup> BT-Drs. 20/2332.

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem Entwurf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses in BT-Drs. 20/7624 S. 11 ff.

<sup>8</sup> BT-Prot. 20/115, S. 14078 (B).

<sup>9</sup> BT-Prot. 20/115, S. 14078 (D).

<sup>10</sup> BT-Prot. 20/115, S. 14080 (B).

<sup>11</sup> BT-Prot. 20/115, S. 14079 (C).

<sup>12</sup> BT-Prot. 20/115, S. 14081 (C).

<sup>13</sup> BT-Prot. 20/115, S. 14097 (B).

<sup>14</sup> BT-Prot. 20/115, S. 14101 (A).

<sup>15</sup> So auch Rosenau H: Gesetzgeberisches Scheitern einer Suizidassistenten-Regelung, in: medstra 2023, 5, 273; Frister H: Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen, 2022, S. 14, <https://www.bundestag.de/resource/blob/923398/365a25f59ddc2b1034986209c35143ab/Frister-data.pdf> (Stand: 28.10.2023).

<sup>16</sup> BVerfGE 153, 182 Rn. 338 ff.

<sup>17</sup> So beispielsweise Boehme-Neßler V: Das Grundrecht auf Suizid, in: NVwZ 2020, 14, S. 1012-1015.

<sup>18</sup> Günzel F: Das Recht auf Selbsttötung, seine Schranken und die strafrechtlichen Konsequenzen, Frankfurt am Main, New York: P. Lang, 2000, S. 122 ff.; Saliger F: Selbstbestimmung bis zuletzt: Rechtsgutachten zum Verbot organisierter Sterbehilfe, BoD 2015, S. 77; Kämpfer U: Die Selbstbestimmung Sterbewilliger. Sterbehilfe im deutschen und amerikanischen Verfassungsrecht, Schriften zum Internationalen Recht (SIR), Band 154, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, S. 370.

<sup>19</sup> BGHSt 32, 38 (41 ff.); BGH NJW 2003, 2326 (2327).

<sup>20</sup> Dies zeigt beispielsweise eine Umfrage von Beine K H: Praxis der Sterbehilfe durch Ärzte und Pflegekräfte in deutschen Krankenhäusern, in: Dtsch. Med. Wochenschr. 2020, 145(22), e123-e129, e127.

<sup>21</sup> EGMR, Urt. v. 14.05.2013 – 67810/10 Rn. 66.

<sup>22</sup> Dorneck C, Gassner U M, Kersten J, Lindner J F, Linoh K P, Lorenz H, Rosenau H, Schmidt am Busch B: Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention. Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf (AMHE-SterbehilfeG), Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

Steven Kunze ist Doktorand an der Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Boemke und Partner Rechtsanwälte in Leipzig.

## **Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben an der Grenze der Verhältnismäßigkeit. Zur fehlenden Erwerbserlaubnis von Natrium-Pentobarbital**

*von Anne Baldauf, M.Mel.*

### **1 Einführung**

Das BVerwG entschied am 7. November 2023, dass es keinen Anspruch Suizidwilliger auf den Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital zum Zwecke der Selbsttötung gibt.<sup>1</sup> Geklagt hatte Harald M., der an Multipler Sklerose leidet und sich das Leben nehmen möchte, wenn die Auswirkungen der Erkrankung für ihn unerträglich werden. Daneben klagte Hans-Jürgen B., der an einer schweren Herzerkrankung leidet und bereits eine Krebserkrankung überlebte. Ausgangspunkt des Verfahrens waren die Anträge der Kläger für eine Erwerbserlaubnis für eine tödliche Dosis Natrium-Pentobarbital beim Bundesinstitut für Arzneimittel- und Medizinprodukte, die abgelehnt wurden. Vorinstanzlich haben die Kläger vom OVG NRW<sup>2</sup> ebenfalls kein Recht bekommen, sodass sie letztlich vor dem BVerwG für ihr Recht weiterkämpften – allerdings ohne Erfolg.

Zur Einordnung der Entscheidung sind zunächst die einschlägigen Regelungen des Betäubungsmittelrechts darzustellen (II.). Zudem gab es bereits zwei relevante Entscheidungen, die in diesem Zusammenhang von Interesse sind (III.): Im Jahr 2017 beschäftigte sich das BVerwG mit dem Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung und das BVerfG entschied im Jahr 2020 über die Verfassungswidrigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung und hob in diesem Zuge das Recht auf selbstbestimmtes Sterben hervor. Vor diesem Hintergrund wird die aktuelle Entscheidung des BVerwG dargestellt (IV.) und eingeordnet (V.).

### **2 Die Regelungen des Betäubungsmittelrechts**

Natrium-Pentobarbital ist ein Betäubungsmittel und unterliegt damit den Beschränkungen des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG). Wer Natrium-Pentobarbital erwerben will, benötigt daher nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG eine Erwerbserlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM). Diese Erlaubnis ist allerdings gem. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zu versagen, wenn der Erwerb dem Zweck des BtMG widerspricht, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, daneben aber den Missbrauch soweit wie möglich auszuschließen. Gemeint ist damit die Anwendung zu therapeutischen Zwecken, d.h., die Abgabe muss der Heilung oder Linderung von Krankheiten oder krankhaften Beschwerden dienen.<sup>3</sup> Eine Selbsttötung dient aber

jedenfalls nach der mehrheitlichen Auffassung nicht einem solchen therapeutischen Zweck, sodass die Erlaubnis nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zu versagen ist.<sup>4</sup>

Daneben besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer ärztlichen Verschreibung von Betäubungsmitteln gem. § 13 BtMG. Allerdings ist eine solche nur zulässig, wenn ihre Anwendung am oder im menschlichen Körper begründet ist (§ 13 Abs. 1 BtMG). Die Anwendung muss therapeutischen Zwecken,<sup>5</sup> d.h. insbesondere der Heilung und Linderung von Krankheiten dienen.<sup>6</sup> Eine solche Zweckrichtung liegt nach überwiegender Ansicht aber gerade nicht vor, wenn das Mittel zum Zwecke der Selbsttötung verschrieben werden soll.<sup>7</sup> Ärztliche Personen würden sich daher gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 BtMG strafbar machen, sollten sie Natrium-Pentobarbital dennoch verschreiben. Betroffenen bleibt daher nur die Möglichkeit, Natrium-Pentobarbital über eine Erwerbserlaubnis des BfArM zu erhalten.

### **3 Die Ausgangslage**

#### **3.1 Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2017**

Bereits im Jahr 2017 hatte sich das BVerwG mit der Frage zu beschäftigen, ob eine verfassungskonforme Auslegung des Versagungsgrundes angenommen werden kann, sodass Natrium-Pentobarbital ausnahmsweise auch zum Zwecke der Selbsttötung verschrieben werden darf.<sup>8</sup> Das BVerwG hielt damals an der grundsätzlichen Erlaubnispflichtigkeit fest, um den Schutz vor Missbrauch und übereilten Entscheidungen weiter zu gewährleisten. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG schließe daher die Erteilung einer Erwerbserlaubnis zum Zwecke der Selbsttötung grundsätzlich aus. Allerdings greife dieses ausnahmslose Verbot in das grundrechtlich geschützte Recht schwer und unheilbar kranker Menschen ein, darüber zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden soll. Daher erkannte das BVerwG eine verfassungskonforme Auslegung des Versagungsgrundes unter bestimmten Voraussetzungen an: Dazu sei eine extreme Notlage erforderlich. Diese sei nur dann gegeben, wenn es sich um eine schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen, handelt, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können. Zudem müsse der Betroffene entscheidungsfähig sein und es dürften keine anderen zumutbaren Möglichkeiten zur Verwirklichung des Sterbewunsches zur Verfügung stehen. In einer solchen Situation, so das BVerwG, sei der Betroffene seiner Krankheit derart ausgeliefert, dass seinem Selbstbestimmungsrecht ein besonderes Gewicht zukomme, sodass die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dahinter zurücktrete.

### 3.2 Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2020

Im Jahr 2020 entschied das BVerfG, dass das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 StGB a.F. verfassungswidrig ist.<sup>9</sup> Im gleichen Zuge hob das Gericht das Recht auf selbstbestimmtes Sterben hervor, das es aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) herleitete. Davon umfasst sei auch das Recht, sich das Leben zu nehmen und dabei die Hilfe Dritter, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen. Geschützt sei danach nicht nur das Ob der Suizidentscheidung, sondern auch das Wann und das Wie der Umsetzung des Sterbewunsches. Insbesondere sei dieses Recht nicht von materiellen Kriterien wie dem Vorliegen bestimmter Leidens- oder Krankheitszustände abhängig. Sterbewilligen stehe es zudem frei, Alternativen in Anspruch zu nehmen. Gemeint sind damit etwa palliativmedizinische Maßnahmen oder die Inanspruchnahme der Hilfe von Sterbehilfevereinen. Problematisch war zu dem damaligen Zeitpunkt insbesondere, dass zur Suizidhilfe bereite ärztliche Personen und Organisationen ihre Tätigkeit wegen der unsicheren Rechtslage eingestellt hatten. Betroffenen verblieben daher kaum zumutbare Möglichkeiten, ihren Suizidwunsch umzusetzen.

### 4 Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2023

Das BVerwG entschied nun, dass die beiden schwerkranken Kläger keinen Anspruch auf die tödliche Dosis haben, und verwarf damit die Revisionen.<sup>10</sup> Der Erwerb von Natrium-Pentobarbital sei gerade nicht mit dem Zweck des BtMG vereinbar, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Damit bezog sich die Vorsitzende Richterin in Leipzig im Rahmen der mündlichen Verhandlung auf die Anwendung von Betäubungsmitteln zur Heilung oder Linderung von Krankheiten oder krankhaften Beschwerden: „Eine solche therapeutische Zielrichtung hat die Beendigung des eigenen Lebens grundsätzlich nicht.“ Die Versagung der Erlaubnis verletze die Kläger daher nicht in ihren Grundrechten.

Was hat das Gericht zu dieser Entscheidung bewogen und wie ist dieses Ergebnis mit den beiden früheren Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG in Einklang zu bringen?

#### 4.1 Keine Verletzung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben

Der vom BtMG vorgesehene Erlaubnisvorbehalt i.V.m. dem Versagungsgrund gegen eine Erlaubnis für den Erwerb von Natrium-Pentobarbital zum Zwecke der Selbsttötung und ihre Anwendung sind nach der Argumentation des BVerwG mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben vereinbar. Das Gericht

sieht zwar einen Eingriff in das Grundrecht, da das Recht auf selbstbestimmtes Sterben die Freiheit des Einzelnen gewährleiste, über die Modalitäten des Suizides selbst zu entscheiden. § 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG schränke diese Freiheit ein: Menschen, die sich mithilfe von Natrium-Pentobarbital suizidieren wollen, können ihren Entschluss ohne den Zugang zu dem Betäubungsmittel nicht in der gewünschten Weise umsetzen.

Das BVerwG sieht allerdings eine Rechtfertigung für diesen Eingriff. Das BtMG verfolge mit der generellen Verbotsregelung das legitime Ziel, Miss- und Fehlgebrauch von tödlich wirkenden Betäubungsmitteln zu verhindern. Dazu sei das generelle Verbot auch geeignet und erforderlich. Darüber hinaus sei es aber auch angemessen, da es nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Grundrechtseingriffs stehe. Das begründete die Vorsitzende insbesondere mit den Alternativen, die den Betroffenen zur Verfügung stünden.

#### 4.2 Zumutbare Möglichkeiten zur Verwirklichung des Sterbewunsches

Denn, so die Vorsitzende: „Für Menschen, die selbstbestimmt entschieden haben, ihr Leben beenden zu wollen, gibt es andere zumutbare Möglichkeiten zur Verwirklichung ihres Sterbewunsches.“ Es bestehe seit dem Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2020 die realistische Möglichkeit, über eine ärztliche Person an verschreibungspflichtige Medikamente zu gelangen, die für einen Suizid geeignet sind. Die Suche nach einer zur Suizidhilfe bereiten ärztlichen Person könne zwar schwierig sein. Es gebe aber Organisationen in Deutschland, die bei der Vermittlung helfen und seit dem Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB a.F. auch wieder tätig sind. Die Inanspruchnahme von Sterbehilfeorganisationen sei also wieder eine realistische Option.

Daneben ging die Vorsitzende auf mögliche Einnahmeformen verschreibungspflichtiger Medikamente ein. Denkbar ist grundsätzlich, die Mittel oral oder intravenös zu sich zu nehmen. Die Kläger beehrten Natrium-Pentobarbital u.a. deshalb, weil es in einem Glas mit Flüssigkeit aufgelöst und getrunken werden kann und relativ komplikationslos ist. Bei der Kombination verschreibungspflichtiger Medikamente müssen mehrere Medikamente in einer bestimmten Reihenfolge eingenommen werden: beispielsweise zuerst ein Antibrechmittel, dann ein Mittel zum Einschlafen und zuletzt ein tödliches Medikament. Betroffene müssen dann mindestens drei Gläser trinken. Für Harald M., der aufgrund seiner MS-Erkrankung vom Hals abwärts gelähmt ist, ist das ein entscheidender Unterschied, denn er leidet an einer Schluckstörung. Ein Glas Flüssigkeit könne er noch problemlos trinken. Mit mehreren Gläsern habe er aber bereits Probleme.

Der Senat verwies dazu auf die Möglichkeit, Arzneimittel intravenös einzusetzen, die in ihrer Wirkweise und den Risiken keine wesentlichen Unterschiede zu

Natrium-Pentobarbital aufwiesen. Das erfordere aber eine fachkundige medizinische Begleitung und belaste damit Suizidwillige, die – wie die Kläger – eine solche nicht wünschen.

Allerdings stünden diesen Belastungen Suizidwilliger wichtige Gemeinwohlbelange gegenüber, die durch den fehlenden Zugang zu Natrium-Pentobarbital geschützt werden.

### **4.3 Gefahren von Natrium-Pentobarbital überwiegen**

Diese wichtigen Belange betitelte der Senat mit den Gefahren, die mit der Erwerbserlaubnis einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital einhergehen. Die Gefahren für das Leben und die Gesundheit der Bevölkerung durch Miss- oder Fehlgebrauch seien angesichts der tödlichen Wirkung und der einfachen Anwendbarkeit besonders groß und wiegen besonders schwer: „Diese besonderen Gefahren sind die Kehrseite der dargelegten Vorzüge des Mittels für die Sterbewilligen.“

Die Vorsitzende kam daher zu dem Ergebnis: Die Belastungen für Sterbewillige, die mit dem fehlenden Zugang von Natrium-Pentobarbital einhergehen, stehen nicht außer Verhältnis zu dem dadurch erreichten Rechtsgüterschutz. Die Grenzen des gesetzgeberischen Spielraums zur Ausgestaltung des Schutzkonzeptes des BtMG seien dadurch nicht überschritten. Die Einschränkungen bei der Gestaltung des eigenen Lebensendes seien zwar von Gewicht; die Gefahren, die mit dem Erwerb von einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital einhergehen, aber zu groß.

### **4.4 Keine extreme Notlage der Kläger**

Das BVerwG erwog zudem, ob im Sinne der früheren Entscheidung eine extreme Notlage für die Kläger besteht. Es wandte die gleichen Kriterien an und beurteilte für beide Kläger, ob für sie im Sinne der damaligen Maßstäbe eine extreme Notlage vorliegt. Allerdings lehnte der Senat eine solche trotz der Erkrankungen beider Kläger ab. Dies begründete das Gericht insbesondere mit den zumutbaren Alternativen, die den Klägern zur Verfügung stünden, und ging dabei nochmal gesondert auf Harald M. ein. Wegen seiner Schluckbeschwerden werde er auf ein intravenös anwendbares Arzneimittel verwiesen. Dieses könne er sich zwar aufgrund seiner Lähmung nicht mehr selbst injizieren. Es gebe allerdings Infusionsautomaten, die er selbst steuern könne.

## **5 Stellungnahme: Eine Inkonsequenz zu den früheren Entscheidungen?**

Auf den ersten Blick erweckt es den Anschein, dass die Entscheidung des BVerwG nicht mit der früheren Entscheidung des BVerwG und der des BVerfG in Einklang zu bringen ist. Allerdings ist keine Inkonsequenz zu der Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2017 zu erkennen. Das BVerwG wich gerade nicht von seiner früheren Entscheidung zur verfassungskonformen Auslegung ab. Vielmehr wandte es die Maßstäbe gleichermaßen an und übertrug sie auf die Situation der Kläger.

Das Ergebnis könnte allerdings die Grenze der Verhältnismäßigkeit zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben überschreiten. Das BVerfG machte deutlich, dass das Recht auf selbstbestimmtes Sterben weder von bestimmten Leidens- oder Krankheitszuständen abhängig zu machen ist noch dass Betroffene auf Alternativen verwiesen werden dürfen, die sie selbst nicht in Anspruch nehmen möchten. Die damalige Rechtslage war allerdings durch § 217 StGB a.F. anders: Ärztliche Personen und Sterbehilfevereine haben wegen der unsicheren Rechtslage keine Hilfen vorgenommen – das hat sich nun geändert. Dabei ist erstaunlich, dass mittlerweile auf Sterbehilfevereine als Alternativen verwiesen wird, waren sie doch im Gesetzgebungsverfahren zu § 217 StGB a.F. die treibende Kraft für Politiker:innen, Suizidhilfe verbieten zu wollen.<sup>11</sup> In der Diskussion um die damalige Regelung galten sie als besonders problematisch: Kommerzialisierung und Normalisierung, Erwartungsdruck und Missbrauch sind nur einige der Stichworte in diesem Zusammenhang. Diese Bedenken scheinen sich jedenfalls in den Augen des BVerwG in Grenzen zu halten. Jedenfalls könnte es mit Blick auf das Recht auf selbstbestimmtes Sterben weiterhin problematisch sein, dass die Kläger auf Alternativen verwiesen wurden.

Die Gefahren, die mit einem Erwerb von Natrium-Pentobarbital einhergehen, sind wegen seiner tödlichen Wirkung aber tatsächlich sehr hoch. Beide Kläger wollten das Betäubungsmittel nicht unmittelbar zu sich nehmen, sondern für den Fall parat haben, dass sie die Auswirkungen ihrer Erkrankungen nicht mehr aushalten. Dadurch ergeben sich etwa Gefahren bei der Lagerung des Mittels in der häuslichen Umgebung. Allerdings bestehen diese Gefahren gleichermaßen auch bei anderen verschreibungspflichtigen Medikamenten, wie etwa Insulin oder Morphin. Der Unterschied zwischen dem Betäubungsmittel und anderen Medikamenten, die in einer bestimmten Dosis tödlich wirken, bleibt zunächst unklar. Möglicherweise wird die Veröffentlichung der schriftlichen Urteilsbegründung mehr Aufschluss darüber geben.

## 6 Fazit und Ausblick: Bleibt das Recht auf selbstbestimmtes Sterben eine leere Hülle?

Die Entscheidung des BVerwG ist in einigen Punkten nachvollziehbar; in anderen lässt sie Fragen offen. Das Ergebnis ist jedenfalls für die Betroffenen ernüchternd. Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass der Gesetzgeber im Zugzwang ist. Denn es ist seine Aufgabe – und nicht die des BVerwG –, das BtMG zu ändern, sodass Natrium-Pentobarbital für freiverantwortlich handelnde Suizidwillige künftig zur Verfügung steht und entsprechend sicher aufbewahrt wird, sodass keine Gefahren davon ausgehen. In der Debatte um die Neuregelung der Suizidhilfe gab es bereits mehrere Gesetzentwürfe, die eine Änderung des BtMG beinhalteten. Dabei sah selbst der restriktive Entwurf um den SPD-Politiker Lars Castellucci eine Ergänzung des § 13 BtMG vor, sodass eine ärztliche Verschreibung von Natrium-Pentobarbital unter bestimmten Voraussetzungen möglich gewesen wäre.<sup>12</sup> Die Möglichkeit einer solchen Änderung sprach auch das BVerfG in seiner Entscheidung zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben an, wonach „möglicherweise auch Anpassungen des Betäubungsmittelrechts“<sup>13</sup> denkbar wären. Die Gesetzentwürfe scheiterten allesamt im Juli dieses Jahres in der Abstimmung im Bundestag,<sup>14</sup> sodass der Gesetzgeber wieder am Anfang steht.

Wegen der aktuellen Entscheidung des BVerwG werden die Anträge beim BfArM aber weiterhin abgelehnt und noch anhängige Klagen an den Verwaltungsgerichten abgewiesen. Eine leere Hülle bleibt das Recht auf selbstbestimmtes Sterben also jedenfalls in den Situationen, in denen Betroffene ihren Suizid nicht mit Natrium-Pentobarbital umsetzen können. Den Klägern steht nun zunächst noch der Weg zum BVerfG offen, den sie laut einer Aussage ihres Prozessbevollmächtigten Prof. Robert Roßbruch nach der Urteilsverkündung auch gehen werden. Das BVerfG wird zu klären haben, ob der Verweis auf die benannten Alternativen eine unverhältnismäßige Verletzung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben darstellt und ob die Regelungen des BtMG verfassungskonform auszugestaltet sind.

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 07.11.2023, Az. 3 C 8.22 u.a. Die schriftlichen Urteilsgründe waren zum Zeitpunkt der Manuskripterstellung noch nicht veröffentlicht. Die Verfasserin war jedoch bei der mündlichen Verhandlung und der Urteilsverkündung in Leipzig anwesend.

<sup>2</sup> OVG NRW, 9 A 146/21 – Urt. v. 02.02.2022 = MedR 2022, 505; OVG NRW, 9 A 148/21 – Urt. v. 02.02.2022, juris.

<sup>3</sup> Weber K, in: Weber K, Kornprobst H, Maier S: BtMG, 6. Aufl., 2021, § 5 Rn. 39.

<sup>4</sup> Weber K, in: ebd., § 5 Rn. 43.

<sup>5</sup> Patzak J, in: Patzak J, Volkmer M, Fabricius J: BtMG, 10. Aufl., 2022, § 13 Rn. 1.

<sup>6</sup> Weber, Fn. 3, § 13 Rn. 22.

<sup>7</sup> S. etwa Weber, Fn. 3, § 13 Rn. 24; zur Problemdarstellung: Gassner U, Ruf S: GesR 2020, 485 (486).

<sup>8</sup> BVerwG, Urt. v. 02.03.2017 – 3 C 19.15 = NJW 2017, 2215.

<sup>9</sup> BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. = NSTZ 2020, 528.

<sup>10</sup> Die inhaltlichen Ausführungen basieren auf der Wahrnehmung der Verfasserin am Tag der Urteilsverkündung und der Pressemitteilung des BVerwG. Pressemitteilung Nr. 81/2023 v. 7. November 2023, <https://www.bverwg.de/pm/2023/81> (Stand: 13.11.2023). Die Vorsitzende Richterin Renate Philipp deutete an, dass die schriftliche Urteilsbegründung nicht vor Januar zu erwarten ist.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2, 8, 11.

<sup>12</sup> BT-Drs. 20/904, S. 17.

<sup>13</sup> BVerfG, NSTZ 2020, 528 (538), Rn. 341.

<sup>14</sup> S. dazu Baldauf A: „Wir brauchen endlich Klarheit“, LTO v. 06.07.2023, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kommentar-bundestag-sterbehilfe-suizidhilfe-suizid-selbstmord-arzt-regelung-abstimmung-gescheitert-kuenast-vorschlag-gesetz-gesetzentwurf/> (Stand: 13.11.2023).

Anne Baldauf ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie und Doktorandin an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

## Künstliche Intelligenz im Spektrum Medizin, Ethik und Recht

Tagung des meris e.V. am 20. und 21. Oktober 2023  
an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle (Saale)

von Steven Kunze, Nadine Müller, M.mel., Johannes Porzelle, LL.M.oec.,  
und Felicia Steffen, M.mel.

Der meris e.V. als Verein zur Förderung des interdisziplinären Diskurses Medizin-Ethik-Recht lud am 20. und 21. Oktober 2023 in die Dozentenbibliothek Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg ein und widmete sich dem hochaktuellen Thema „Künstliche Intelligenz im Spektrum Medizin, Ethik und Recht“. Künstliche Intelligenz (KI) findet eine Vielzahl von Anwendungsbereichen und hat auch im Gesundheitswesen Einzug gehalten. Bei der Nutzung von KI in der Behandlung ergeben sich interdisziplinäre Fragestellungen zu Chancen und Risiken für Ärzte sowie Patienten. Die Referenten der Tagung haben sich dieser angenommen und aus verschiedenen Perspektiven, Disziplinen und Forschungsbereichen diskutiert, wie KI im Spektrum Medizin, Ethik und Recht funktioniert und wirkt, welche ethischen und rechtlichen Fragestellungen sich daraus ergeben und wie entsprechende Lösungsansätze aussehen können.

Als erster Referent bot **Julian Höhl, LL.M.oec.** (Halle (Saale)), einen Einblick in die technischen Grundlagen und die rechtlichen Aspekte der KI.

Zunächst erläuterte er den technischen Rahmen und beleuchtete die Frage nach der Natur der Intelligenz. Die menschliche Erwartungshaltung und bereits gemachte Erfahrungen mit Maschinen seien von besonderer Relevanz, da Menschen dazu neigen, etwas als intelligent zu betrachten, wenn es ihre eigenen Fähigkeiten übersteigt. KI beschäftige sich mit der Frage, wie Computer Aufgaben bewältigen können, bei denen Menschen derzeit überlegen sind. Dabei sei die KI keine spezielle Technologie, sondern ein Teilgebiet der Informatik, das darauf abziele, Systeme zu entwickeln, die schnell und angemessen reagieren können. Der Pionier der KI, John McCarthy, definiert sie als die Wissenschaft und Technik der Herstellung intelligenter Maschinen, insbesondere intelligenter Computerprogramme. Sodann widmete sich Höhl den verschiedenen Arten von KI-Systemen. Schwache KI, wie selbstfahrende Autos und Sprachroboter, sei auf die Ausführung bestimmter Aufgaben trainiert. KI strebe eine dem Menschen vergleichbare Intelligenz an, die Problemlösung, Lernen und Zukunftsplanung

ermöglicht. Künstliche Superintelligenz, die theoretisch existiert, übertreffe die Intelligenz des menschlichen Gehirns. Im weiteren Verlauf bildeten Autonomie und Automatisierung Schwerpunkte seines Vortrags. Autonomie liege vor, wenn ein System eigenständig handelt und Entscheidungen trifft, um den Menschen zu unterstützen. Bei der Automatisierung als Vorstufe der Autonomie werden nur bestimmte Aufgaben autonom ausgeführt, wobei das System auf den Menschen angewiesen bleibt. Es gebe Automatisierungsstufen, die anhand des selbstfahrenden Autos dargestellt worden sind. Automatisierungsstufen reichen von null (nicht automatisiert), eins (assistiert), zwei (teil-automatisiert), drei (bedingt automatisiert), vier (hoch-automatisiert) bis fünf (voll-automatisiert). Mit jeder Stufe steige der Automatisierungsgrad der Funktion. Zur Frage, wie ein Algorithmus lernt, führte Höhl aus, dass Verhaltensentscheidungen der KI mittels Algorithmen vorprogrammiert werden. Es sei dabei nicht möglich, alle denkbaren Situationen vorherzusehen. Aus diesem Grund seien KI-Systeme darauf angewiesen, selbst zu lernen. Maschinelles Lernen sei eine Anwendung von KI, bei der Algorithmen Daten analysieren, daraus lernen und fundierte Entscheidungen treffen. Deep Learning – eine Weiterentwicklung des maschinellen Lernens – basiere auf künstlichen neuronalen Netzen, die eigenständig lernen und intelligente Entscheidungen treffen können. Im Anschluss daran zeigte Höhl den aktuellen rechtlichen Rahmen auf. Er ging auf Art. 3 Nr. 1 der geplanten europäischen KI-Verordnung ein, welcher KI-Systeme definiert. Danach ist ein KI-System eine Software, die mit Techniken und Konzepten entwickelt worden ist und in Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die von Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren. Die Europäische Union verfolge einen risikobasierten Ansatz, bei dem inakzeptable Risiken, wie Bedrohungen für Sicherheit, Lebensunterhalt und Menschenrechte, streng reguliert werden. Systeme mit hohem Risiko, wie Kreditbewertung oder Verkehrsinfrastruktur, unterliegen strengen Regulierungen, darunter Qualitäts- und Risikomanagement, Data-Governance-Strukturen und Transparenzverpflichtungen. Systeme mit begrenztem Risiko, wie ChatBots und Deepfakes, erfordern ebenfalls Transparenzverpflichtungen. Im Gegensatz dazu werden Systeme mit minimalem oder keinem Risiko, wie Videospiele und Spamfilter, weniger streng reguliert, doch durch Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung umgrenzt.

Im Anschluss beleuchtete **Dr. Frank Ursin** (Hannover) die ethischen Herausforderungen und Chancen, die der Einsatz von KI in der medizinischen Diagnostik mit sich bringt.

Er begann damit, die verschiedenen Anwendungsbereiche von KI in der Medizin zu skizzieren. Dabei umriss er unter anderem die Diagnostik mittels bild-

gebender Verfahren, die Prädiktion unter Zuhilfenahme von Risikobewertungen sowie die Therapie mit ChatBots. Die Verwendung von KI in diesen Bereichen verspreche eine gesteigerte Effizienz und besseren Zugang zur Gesundheitsversorgung und begründe ethische Fragestellungen. Eines der zentralen ethischen Probleme sei die informierte Einwilligung des Patienten. Ursin veranschaulichte dies anhand eines Beispiels zur Alzheimer-Prädiktion bei asymptomatischen Menschen. Die Entscheidung, ob und wie KI für solche Vorhersagen genutzt wird, müsse sorgfältig abgewogen werden, da dies mit Risiken, einschließlich psychischer Schäden und sozialer Rechte, verbunden sei. Ursin betonte, dass es klarer Leitlinien und Standards für die Verwendung von KI in der Medizin bedürfe. Er hob die Bedeutung der Erklärbarkeit von KI-Systemen hervor und zeigte auf, dass diese als zusätzliche Säule neben den Prinzipien der biomedizinischen Ethik aufgenommen worden ist. Anhand des Black-Box-Dilemma warf Ursin die Frage auf, ob die Genauigkeit der KI oder ihre Erklärbarkeit prioritär sein sollte. Während Genauigkeit die Patientensicherheit gewährleiste, sei die Erklärbarkeit entscheidend, um die informierte Einwilligung sicherzustellen. Der menschlichen Aufsicht und dem Menschen im Entscheidungsprozess komme so eine wichtige Rolle zu. Augenmerk legte er auf die Radiologie, in welcher die Debatte über den Einsatz von KI besonders intensiv geführt werde. Es sei argumentiert worden, dass KI nicht in der Lage sei, die Leistung von Radiologen zu übertreffen, da sie die Komplexität des Arbeitsprozesses nicht vollständig abbilden könne. Dagegen werde eingewandt, dass Radiologen eine wichtige Rolle bei der Kommunikation mit Patienten und der Berücksichtigung ihrer Werte und Präferenzen einnehmen. Die Verwendung von KI in der Radiologie erfordere sorgfältige Überlegungen. Auch ist auf die metaphorisch konstruierte Rolle von KI und Radiologen eingegangen worden, die von „Kooperation“ und „Konkurrenz“ geprägt sei. Gut ausgebildete Radiologen seien, im Gegensatz zur KI, moralische Akteure. Die Rollen und Metaphorik, die für beide Akteure verwendet werden, beeinflussen ihre Integration in den medizinischen Prozess. Ursin betonte die Bedeutung der „Levels of Explicability“ für die informierte Einwilligung. Anhand einer schematischen Darstellung verdeutlichte er die besonderen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung bei der Verwendung von KI in Diagnostik und Behandlung. Die normativen Quellen von Erklärbarkeit sollten nach Ursin in rechtliche und ethische Rahmenbedingungen einfließen, um gut informierte Entscheidungen der Patienten zu gewährleisten.

Nach diesem Vortrag widmete sich **PD Dr. Michael Denga** (Halle (Saale)) der Compliance bei KI-Systemen.

Er leitete dieses Thema über die „Robodoc“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 324/04) ein und zeigte somit auf, dass der Einsatz von KI bereits gerichtlich Beachtung gefunden hat. Anschließend bil-

dete er mithilfe einer App zur Erkennung von Hautkrankheiten einen Leitfall und erläuterte daran mögliche Haftungskonstellationen und die Beziehungen zwischen Arzt, Patient und Anbieter des KI-Systems. Ausgehend von einem falschen Output der KI komme es zu einer falschen Behandlung durch den Arzt. Diesen träfe deshalb eine Haftung aus dem Vertrags- oder Deliktsrecht. Er könne jedoch beim KI-Anbieter Regress nehmen. Neben einem solchen Behandlungsfehler sei auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht relevant. Abhängig davon, ob die KI bereits als Standardmethode etabliert sei oder noch eine Neulandmethode darstelle, bestünden unterschiedliche Anforderungen an die Aufklärung. Sollten diese missachtet werden, würde dies ebenfalls eine Haftung nach sich ziehen. Nachdem Denga diese grundlegenden Haftungsmechanismen dargelegt hatte, erläuterte er die gesetzlichen Anforderungen an KI-Systeme und ging auch auf die geplante KI-Verordnung der EU ein. In diesem Regelungskonzept ist ein Stufenmodell geplant, nach dem abhängig von der Form des KI-Einsatzes und damit einhergehenden Risiken, andere Anforderungen an den Einsatz bestehen. Die Anbieter einer KI im medizinischen Bereich müssten danach sicherstellen, dass es ein Risikomanagementsystem, eine technische Dokumentation sowie Transparenz gebe. Es müssten Informationen für die Nutzer bereitgestellt und Aufzeichnungspflichten erfüllt werden. Zudem müssten die Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze relevant, repräsentativ, fehlerfrei und vollständig sein. Danach erläuterte Denga die Konformitätsbewertung von KI-Systemen. Die Zertifizierung der KI-Systeme nach einer solchen Bewertung nehme nach seiner Auffassung eine wesentliche Rolle bei der Einbindung von KI in die Wirtschaftswelt und auch in die Medizin ein. Dabei stellte er heraus, dass die Bewertungen nur in seltenen Fällen durch die Anbieter selbst vorgenommen werden. Stattdessen komme es in der Regel zu einem Einschalten externer Bewertungsinstitute. Er erläuterte zunächst einige Arten der Konformitätsbewertung und ging dann auf die Unternehmensehaftung bei den Bewertungen ein. Den originären Rechtsträger treffe vor allem die Pflicht zur Wissenszulieferung. Im Falle einer Delegation der Bewertung an ein externes Institut sei der KI-Anbieter zudem verpflichtet, die Bewertung zu überwachen und an ihr mitzuwirken. Trotz des Einsatzes eines externen Bewertungsinstituts hafte bei einem Fehler aber der KI-Anbieter. Für den Arzt habe dieser Zertifizierungsprozess ein Entfallen der Haftung zur Folge. Da der Anbieter des KI-Systems nicht als Erfüllungsgeselle des Arztes gelte, liege kein Vertretenmüssen im Rahmen einer vertraglichen Haftung vor. Bei einer deliktischen Haftung fehle es jedenfalls an einem Verschulden. Ärzte würden zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten somit immer Anbieter von KI-Systemen suchen, deren Produkte durch vertrauenswürdige Institutionen zertifiziert sind. Abschließend zog Denga ein kritisches Fazit. Dabei warf er Probleme im Zertifizierungsprozess wie die Unabhängigkeit der externen Bewertungsinstitute bei einem permanenten Bewertungsprozess auf.

In Bezug auf die anfangs thematisierte App zur Erkennung von Hautkrankheiten kam er trotz der Kritik zu dem Ergebnis, dass sich der Anbieter schon heute zertifizieren lassen sollte.

Den zweiten Tagungstag eröffnete **PD Dr. Carina Dorneck, M.mel.** (Leipzig) mit einem Beitrag zur KI bei der Embryonenselektion.

Der Autor Aldous Huxley habe schon in seinem 1932 erschienenen Roman *Brave New World* dystopische Zukunftstechnologien vorhergesagt. Viel früher, als von Huxley erwartet, seien diese Technologien in der heutigen Gesellschaft bereits angekommen. Am Beispiel des iDAScore-Verfahren, bei dem Embryonenselektion durch KI durchgeführt wird, erörterte Dorneck einerseits Chancen und offene Fragestellungen bei Einsatz von KI in der medizinischen Behandlung und andererseits die Zulässigkeit des Verfahrens nach dem Embryonenschutzgesetz (ESchG) als maßgebliches Recht der Reproduktionsmedizin. Das iDAScore-Verfahren gelte als ein verlässliches und konstantes objektives Verfahren, welches sowohl die Implantationsrate steigern als auch die Wahrscheinlichkeit von chromosomalen Anomalien reduzieren und damit zur finanziellen Entlastung des Sozial- und Gesundheitssystems beitragen könne. Allerdings führe das Verfahren zur Auswahl menschlichen Lebens durch eine KI und berge Gefahren der Eugenik sowie algorithmenbasierter Diskriminierungen. Zur Bewertung des Verfahrens de lege lata zog Dorneck zunächst den § 3a ESchG heran. Zwar verbietet dieser die genetische Untersuchung von Zellen des Embryos vor Transfer (Präimplantationsdiagnostik). Allerdings werde beim iDAScore-Verfahren keine genetische Untersuchung durchgeführt. Die Bewertung erfolge vielmehr nach dem äußeren Erscheinungsbild und der zeitlichen Entwicklung des Embryos. Eine analoge Anwendung ist bei einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage zwar grundsätzlich denkbar. Eine solche verbietet sich bei der strafrechtlichen Vorschrift des § 3a ESchG allerdings wegen Art. 103 Abs. 2 GG, der eine Analogie zu Lasten des Täters ausschließt. Das iDAScore-Verfahren sei damit nach derzeitiger Rechtslage in Deutschland zulässig. Für einen adäquaten Umgang mit dem Verfahren forderte Dorneck jedoch de lege ferenda, dass die Letztentscheidung der Embryonenauswahl beim Menschen verbleibe und die Erfolgsaussicht als alleiniges Auswahlkriterium herangezogen werden sollte. Ebenso müssten ethische Grundsätze Berücksichtigung finden. Dies gelte ebenso für andere Zukunftstechnologien, denn neben dem iDAScore-Verfahren seien auch Klonen, Ektogenese und In-vitro-Gametogenese denkbare KI-Anwendungen, die sogar über die Embryonenselektion hinausgingen. Auch für diese Zukunftstechnologien könne das fragmentarische und veraltete ESchG keine adäquaten Lösungen bieten. Dorneck forderte deshalb ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz und mahnte überdies zur Vorsicht, nicht alles technisch Mögliche auch zu erlauben.

Im Anschluss daran befasste sich **Felicia Steffen, M.mel.** (Halle (Saale)) mit KI und Fragen der ärztlichen Aufklärung.

Zunächst erörterte Steffen die Frage der Aufklärung *über* KI. Zentrale Norm, den Aufklärungsmaßstab betreffend, sei § 630e BGB. Aufklärungsumfang und -inhalt richten sich danach, ob es sich beim Einsatz der KI um eine Neulandmethode handele oder diese bereits als Standardmethode etabliert sei. Kommen mehrere Standardmethoden in Betracht, sei aufgrund der Therapiefreiheit die Wahl der Behandlungsmethode zunächst primär Sache des Arztes. Eine Aufklärung über Behandlungsalternativen sei erst notwendig, wenn zwei indizierte und übliche Methoden in Betracht kommen, aber mit wesentlich unterschiedlichen Risiken verbunden sind (§ 630e Abs. 1 S. 3 BGB). Steffen betonte, dass der Arzt nicht auf KI als Behandlungsalternative zu verweisen habe, solange KI noch eine neuartige, nicht etablierte Methode und damit kein medizinischer Standard ist. Entscheide sich ein Arzt dennoch für den Einsatz von KI, treffen ihn erhöhte Aufklärungspflichten. Die Grundsätze der Aufklärung über Neulandmethoden habe der Bundesgerichtshof in der „Robodoc“-Entscheidung festgelegt: Der Patient müsse darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine Neulandmethode handelt, die noch nicht medizinischer Standard ist. Ebenso sei über bekannte Risiken, die Gefahr des Misserfolgs und standardgemäße Behandlungsalternativen aufzuklären. Zuletzt müsse der Arzt darüber aufklären, dass unbekannte Risiken nicht auszuschließen sind. Unabhängig davon, ob es sich um eine Standard- oder Neulandmethode handelt, forderte Steffen als Minimum der Aufklärung den Hinweis, dass ein KI-System zur Anwendung kommen soll und dass personenbezogene Daten in die KI eingegeben würden. Ebenso sei über die Funktionsweise der KI aufzuklären. Mit Blick auf die Risikoaufklärung wäre dabei insbesondere die Aufklärung über das Autonomierisiko zentral. Das Autonomierisiko, auch als Intelligenzrisiko oder Black-Box-Dilemma bekannt, ist relevant bei Systemen, die eine „Entscheidung“ treffen, die nicht durch die Steuerungssoftware vorgegeben ist und die sich ex ante nicht sicher vorher sagen lässt. Auf dieses Risiko müsse daher grundsätzlich beim Einsatz von KI hingewiesen werden. Neben der Aufklärung *über* KI rückte Steffen sodann die Frage der Aufklärung *durch* KI in den Fokus. Chancen einer Delegation der Informationsübermittlung an intelligente Computersysteme wären nicht nur die Überwindung menschlicher Schwächen, sondern auch die Entlastung des ärztlichen Personals. Nach geltendem Recht sei eine Aufklärung durch KI allerdings wegen § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach die Aufklärung mündlich durch den Behandelnden erfolgen muss, nicht zulässig. Ebenso wenig sei es wünschenswert, die Aufklärung allein der KI zu überlassen. Denkbar sei aber die Unterstützung der ärztlichen Aufklärung durch Intelligente Aufklärungsbögen. Die KI könne eine umfangreiche Literaturrecherche durchführen und auswerten und eine Datenbank erstellen. Bei der Erstellung eines Aufklärungsbogens könnten

medizinische und rechtliche Kriterien wie auch individuelle Eigenschaften des Patienten berücksichtigt werden. Ein solcher Bogen könne demzufolge eine inhaltliche Vollständigkeit und Richtigkeit sichern und eine patientenzentrierte Aufklärung ermöglichen. Wichtig sei, dass ein finalisierter Bogen zum Zeitpunkt des Arzt-Patienten-Gesprächs vorläge, um als Orientierung für Ärzte und Information für Patienten zur Verfügung zu stehen. Abschließend betonte auch Steffen, dass trotz der Einsatzmöglichkeiten und Chancen, die KI mit sich bringt, das vertrauensvolle Arzt-Patienten-Verhältnis grundlegende Basis einer erfolgreichen Behandlung ist und ein erfolgreiches Aufklärungsgespräch von einer echten Kommunikation zwischen Arzt und Patient lebt.

Zum Abschluss der themen- und diskussionsreichen Tagung befasste sich **Dr. Sebastian Simmert** (Halle (Saale)) mit der Frage, ob KI über subjektive Rechte verfügt.

KI sei nicht mehr ausschließlich Bestandteil von Science-Fiction-Filmen, sondern bereits im Alltag angekommen. Exemplarisch nannte Simmert verschiedene Formen von Assistenz-Robotern, beispielsweise Saugroboter. Mit diesem Eindringen von KI in den Lebensbereich zahlreicher Menschen gehe auch die Frage nach dem Umgang mit KI und der Regulierung von durch KI verursachten Schäden einher. Zentrale Frage sei dabei, welche Rechte und Pflichten einer KI zukommen. Simmert verwies auf einen Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlamentes aus dem Jahr 2017, welcher sich mit den Rechten und Pflichten von KI auseinandersetzt. Als Folge dieses Berichts ist die Frage nach den Rechten und Pflichten von KI auch zum Gegenstand juristischer Literatur geworden. Mit ihrem rechtspositivistischen Ansatz sind die Juristen dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Personenstatus von KI möglich, geboten oder nach dem juristischen Personenbegriff sogar bereits gegeben sei. Nachdem Simmert ausführlicher auf den Mechanismus rechtspositivistischer Ansätze eingegangen war, zeigte er sich kritisch. Durch diesen Ansatz werde der Personenstatus einer KI gesetzt, jedoch nicht begründet. Die Antwort auf die Frage, ob einer KI subjektive Rechte zukommen, sei daher in anderen Ansätzen zu suchen. Im zweiten Teil seines Vortrages ging Simmert exemplarisch auf drei weitere Ansätze zur Beantwortung der Frage ein. Zunächst stellte er einen anthropozentrisch-metaphysischen Ansatz vor, welcher unter anderem vom Deutschen Ethikrat vertreten wird. Nach dieser Ansicht ist der Personenstatus an das Verfügen über intrinsische Merkmale gebunden. Simmert kritisierte die Position des Deutschen Ethikrates scharf, welcher die Vernunft verleiblicht begreift. Denke man diese Position weiter, so werde bestimmten Individuen das „Personsein“ abgesprochen. Als Beispiel nannte Simmert Menschen mit mentalen Beeinträchtigungen. Weiterhin stützt der Deutsche Ethikrat sein Verständnis des Personenstatus auf wahrheitsfunktionale Aussagen, welche jedoch eben-

falls begründungsbedürftig seien. Auch dieser Ansatz sei zur Beantwortung der Frage nach subjektiven Rechten von KI daher nicht geeignet. Als weiteren Ansatz stellte Simmert den phänomenologisch-pragmatischen Ansatz vor, welcher unter anderem von Alan Turing vertreten wird. Demnach ist der Personenstatus abhängig von sozialen Interaktionen. Gegen diesen Ansatz wird immer wieder die Kritik eines Fehlschlusses (sog. „Android-Fallacy“) hervorgebracht. Diese Kritik sei jedoch nicht geeignet, den Ansatz vollständig zu entkräften. Im Ergebnis sei der Ansatz daher geeignet zu plausibilisieren, dass KI über subjektive Rechte verfügt, ein Beweis gelinge dem Ansatz jedoch nicht. Zum Abschluss präsentierte Simmert den formal-funktionalistischen Ansatz. Nach diesem bestimmt sich der Personenstatus nach der Fähigkeit, moralisch gute oder schlechte Entscheidungen zu treffen. Übertragen auf eine KI bedeute dies, dass diese nicht nur der Umsetzung vorgegebener Befehle dienen dürfe, sondern über die Fähigkeit verfügen müsse, die Entscheidungsfindung selbständig zu verändern und somit aktiv moralisch gute Entscheidungen zu treffen. Simmert kam zu dem Ergebnis, dass, sofern solche moralische KI existiert, dieser subjektive Rechte zuzusprechen seien. Er betonte, dass jedem, der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung beitragen kann, im Gegenzug auch Rechte zustehen müssen.

Insgesamt bot die Tagung einen tiefen Einblick in die Welt der künstlichen Intelligenz und die komplexen Rahmenbedingungen, die diese Technologie begleiten. Die Vorträge und Diskussionen verdeutlichten die Notwendigkeit einer ausgewogenen Regulierung unter Beachtung medizinischer, ethischer und rechtlicher Aspekte, um die Vorteile der KI zu nutzen, ohne dabei die grundrechtlich gesicherten Rechte und Sicherheit der Menschen zu gefährden.

Steven Kunze ist Doktorand an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Boemke und Partner Rechtsanwälte in Leipzig.

Nadine Müller ist Doktorandin an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

Johannes Porzelle ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Felicia Steffen ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

## Nachruf auf Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe

von Dr. Kerstin Junghans, Theresa Hesse, M.mel, und Maria Busse, M.mel.

Die Mitglieder des meris e.V. trauern um Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe, der am 14. Oktober 2023 nach schwerer Krankheit im Alter von 67 Jahren verstorben ist.

Herr Prof. Dr. Schmidt-De Caluwe beeinflusste als Direktor und zeitweilig Geschäftsführender Direktor des interdisziplinären wissenschaftlichen Zentrums Medizin-Ethik-Recht den Masterstudiengang Medizin-Ethik-Recht maßgeblich. Mit ihm verlieren wir einen engagierten und stets zugewandten Dozenten und Wissenschaftler, der durch seine freundliche und respektvolle, aber auch humorvolle Art, ein inspirierendes Umfeld bei gemeinsamen Lehrveranstaltungen schuf, mit denen er den Studiengang und dessen Ausrichtung prägte. Ein besonderes Anliegen war ihm immer der interdisziplinäre wissenschaftliche Diskurs, den er unter anderem bei der Gestaltung von Tagungen des IWZ MER oder bei der Betreuung zahlreicher Masterarbeiten vertiefte.



Doch auch außerhalb des Hörsaales zeigte Herr Prof. Dr. Schmidt-De Caluwe großes persönliches Interesse an den Themen des Studienganges. So besuchte er sehr gerne die Veranstaltungen der Filmreihe „eMERgency in cinema“ und war auch bei den Weihnachtsfeiern des Studienganges ein willkommener Gast.

Wir sind tief betroffen über seinen viel zu frühen Tod und nehmen dankbar Abschied von einem sehr geschätzten Hochschullehrer.

Unser tief empfundenenes Mitgefühl gilt seiner Familie.

Wir werden ihn als besonderen Menschen in allerbesten Erinnerung behalten.

## meris e.V.

von Nadine Müller, M.mel.

### Interdisziplinäres Netzwerk

Der meris e.V. ist ein einzigartiger Verein, der im Jahr 2008 von AbsolventInnen des Masterstudiengangs Medizin-Ethik-Recht (Master of Medicine, Ethics and Law – M.mel.) an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg gegründet worden ist. Ursprünglich als Alumniverein ins Leben gerufen, hat sich der meris e.V. im Laufe der Zeit für alle Interessierten im Bereich Medizin-Ethik-Recht geöffnet.

Von dem griechischen Wort „meris“, was „Teil“ bedeutet, und dem Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrum Medizin-Ethik-Recht (IWZ „MER“) unserer Alma Mater leitet sich der Name des Vereins ab. Dieser Name spiegelt unsere Vision wider, ein Netzwerk zu schaffen, das ehemalige und gegenwärtige AbsolventInnen, Studierende, in den Bereichen Arbeitende und Forschende sowie Interessierte zusammenbringt.

Zu den vielfältigen Vereinszwecken gehören unter anderem die Organisation von Veranstaltungen, Projekten, Vorträgen sowie Fort- und Weiterbildungen. Ziel ist es, die Interdisziplinarität, den Austausch und die Zusammenarbeit in den Bereichen Medizin, Ethik und Recht zu fördern und den wissenschaftlichen Diskurs zu stärken.

Wir bieten mit dem meris e.V. eine Plattform, auf der alle zusammenkommen, Ideen austauschen und voneinander lernen können. Wir sind stolz darauf, ein Ort des intellektuellen Austauschs und der Zusammenarbeit zu sein, der die Werte der Gemeinschaft und des interdisziplinären Denkens repräsentiert. Jeder, der den meris e.V. und seine Ziele unterstützen möchte, ist herzlich willkommen, sich dem Netzwerk anzuschließen und an den Veranstaltungen teilzunehmen.

### Veranstaltungen

Der meris e.V. organisiert eine Reihe von Veranstaltungen, die den interdisziplinären wissenschaftlichen Diskurs auf unterschiedliche Herangehensweisen fördern. Nachfolgend erfolgt ein Überblick über die kommenden Vereinsaktivitäten:

## **eMERgency in cinema**

Unsere Filmreihe *eMERgency in cinema* konzentriert sich auf Vorstellungen in den Disziplinen Medizin, Ethik und Recht. Das Filmgenre reicht dabei von echten Klassikern bis hin zur Dokumentation. Die Vorführungen werden durch Diskussionen mit ExpertInnen ergänzt, um verschiedene Perspektiven der dargestellten Themen zu beleuchten.

Im Wintersemester 2023/2024 finden drei spannende Veranstaltungen statt. Den Beginn machte am 15. November 2023 der Dokumentarfilm *Auf der Adamant* zur Thematik der Selbstbestimmung von Menschen mit psychischen Erkrankungen. Am 04. Dezember 2023 folgte eine Vorstellung betreffend die Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung und dem Drama *Gabriele – (K)eine ganz normale Liebe*. Abschließend wird am 18. Januar 2024 eine Veranstaltung zur Pflege und Versorgung eines Angehörigen mit Demenz mit dem Dokumentarfilm *Die unendliche Erinnerung* stattfinden. Die Vorführungen mit anschließender Diskussionsrunde erfolgen jeweils um 18:00 Uhr in Kooperation mit dem Luchs Kino am Zoo in Halle (Saale).

## **Tagungen**

Zu Tagungen bringt der meris e.V. führende ExpertInnen, ForscherInnen und Interessierte im Bereich Medizin-Ethik-Recht zusammen. Unser jüngstes Beispiel ist die diesjährige Herbsttagung an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, bei der das Thema „Künstliche Intelligenz im Spektrum Medizin, Ethik und Recht“ im Mittelpunkt stand.

Ein Bericht zu dieser gelungenen Tagung findet sich in dieser Ausgabe.

Für das erste Halbjahr 2024 ist bereits eine weitere Tagung in Planung.

Vom 26. April bis zum 27. April 2024 findet erstmals das „Doktorandenseminar: Medizin, Ethik und Recht im Fokus“ statt. Das Doktorandenseminar bietet DoktorandInnen die Möglichkeit, ihre Forschungsarbeiten in den Bereichen Medizin, Ethik und Recht vorzustellen und zu diskutieren. Zusätzlich werden Workshops zu den wesentlichen Abschnitten einer Promotion, wie der Verwendung eines Literaturverwaltungsprogrammes bis hin zur Veröffentlichung von Arbeiten und der Postdoc-Phase, angeboten. Weitere Details können dem Call for Papers in dieser Ausgabe entnommen werden.

## **Zeitschrift für Medizin-Ethik-Recht (ZfMER)**

Der Verein ist Herausgeber der Zeitschrift für Medizin-Ethik-Recht (ZfMER). Mit dieser wissenschaftlichen Zeitschrift ermöglicht der meris e.V. die Veröffentli-

chung von Forschungsarbeiten, Artikeln und Diskussionen in den Bereichen Medizin, Ethik und Recht. Die Zeitschrift ist offen für alle Interessierten der Bereiche Medizin, Ethik und Recht, die ihre Arbeiten, Forschungsergebnisse, Anmerkungen, Paper und/oder Beiträge veröffentlichen möchten.

## **Vorstand und Kontakt**

Der Vorstand des meris e.V. besteht aus drei engagierten BeisitzerInnen, die verschiedene Ressorts verantworten. Die Vorsitzenden des Vorstandes, Felicia Steffen und Nadine Müller, sind in den jeweiligen Ressorts vertreten und leiten den Verein.

Wir schätzen den Dialog und die Zusammenarbeit sehr, daher zögern Sie bitte nicht, sich an uns zu wenden. Ihr Feedback und Ihre Anliegen sind uns wichtig und wir freuen uns darauf, mit Ihnen in Kontakt zu treten.

Für den Kontakt zum meris e.V. stehen Ihnen jederzeit die Möglichkeiten einer E-Mail über [meris@jura.uni-halle.de](mailto:meris@jura.uni-halle.de) und LinkedIn „meris.eV“ zur Verfügung.

Nadine Müller ist Doktorandin an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

## Doktorandenseminar: Medizin, Ethik und Recht im Fokus

Symposium des meris e.V. vom 26. April bis 27. April 2024 in Halle (Saale)

Medizin, Ethik und Recht sind in vielen Fragen untrennbar miteinander verbunden. Beispielhaft seien an dieser Stelle aktuelle Themen wie Sterbehilfe, Organspende, Fortpflanzungsmedizin, Schwangerschaftsabbruch oder der Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Medizin genannt. Diese und zahlreiche weitere Herausforderungen lassen sich weder von MedizinerInnen, JuristInnen noch TheologInnen und PhilosophInnen isoliert lösen. Erforderlich ist eine interdisziplinäre Zusammenarbeit.

Die zahlreichen Dissertationen, welche sich mit Problemen auf den Grenzgebieten zwischen Medizin, Ethik und Recht bewegen, zeigen die große gesellschaftliche Relevanz dieses Themenbereiches und ein enormes Interesse auch unter NachwuchswissenschaftlerInnen. Der meris e.V. hat sich die Förderung eines solchen interdisziplinären wissenschaftlichen Diskurses zur Aufgabe gemacht.

Das Doktorandenseminar bietet jungen WissenschaftlerInnen eine Plattform, ihren auf eine Fachrichtung ausgerichteten Blickwinkel zu erweitern und gemeinsam in einen wissenschaftlichen Austausch mit angrenzenden Disziplinen zu treten.

DoktorandInnen, die Interesse haben, einen ca. 20-minütigen Vortrag zu halten und ihre Forschungsfragen anschließend zur 20-minütigen Diskussion zu stellen, sind eingeladen, ein Exposé (max. 500 Wörter) zusammen mit einem kurzen Lebenslauf bis zum 15. Januar 2024 per E-Mail an [meris.tagungen@jura.uni-halle.de](mailto:meris.tagungen@jura.uni-halle.de) zu senden.

Die Vorträge des Symposiums können im Anschluss an das Doktorandenseminar in einem Tagungsband der Zeitschrift für Medizin-Ethik-Recht (ZfMER) des meris e.V. veröffentlicht werden.

An- und Reisekosten der Vortragenden werden vom meris e.V. übernommen. Die Übernahme von Übernachtungskosten der Vortragenden ist von der Genehmigung weiterer Fördermittel abhängig. Informationen hierzu folgen.

Wir freuen uns auf Eure Exposés!

Euer Organisationsteam Steven Kunze und Nadine Müller

**Redaktionsanschrift:**

meris e. V.  
c/o Interdisziplinäres Wissenschaftliches Zentrum  
Medizin-Ethik-Recht  
Juridicum, Raum 0.30  
Universitätsplatz 5  
06108 Halle (Saale)

[meris.zfmer@jura.uni-halle.de](mailto:meris.zfmer@jura.uni-halle.de)  
[www.meris-mer.de/zfmer](http://www.meris-mer.de/zfmer)

**Gestaltung:**

Andreas Walker  
Sven Wedlich

**Druck:**

RT Reprinttechnik.de GmbH  
Prager Str. 13  
04103 Leipzig

*Schutzgebühr 8,- €*

**Redaktionsleitung:**

Henning Lorenz  
Sebastian Vogel  
Andreas Walker

**Redaktion**

Kim Linoh  
Nadine Müller  
Johannes Porzelle  
Sebastian Simmert  
Felicia Steffen

**Gastautoren dieser Ausgabe:**

Anne Baldauf  
Maria Busse  
Dominik Dahlhaus  
Theresa Hesse  
Kerstin Junghans  
Steven Kunze  
Marie Kuss  
Hannah Mrozynski  
Sabine Sommerlatte

*Alle in der Zeitschrift verwendeten Texte, Fotos und grafischen Gestaltungen sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwendung darf, auch auszugsweise, nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Herausgebers erfolgen. Eine kommerzielle Weitervermarktung des Inhalts dieser Zeitschrift ist untersagt. Für die Inhalte der Texte und Artikel sind die jeweiligen Autorinnen und Autoren verantwortlich. Die Inhalte spiegeln nicht zwangsläufig die Meinung der Redaktion wider.*