

Gutachten

erstattet der

Eidgenössische Kommission für Qualitätssicherung  
in der medizinischen Begutachtung EKQMB

zu Fragen

der Bedeutung der Künstlichen Intelligenz (KI) bei  
der Ausarbeitung von medizinischen Gutachten

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich

# Inhalt

1	Auftrag.....	3
2	Vorbemerkung.....	3
3	Ausgangslage.....	3
4	Fragestellung .....	4
5	Aufbau .....	4
6	Allgemeine Grundlagen.....	5
6.1	Einordnung.....	5
6.2	Rechtliche Grundlagen für die Erstellung eines medizinischen Gutachtens in der Sozialversicherung .....	5
6.2.1	Einordnung.....	5
6.2.2	Art. 43 ATSG.....	5
6.2.3	Art. 44 ATSG.....	6
6.2.4	Art. 7j bis Art. 7n ATSV und weitere Verordnungsbestimmungen.....	7
6.3	Gutachten als Beweismittel .....	7
6.3.1	Allgemeine Anforderungen an Beweismittel.....	7
6.3.2	Beteiligung von Hilfspersonen bei Ausarbeitung des medizinischen Gutachtens.....	7
6.3.3	Abklärungsmittel bei der Erstellung eines Gutachtens .....	12
6.3.4	Würdigung des medizinischen Gutachtens im Besonderen.....	14
6.4	Stellenwert der KI – und vergleichbarer Instrumente – in der Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen: Blick auf die bisherige Rechtsprechung.....	14
7	Allgemeine Grundsätze der Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen.....	14
7.1	Einordnung.....	14
7.2	Abklärung von Amts wegen.....	15
7.3	Unabhängigkeit der Sachverhaltsabklärung sowie Fairnessgebot und Waffengleichheit.....	15
8	Kennzeichen von KI.....	16
8.1	Abgrenzung.....	16
8.2	Unterschiedliche Fragestellungen zum Einsatz von KI .....	16
8.3	Hinweise zu Regulierungen der KI.....	18
8.3.1	USA.....	18
8.3.2	EU.....	18
9	Synthese.....	19
9.1	Ausgangsfeststellungen.....	19
9.1.1	Untersuchungspflicht.....	19
9.1.2	Rechtliche Regelung der Gutachten .....	20
9.1.3	Einsatz von Hilfspersonen bei Erstellung des Gutachtens.....	20
9.1.4	Bisherige sozialversicherungsrechtliche Praxis zu KI-Systemen .....	21
9.2	Ist der Einsatz von KI unter Beachtung der bisher als massgebend betrachteten Parameter der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung prinzipiell zulässig? .....	21
9.2.1	Prinzipielle Einordnung von KI-Systemen.....	21
9.2.2	Bestehende KI-Regulierungen.....	22
9.2.3	Massgebende Fragestellungen .....	22
9.2.4	Prinzipielle Zulässigkeit des Einsatzes von KI .....	22
9.2.5	Grundabgrenzung: KI-Verwendung bei Gutachten innerhalb und ausserhalb einer Hilfstätigkeit.....	23
9.3	Gibt es Formen von KI, bei denen bei einem Einsatz von KI bei der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung Besonderheiten oder besondere Grenzen bestehen? .....	24
9.3.1	Einordnung der verschiedenen Formen von KI und Auswirkungen der Einordnung ..	24
9.3.2	Konkretisierung der Anzeige des Einsatzes von KI.....	24
9.4	Rechtfertigt es sich, für den Einsatz von KI bei der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung besondere rechtliche Anforderungen zu formulieren? .....	25

9.4.1	Fragestellung .....	25
9.4.2	Elemente einer Regelung .....	25
10	Zusammenfassung und Beantwortung der gestellten Frage .....	26
10.1	Fragestellung .....	26
10.2	Ausgangslage .....	26
10.3	Prinzipielle Zulässigkeit des Einsatzes von KI bei der Erstellung von Gutachten.....	27
10.4	Rahmenbedingungen des Einsatzes von KI bei der Erstellung von Gutachten .....	28

## 1 Auftrag

Am 20. Juni 2023 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er zu bestimmten Fragen der Auswirkungen der Künstlichen Intelligenz (KI) auf medizinische Gutachten in der Sozialversicherung ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge grundsätzlich bejaht, worauf in der Folge der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt und die zu beantwortenden Fragen gestellt wurden.

## 2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter Fragen. Wie üblich kann mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Frage zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche im vorliegenden Gutachten als zutreffend bezeichnet werden.

## 3 Ausgangslage

Seitens der Auftraggeberin wird die Ausgangslage wie folgt umschrieben:

*Am 24. Mai 2023 hat sich die EKQMB dafür ausgesprochen, die juristischen Grundlagen für die mögliche Anwendung von Künstlicher Intelligenz-Tools als Hilfsmittel zur Erstellung von medizinischen Gutachten zu klären und ein externes Beratungsmandat zu vergeben.*

*Dabei sind folgende Punkte zu berücksichtigen:*

*Im Rahmen eines medizinischen Gutachtensauftrags liegt die Verpflichtung, diesen persönlich auszuführen, gemäss Art. 44 ATSG in der Verantwortung des Gutachters. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass der Gutachter die Unterstützung einer Hilfsperson in Anspruch nimmt, die nach seinen Anweisungen und unter seiner Aufsicht handelt, um bestimmte Nebenaufgaben zu erledigen. Gewisse Aufgaben werden bereits jetzt auch von spezialisierten EDV-Lösungen übernommen. In diesem Zusammenhang häufen sich die Fragen, inwieweit die Ärzteschaft bei der Erstellung von Gutachten und Arztberichten auch auf weitere Werkzeuge der künstlichen Intelligenz (im Folgenden als KI bezeichnet) zu-*

rückgreifen könnte. Diskutiert werden u.a. der Einsatz von KI gestützten Schreibprogrammen, Generieren und Zusammenfassen von medizinischen Texten, aber auch Verwendung im Rahmen der medizinischen Diagnostik etc. Neben Vorteilen von diesen Systemen werden auch ethische und datenschutzrechtliche Herausforderungen sowie Risiken und Limitationen des Einsatzes diskutiert. Neben breit bekannten AI-Tools wie ChatGPT bieten bereits einige kommerzielle Anbieter KI-basierte Lösungen für die versicherungsmedizinische Fallbearbeitung<sup>6</sup> bzw. auch Aktenbearbeitung und Zusammenfassung. Aus Sicht der EKQMB sind in diesem Bereich konkrete Empfehlungen notwendig, welche sozialversicherungsrechtliche, datenschutzrechtliche, medizinrechtliche sowie auch fachlich medizinische und IT-mässige Aspekte berücksichtigen. Im ersten Schritt sollen insbesondere die juristischen Aspekte des KI-Einsatzes zu Gutachtenerstellung ausgearbeitet werden.

## 4 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Fragen zu beantworten:

Welche rechtlichen Aspekte sind zu beachten, wenn der Einsatz von Künstlicher Intelligenz im Rahmen der Ausarbeitung eines medizinischen Gutachtens nach Art. 44 ATSG zu klären ist?

## 5 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannte Frage.

Teil 1: Allgemeine Grundlagen: Es wird zunächst aufgezeigt, welches die rechtlichen Grundlagen für die Erstellung eines medizinischen Gutachtens in der Sozialversicherung sind. Daran schliesst sich ein Blick auf den Stellenwert der KI – und vergleichbarer Instrumente – in der Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen an, wie er sich aus den bisherigen bundesgerichtlichen Urteilen ergibt.

Teil 2: Kennzeichen der Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen: Herauszuarbeiten ist hier, welches die prinzipiellen Elemente des Abklärungsprozesses sind. Es geht um Elemente wie die Objektivität und Neutralität, die Waffengleichheit, die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit und um die Wiederholbarkeit der Abklärung.

Teil 3: Kennzeichen von KI: In knapper Form ist aufzuzeigen, welches Kennzeichen und Besonderheiten der KI sind.

Teil 4: Synthese: Die abschliessende Analyse geht aus von den in den Teilen 1 bis 3 gewonnenen Ergebnisse. Dabei werden folgende Teil-Fragestellungen aufgegriffen:

- Ist der Einsatz von KI unter Beachtung der bisher als massgebend betrachteten Parameter der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung prinzipiell zulässig?
- Gibt es Formen von KI, bei denen bei einem Einsatz von KI bei der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung Besonderheiten oder besondere Grenzen bestehen?

- Rechtfertigt es sich, für den Einsatz von KI bei der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung besondere rechtliche Anforderungen zu formulieren?

Teil 5: Zusammenfassung und Beantwortung der gestellten Frage: Das Gutachten schliesst mit einer Zusammenfassung/abstract und beantwortet dabei die gestellte Frage.

## 6 Allgemeine Grundlagen

### 6.1 Einordnung

Im vorliegenden Abschnitt werden die interessierenden Grundlagen zusammengestellt und konkretisiert. Die Auswahl der Themen und deren Darstellung werden dabei gesteuert durch die Frage, welches ihre Bedeutung für die Frage der Einordnung der KI in den Prozess der medizinischen Begutachtung ist. Es handelt sich insoweit nicht um eine Gesamtdarstellung der allgemeinen Grundlagen der medizinischen Begutachtung.

In einem weiteren Punkt ist von Bedeutung, dass sich die nachstehende Darstellung auf die Ausgangslage bezieht, bei welcher das Gutachten von der Sozialversicherung selbst in Auftrag gegeben wird. Ausgeklammert bleibt also die Ausgangslage, dass die versicherte Person bzw. eine Drittstelle (z.B. eine Privatversicherung) ein Gutachten in Auftrag gibt. Dennoch können die Ergebnisse der nachstehenden Prüfung insoweit Bedeutung haben, als in solchen Fällen die Auftraggeberin bei der Beauftragung verlangt, dass die hier als massgeblich bezeichneten Grundsätze Teil der Beauftragung bilden.

### 6.2 Rechtliche Grundlagen für die Erstellung eines medizinischen Gutachtens in der Sozialversicherung

#### 6.2.1 Einordnung

Es ist hier kurz darzustellen, welches die massgebenden Rechtsgrundlagen sind, wenn in der Sozialversicherung ein medizinisches Gutachten erstellt wird. Dabei wird die berufliche Vorsorge ausgeklammert, weil hier die im Vordergrund stehenden Bestimmungen des ATSG nicht von Bedeutung sind.<sup>1</sup>

#### 6.2.2 Art. 43 ATSG

Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren und der kantonale Sozialversicherungsprozess sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c

---

<sup>1</sup> Die berufliche Vorsorge wendet die Bestimmungen des ATSG nicht an. Hier gilt aber dennoch das Untersuchungsprinzip, wobei sich dies aus dem BVG selbst ergibt. Die nachstehenden Ueberlegungen haben insoweit für die berufliche Vorsorge dennoch Bedeutung, als es um das Untersuchungsprinzip selbst geht.

ATSG). Verwaltung und Sozialversicherungsgericht haben deshalb den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, und zwar vollständig und richtig.

Zentrales Element der Untersuchungspflicht ist die Abklärung der Art des Gesundheitsschadens. Das Bundesgericht hat betreffend medizinische Abklärungen eine Verletzung der Untersuchungspflicht insbesondere bezüglich dreier Fälle angenommen: In Fällen, da zu Unrecht kein medizinisches Gutachten eingeholt wurde, in Fällen, wo das eingeholte Gutachten mangelhaft war, und in Fällen, in welchen der Arzt keine ausreichende Fachkompetenz vorwies, um als medizinischer Sachverständiger tätig zu sein.<sup>2</sup>

### 6.2.3 Art. 44 ATSG

Art. 44 ordnet das Gutachten, das im Rahmen von medizinischen Abklärungen notwendig ist. Dass das ATSG die Begutachtung als Beweismittel ausdrücklich ordnet, erklärt sich aus verschiedenen Gründen. Es erschien hier eine einheitliche Ordnung besonders erforderlich.<sup>3</sup> Dies ist auf die besondere Ausgangslage bei Gutachten zurückzuführen. Das Sachverständigengutachten ist im Rahmen der Rechtsanwendung mit Blick auf die fachfremde Materie faktisch nur beschränkt überprüfbar, wenn nicht medizinische Dienste zur Verfügung stehen. Oft können mangels ausreichender Fachkenntnisse in formal korrekt abgefassten Gutachten objektiv-fachliche Mängel kaum erkannt werden. Damit besteht faktisch eine vorentscheidende Bedeutung der medizinischen Gutachten für den Leistungsentscheid. Daraus wiederum ergibt sich ein «Spannungsverhältnis zur grossen Streubreite der Möglichkeiten, einen Fall medizinisch zu beurteilen, und zur entsprechend geringen Vorbestimmtheit der Ergebnisse».<sup>4</sup>

Diesen Umständen begegnen die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung mit verfahrensrechtlichen Garantien. Besonders deutlich erscheint dies bei der ab 1. Januar 2022 in Kraft stehenden Fassung von Art. 44 ATSG.<sup>5</sup> Diese heute massgebliche Fassung zeichnet sich aus durch vielfältige Regelungen des Verfahrens, etwa mit Blick auf die Notwendigkeit, die Interviews in Form von Tonaufnahmen zwischen der versicherten Person und dem Sachverständigen erstellt und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen.<sup>6</sup> Es kann auch darauf hingewiesen werden, dass es gerade zu den Aufgaben der EKQMB gehört, die Verfahren zur Gutachtenerstellung zu überwachen.<sup>7</sup> Dabei bildet es nach Art. 7p Abs. 1 lit. a ATSV einen Teil der Kommissionstätigkeit, «Empfehlungen zu Anforderungs- und Qualitätskriterien für das Verfahren zur Erstellung von Gutachten» auszuarbeiten, wobei diese Aufgabe in der Verordnung an erster Stelle genannt wird.

---

<sup>2</sup> BSK ATSG-Schiavi, Art. 43 N 2-3.

<sup>3</sup> Vgl. BBl 1991 II 261.

<sup>4</sup> So Urteil des Bundesgerichts 8C\_774/2018 E. 2.2.1.

<sup>5</sup> Dazu Fassung gemäss Anhang Ziff. 1 des BG vom 19. Juni 2020 (Weiterentwicklung der IV) (AS 2021 705; BBl 2017 2535).

<sup>6</sup> Dazu Art. 44 Abs. 6 ATSG.

<sup>7</sup> Dazu Art. 44 Abs. 7 lit. c ATSG.

Aus dem Bereich der Rechtsanwendung ist auf ein Urteil hinzuweisen, wonach wegen der hohen Wichtigkeit der medizinischen Gutachten im Sozialversicherungsrecht erhöhte Anforderungen an die Unabhängigkeit des medizinischen Experten gestellt werden müssen.<sup>8</sup>

#### 6.2.4 Art. 7j bis Art. 7n ATSV und weitere Verordnungsbestimmungen

Die Verordnung zum ATSG ordnet das «Gutachten»<sup>9</sup> in verschiedener Hinsicht, wobei es im Wesentlichen um verfahrensrechtliche Aspekte geht.

Hinzuweisen ist ferner auf Art. 72<sup>bis</sup> IVV, wobei Absatz 2 dieser Bestimmung festlegt, dass die Vergabe der Gutachtensaufträge nach dem Zufallsprinzip erfolgt.

### 6.3 Gutachten als Beweismittel

#### 6.3.1 Allgemeine Anforderungen an Beweismittel

Art. 44 ATSG ordnet das «Gutachterrecht» nicht umfassend, sondern es sind weitere Bestimmungen (etwa bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 42 ATSG, bezüglich der Abklärungs- und Mitwirkungspflicht gemäss Art. 43 ATSG, bezüglich des Verfügungsbegriffs gemäss Art. 49 ATSG oder bezüglich der subsidiären Anwendbarkeit des VwVG gemäss Art. 55 Abs. 1 ATSG) einzubeziehen.<sup>10</sup>

Die Beweise sind ohne Bindung an förmliche Beweisregeln umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dabei sind die Beweismittel, unabhängig von wem sie stammen, objektiv zu prüfen. Danach ist zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Anspruches gestatten. Insbesondere darf bei sich widersprechenden medizinischen Berichten der Prozess nicht erledigt werden, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, weshalb auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abgestellt wird.<sup>11</sup>

#### 6.3.2 Beteiligung von Hilfspersonen bei Ausarbeitung des medizinischen Gutachtens

##### 6.3.2.1 Fragestellung

Von besonderem Interesse für die hier massgebenden Fragen ist der allenfalls zulässige Beizug von Hilfspersonen. Zu klären ist also die Frage, ob – und allenfalls inwieweit – bei der Erstellung eines medizinischen Gutachtens von den Sachverständigen Substitutinnen und/oder Erfüllungsgehilfen beigezogen werden können.

---

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_592/2021E. 6.1.2.

<sup>9</sup> So Randtitel vor Art. 7j ATSV.

<sup>10</sup> So KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 44 N 16.

<sup>11</sup> BSK ATSG-Schiavi, Art. 43 N 12, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 8C\_419/2014 E. 6.2 und dort zitierte weitere Entscheide.

### 6.3.2.2 *Literatur*

Die Literatur weist darauf hin, dass solche Hilfspersonen nur in einem ausserordentlich engen Rahmen beigezogen werden können, weil die gutachtliche Arbeit am Grundsatz der persönlichen Begutachtung ausgerichtet ist.<sup>12</sup>

### 6.3.2.3 *Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung betont recht enge Grenzen des Beizugs von Hilfspersonen. Der Versicherungsträger hat demnach als Auftraggeber einen Anspruch darauf, dass die Begutachtung durch die beauftragte Person durchgeführt wird. Die Substitution oder Weitergabe des Auftrags, selbst eines Teils davon, an einen anderen medizinischen Sachverständigen setzt grundsätzlich die vorgängige Einwilligung des Auftraggebers voraus.<sup>13</sup>

Die Rechtsprechung hat ferner geklärt, inwieweit es zulässig ist, dass Befundaufnahme und Verfassung des Gutachtens durch einen Assistenzarzt erfolgt sind und der visierende Chefarzt die Explorandin nicht selber untersucht habe. Dies wurde bejaht, nachdem vorgängig unbestrittenermassen die Namen sämtlicher an der neurologischen Begutachtung beteiligten Sachverständigen bekanntgegeben wurden und es ausser Frage stand, dass es sich bei allen drei um Fachärzte für Neurologie handelte; es kam hinzu, dass der Chefarzt aufgrund seiner mehrjährigen Erfahrung im Fachbereich Neurologie in der Lage war, die Kohärenz der Untersuchungsergebnisse sowie Einschätzungen seiner Kollegen zu beurteilen, zu visieren sowie sich darauf stützend an der Konsensbeurteilung zu äussern.<sup>14</sup>

In einem früheren Urteil hat das Bundesgericht erkannt, dass es üblich und allgemein zugelassen ist, dass der Chef- oder leitende (Ober-) Arzt einer Klinik für Kontrolluntersuchungen sowie zur Erstellung von medizinischen Berichten Mitarbeiter beizieht. Es kann nicht verlangt werden, dass ein solcher Arzt persönlich alle Untersuchungen vornimmt. Der Beweiswert des Arztberichtes ist nicht vermindert, wenn er unter Beizug ausgewiesener Mitarbeiter erstattet wird.<sup>15</sup> Es schmälert den Beweiswert der in sich schlüssigen Expertise nicht, wenn Befundaufnahme und Verfassung des Gutachtens durch einen Assistenzarzt erfolgt sind und der visierende Chefarzt die Beschwerdeführerin nicht selber untersucht hat.<sup>16</sup> Anders verhält es sich, wenn bei der zu explorierenden Person vorgängig lediglich eine Gutachterperson bekanntgegeben worden war, obwohl sie schliesslich von zwei verschiedenen Sachverständigen im gleichen Umfang untersucht wurde, was Art. 44 ATSG verletzte; es kam im konkreten Fall hinzu,

---

<sup>12</sup> Vgl. SCHWEIZER, 233 f.

<sup>13</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_171/2022 E. 4.3.2.

<sup>14</sup> So Urteil des Bundesgerichts 8C\_130/2023 E. 4.1, 4.1.2 sowie 4.1.3.

<sup>15</sup> Urteil des Bundesgerichts U 87/01 E. 2.2.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts I 342/02 E. 3.1.1.

dass die Hauptgutachterin die Expertise nicht mitunterzeichnet hatte und darüber hinaus ihre Qualifikation als neuropsychologische Gutachterin fraglich war.<sup>17</sup>

Aufschlussreich sind die folgenden Ausführungen des Bundesgerichts:<sup>18</sup>

*4.1.2. Als Experte im Sinne von Art. 44 ATSG ist derjenige zu verstehen, der (als beauftragtes Subjekt) ein Gutachten erstellt und dafür verantwortlich zeichnet. Es handelt sich zum einen um das mit der Begutachtung beauftragte Subjekt und zum andern die natürliche Person, die das Gutachten erarbeitet.*

*Als Auftraggeber hat der Versicherungsträger Anspruch darauf, dass die Begutachtung durch die beauftragte Person durchgeführt wird. Die Substitution oder Weitergabe (selbst eines Teils) des Auftrags an einen anderen Sachverständigen setzt grundsätzlich die Einwilligung des Auftraggebers voraus.*

*Die persönliche Leistungspflicht des Beauftragten schliesst jedoch nicht aus, dass der Experte die Unterstützung einer Hilfsperson in Anspruch nimmt, die unter seiner Anleitung und Aufsicht handelt, um gewisse untergeordnete Hilfsarbeiten auszuführen, zum Beispiel technische Aufgaben (Analysen) oder Recherchier-, Schreib-, Kopier- oder Kontrollarbeiten. Eine solche durch einen qualifizierten Dritten vorgenommene Unterstützung für untergeordnete Hilfsarbeiten ist zulässig, ohne dass darin eine zustimmungsbedürftige Substitution zu sehen ist, solange die Verantwortung für die Expertise, insbesondere die Begründung und die Schlussfolgerungen sowie die Beantwortung der Gutachterfragen, in den Händen des beauftragten Experten bleiben.*

*Es ist wichtig, dass der beauftragte Gutachter die grundlegenden Aufgaben im Rahmen einer medizinischen Expertise im Sozialversicherungsrecht persönlich erfüllt, da er genau aufgrund seines Fachwissens, seiner besonderen wissenschaftlichen Fähigkeiten und seiner Unabhängigkeit beauftragt wurde. Zu diesen Aufgaben, die nicht delegiert werden können, gehören insbesondere die Kenntnisaufnahme vom Dossier in seiner Gesamtheit und dessen kritische Analyse, die Untersuchung der zu begutachtenden Person oder die Gedankenarbeit hinsichtlich der Beurteilung des Falles und der Schlussfolgerungen, die gezogen werden können, wenn nötig im Rahmen einer interdisziplinären Diskussion.*

*Im Zusammenhang mit Art. 44 ATSG resultiert aus dem Gesagten, dass die Verpflichtung, den Namen der mit der Begutachtung beauftragten Mediziner im Voraus zu kommunizieren, respektive das Recht des Versicherten, diesen Namen zu kennen, diejenige Person betrifft, die durch die Invalidenversicherung mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt wurde. Diese Verpflichtung erstreckt sich nicht auf den Namen von Dritten, die den Experten mit Hilfsarbeiten unterstützen (zum Ganzen: BGE 146 V 9 E. 4.2.1 ff. mit Hinweisen).*

*4.2. Wie das kantonale Gericht selbst darlegt (angefochtener Entscheid E. 6.4 S. 15), kann mit Blick auf die inhaltlichen Ausführungen im neuropsychologischen Gutachten vom 6. Februar 2019 nicht eruiert*

---

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_525/2020; vgl. zu dieser Problematik auch BGE 146 V 9 E. 4.2; Urteil 8C\_171/2022 vom 8. November 2022 E. 4.5.

<sup>18</sup> Der nachfolgende Auszug ist dem Urteil des Bundesgerichts 9C\_525/2020 entnommen.

werden, in welchem Umfang Dipl. Psych. C. \_\_\_\_\_ daran mitgewirkt hat. So wird insbesondere nicht offengelegt, wer welche Teile der Expertise durchgeführt hat. Soweit sich die Vorinstanz dennoch hierzu äussert (angefochtener Entscheid E. 6.4 S. 14 f.), findet ihre Beurteilung einerseits keine Stütze im Gutachten und erscheint andererseits auch in sich widersprüchlich.

In formeller Hinsicht wurden in der Expertise unter "Angaben zum Gutachter" sowohl Dr. phil. B. \_\_\_\_\_ als auch Dipl. Psych. C. \_\_\_\_\_ aufgeführt (Expertise Ziff. 1.1. lit. c S. 2). Sodann wurde unter "Eigene Untersuchungen und Befunde" dargelegt, die neuropsychologische Untersuchung vom 6. September 2018 sei durch Dipl. Psych. C. \_\_\_\_\_ und Dr. phil. B. \_\_\_\_\_ erfolgt (Expertise Ziff. 1.2. lit. c S. 3; vgl. auch Expertise Ziff. 4.4. S. 35). Weiter wurde im Gutachten von "Referentinnen" gesprochen (Expertise Ziff. 4.1 S. 27). Und schliesslich sollten beide Untersucherinnen die Expertise unterschreiben (Expertise S. 47). Hinweise darauf, dass Dipl. Psych. C. \_\_\_\_\_ lediglich untergeordnete Hilfsarbeiten im Sinne der dargelegten Rechtsprechung (E. 4.1.2) durchgeführt hat, liegen nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, dass Dr. phil. B. \_\_\_\_\_ Dipl. Psych. C. \_\_\_\_\_ als Gutachterin mit eingebunden hat, weshalb keine Zweifel daran bestehen, dass sie in gleichem Umfang an der Erstellung des Gutachtens beteiligt waren.

Hinzuweisen ist sodann auf einen Grundsatzentscheid des Bundesgerichts, worin ausgeführt wird, dass die «Pflicht des Versicherungsträgers, der versicherten Person vor Beginn der Begutachtung den Namen des Sachverständigen mitzuteilen, [...] sich auf den Namen des Arztes [erstreckt], der im Auftrag des Gutachters die Anamnese der zu begutachtenden Person erstellt, die medizinischen Akten analysiert und zusammenfasst oder die Expertise auf deren Schlüssigkeit hin überprüft».<sup>19</sup>

Im Einzelnen hält das Bundesgericht in diesem Entscheid Folgendes fest:<sup>20</sup>

4.2 Selon l'art. 44 LPGA, si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions.

4.2.1 Par expert au sens de l'art. 44 LPGA, il faut comprendre celui qui (en tant que sujet mandaté) effectue une expertise et en porte la responsabilité. Il s'agit d'une part du sujet qui est mandaté pour l'expertise et, d'autre part, de la personne physique qui élabore l'expertise (ATF 132 V 376 consid. 6.1 p. 380). La communication du nom de l'expert doit permettre à l'assuré de reconnaître s'il s'agit d'une personne à l'encontre de laquelle il pourrait disposer d'un motif de récusation (art. 44, 2<sup>e</sup> phrase, LPGA; HANS-JAKOB MOSIMANN, Gutachten: Präzisierungen zu Art. 44 ATSG, RSAS 2005 p. 479). Cette communication doit de plus avoir lieu suffisamment tôt pour que l'assuré soit en mesure de faire valoir ses droits de participation avant le début de l'expertise en tant que telle. En particulier, lorsque l'intéressé soulève des objections quant à la personne de l'expert, l'organe de l'assurance-invalidité doit se prononcer à leur sujet avant le commencement de l'expertise (ATF 132 V 376 consid. 8.4 p. 385, qui

<sup>19</sup> So das Rubrum von BGE 146 V 9.

<sup>20</sup> BGE 146 V 9, 12-14 E. 4.2

porte en particulier sur la communication du nom des médecins en cas d'expertise auprès d'un Centre d'observation médicale [COMAI]; arrêt 9C\_228/2011 du 10 août 2011 consid. 3.1 et les arrêts cités).

4.2.2 En sa qualité de mandant, l'assureur a droit à ce que l'expertise soit effectuée par la personne mandatée. La substitution ou le transfert (même partiels) du mandat à un autre spécialiste suppose en principe l'autorisation de l'organe ou de la personne qui a mis en oeuvre l'expertise (arrêt 8C\_596/2013 du 24 janvier 2014 consid. 6.1.2.1 et les références). L'obligation d'exécuter personnellement le mandat d'expertise n'exclut cependant pas que l'expert recoure à l'assistance d'un auxiliaire ("Hilfsperson"), qui agit selon ses instructions et sous sa surveillance, pour effectuer certaines tâches secondaires, par exemple assurer des tâches techniques (analyses) ou des travaux de recherche, de rédaction, de copie ou de contrôle (ALFRED BÜHLER, *Die Mitwirkung Dritter bei der medizinischen Begutachtung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren*, Jusletter 3 septembre 2007 n. 27 s.; JACQUES OLIVIER PIGUET, in *Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales*, 2018, n° 12 ad art. 44 LPGa). Une telle assistance fournie par un tiers compétent pour des tâches secondaires est admissible sans qu'on puisse y voir une substitution du mandataire soumise à l'accord de l'assureur, pour autant que la responsabilité de l'expertise, en particulier la motivation et les conclusions de celle-ci ainsi que la réponse aux questions d'expertise, reste en mains de l'expert mandaté (cf. arrêt I 874/06 du 8 août 2007 consid. 4.1.1; BÜHLER, *op. cit.*, n. 29). Il est en effet essentiel que l'expert mandaté accomplisse personnellement les tâches fondamentales d'une expertise médicale en droit des assurances, puisqu'il a été mandaté précisément en raison de son savoir, de ses connaissances scientifiques spécifiques et de son indépendance (BÜHLER, *op. cit.*, n. 5; sur les différentes étapes d'élaboration d'une expertise, HOFFMANN-RICHTER/JEGGER/SCHMIDT, *Das Handwerk ärztlicher Begutachtung*, 2012, p. 25 ss; cf. aussi, GABRIELA RIEMER-KAFKA, *Expertises en médecine des assurances*, 3<sup>e</sup> éd. 2018, p. 53 ss). Font ainsi notamment partie des tâches fondamentales d'expertise, qui ne peuvent être déléguées, la prise de connaissance du dossier dans son ensemble et son analyse critique, l'examen de la personne soumise à l'expertise ou le travail intellectuel de réflexion portant sur l'appréciation du cas et les conclusions qui peuvent être tirées, cas échéant dans le cadre d'une discussion interdisciplinaire.

4.2.3 Il ressort de ces principes posés par la jurisprudence en relation avec l'art. 44 LPGa, tant sous l'angle des droits de participation de l'assuré que des exigences en matière de substitution de l'expert mandaté, que l'obligation de communiquer le nom des médecins mandatés préalablement à l'expertise, respectivement le droit de l'assuré de connaître ce nom, concerne la personne qui est chargée par l'assurance-invalidité d'effectuer l'expertise. Cette obligation ne s'étend pas au nom du tiers qui assiste l'expert pour des activités annexes ne faisant pas partie des tâches fondamentales d'expertise (KIESER, *ATSG-Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd. 2015, n° 34 ad art. 44 LPGa; MARCO WEISS, *Mitwirkungsrechte vor der Einholung medizinischer Gutachten in der Invalidenversicherung*, 2018, p. 162). Ainsi, le nom de la tierce personne qui assiste l'expert en effectuant des analyses médicales (p. ex. une prise de sang) n'a pas à être communiqué.

On ne saurait en revanche considérer comme un simple auxiliaire accomplissant une tâche secondaire le médecin qui est chargé par l'expert d'établir l'anamnèse de base de la personne soumise à l'expertise, d'analyser et de résumer le dossier médical ou de relire le rapport pour vérifier la pertinence de ses

*conclusions. L'activité intellectuelle déployée par le médecin dans ces situations peut en effet avoir une influence sur le résultat de l'expertise. Par exemple, la démarche consistant à établir le résumé du dossier médical implique une analyse comprenant déjà une certaine marge d'interprétation; même si le résumé ne doit contenir que des extraits des pièces du dossier, il repose sur une sélection des dates, informations et données qui sont considérées comme déterminantes pour son auteur (cf. HOFFMANN-RICHTER/JEGGER/SCHMIDT, op. cit., p. 49 s.). Une telle sélection contribue au résultat de l'expertise.*

*Dans les constellations mentionnées, les prescriptions de l'art. 44 LPGA sont applicables. Le nom du médecin auquel est confiée la tâche d'établir l'anamnèse de base ou le résumé du dossier ou celle de relire l'expertise afin d'en assurer la pertinence formelle doit être communiqué au préalable à l'assuré.*

### 6.3.3 Abklärungsmittel bei der Erstellung eines Gutachtens

#### 6.3.3.1 Vorbemerkung

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung derjenigen Schritte bei der Erstellung eines Gutachtens, welche mit Blick auf die interessierende Thematik von Bedeutung sein können. Nicht näher eingegangen wird damit beispielsweise auf die Schritte der Auswahl der Sachverständigen, der Bestimmung der notwendigen Fachdisziplinen oder der Fragestellung. Die Hinweise beziehen sich insbesondere auf die Erstellung eines Gutachtens zuhanden eines Sozialversicherungsträgers; weil bei Gutachten zuhanden eines Gerichts indessen vergleichbare Anforderungen bestehen, haben die folgenden Ausführungen auch Bedeutung für diese Kategorie von Gutachten.

#### 6.3.3.2 Einzelne Abklärungsmittel

Auf die Einordnung der Abklärungsmittel im Zusammenhang mit der Erstellung eines Gutachtens ist näher einzugehen. Dabei wird von Bedeutung sein, ob der Einsatz von Mitteln der KI dem Einsatz solcher Abklärungsmittel gleichzustellen ist.

Das Bundesgericht hat sich in verschiedenen Zusammenhängen zu Fragen der Abklärungsmittel geäußert.

Erheben des Befundes: Die Rechtsprechung betont, dass die sachverständige Person die Befugnis hat, über das Erheben eines Befundes zu entscheiden. Es liegt im Ermessen der oder des psychiatrischen Sachverständigen zu entscheiden, inwiefern testpsychologische Befunde der Anamnese dienen und angezeigt sind.<sup>21</sup>

Berücksichtigung von Einträgen bei Facebook: Allenfalls zulässig ist die Berücksichtigung von Informationen, welche im Rahmen von Social-Media-Profilen dargestellt werden; es muss

---

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_663/2021 E. 6.5.6.

dazu eine Einordnung der Informationen in das übrigen Aktenmaterial vorgenommen werden.<sup>22</sup>

Biographische Diagnostik: In der versicherungsmedizinischen Literatur wird darauf hingewiesen, dass eine an der Persönlichkeitsentwicklung und -struktur orientierte biografische Diagnostik unabdingbares Element der Begutachtung darstellt; im konkreten Fall ist die Diskussion lebensgeschichtlicher Ereignisse angezeigt.<sup>23</sup>

Anspruch auf Dolmetscherdienst: Es besteht im Rahmen einer gutachtlichen Abklärung Anspruch auf einen Dolmetscherdienst. Im konkreten Fall ist zwar im Gutachten von sprachlichen Unzulänglichkeiten die Rede, doch ist nicht ersichtlich, dass sich diese bezogen auf den Begutachtungsprozess ausgewirkt haben.<sup>24</sup>

Beizug von Berichten/Fremdanamnese: Ob die sachverständige Person weitere medizinische Berichte hinzuzieht, ob sie Rücksprache mit der behandelnden Ärztin nimmt oder ob sie auch fremdanamnestische Abklärungen tätigt, liegt allein im fachärztlichen Ermessen der sachverständigen Person. Es ist auch nicht Aufgabe der sachverständigen Person, ihre Diagnosen mit dem behandelnden Arzt zu diskutieren.<sup>25</sup>

Berücksichtigung von normativen Vorgaben: Bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit haben sich sowohl die medizinischen Sachverständigen als auch die Organe der Rechtsanwendung bei ihrer Einschätzung des Leistungsvermögens an den normativen Vorgaben zu orientieren.<sup>26</sup>

Aufzeichnung von Gesprächen: Ein Anspruch auf Aufzeichnung der Explorationsgespräche bei einer Begutachtung folgt nicht aus der Aktenführungspflicht gemäss Art. 46 ATSG.<sup>27</sup>

Reproduzierbarkeit von Untersuchungsergebnissen: Objektivierbar sind Untersuchungsergebnisse, die reproduzierbar und von der Person des Untersuchenden und den Angaben der versicherten Person unabhängig sind. Die Befunde müssen mit apparativen/bildgebenden Abklärungen bestätigt werden, wobei die hierbei angewendeten Untersuchungsmethoden wissenschaftlich anerkannt sein müssen.<sup>28</sup>

Protokollierung und Einsicht in Unterlagen: Soweit die sachverständige Person die Begutachtung protokolliert oder anderweitig aufzeichnet, werden die entsprechenden Unterlagen von

---

<sup>22</sup> Dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 44 N 76, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 8C\_909/2017 E. 7.1.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_146/2021 E. 5.4.2.

<sup>24</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_295/2021 E. 4.1.1 und 4.1.5.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_137/2018 E. 4.2.2.

<sup>26</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_628/2018 E. 4.3.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_296/2021, E. 3.2, 4.2.1 (bezogen auf die bis 31. Dezember 2021 gültig gewesene Fassung von Art. 44 ATSG). Im heutigen Zeitpunkt legt Art. 44 Abs. 6 ATSG die Pflicht fest, von Interviews Tonaufnahmen anzufertigen.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_391/2022 E. 3.2.2.

der Rechtsprechung als interne Akten qualifiziert, in welche der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich kein Einsichtsrecht begründet.<sup>29</sup>

#### 6.3.4 Würdigung des medizinischen Gutachtens im Besonderen

Soweit nachfolgend auf die Würdigung von Gutachten eingegangen wird, geht es um die Klärung der Frage, ob aus der darauf bezogenen Rechtsprechung Schlussfolgerungen zum Einsatz von KI möglich sind.

Der Rechtsanwender kann im Rahmen des im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatzes der freien Beweiswürdigung auf ein von einem versicherungsexternen Sachverständigen verfasstes medizinisches Gutachten vollumfänglich abstellen. Dies erfolgt, wenn das Gutachten für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Dabei ist für den Beweiswert grundsätzlich weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten ausschlaggebend, sondern dessen Inhalt.<sup>30</sup> Auf ein im Verfahren nach Art. 44 ATSG eingeholtes Gutachten ist abzustellen, wenn nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen.<sup>31</sup>

#### 6.4 Stellenwert der KI – und vergleichbarer Instrumente – in der Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen: Blick auf die bisherige Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich bislang – soweit ersichtlich – noch nicht mit der Frage befasst, welchen allfälligen Stellenwert der Einsatz von KI bei der Erstellung von medizinischen Gutachten hat. Es liegen auch im Übrigen – wenn überhaupt – nur ganz vereinzelte Urteile zur KI bzw. zur AI vor.<sup>32</sup>

### 7 Allgemeine Grundsätze der Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen

#### 7.1 Einordnung

Es ist mit Blick auf die Fragestellung hinzuweisen auf allgemeine Grundsätze der Sachverhaltsabklärung der Sozialversicherungen. Dabei geht es um Grundsätze, welche – auch über

---

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_202/2021 E. 4.2.3.

<sup>30</sup> Dazu BSK ATSG-Aliotta, Art. 44 N 4, mit Hinweis auf BGE 137 V 210 E. 6.2.2, 134 V 231 E. 5.1.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_801/2018, E. 4.3.

<sup>32</sup> Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A\_500/2022, welches sich mit dem geistigen Eigentum befasst.

den Beizug von medizinischen Gutachten hinaus – die sozialversicherungsrechtliche Abklärung prägen.

## 7.2 Abklärung von Amts wegen

Dass im Sozialversicherungsrecht der Sachverhalt von Amts wegen abzuklären ist, ergibt sich aus Art. 43 ATSG. Es hat insoweit der Sozialversicherungsträger den Sachverhalt zum einen vollständig und zum andern richtig abzuklären.<sup>33</sup>

## 7.3 Unabhängigkeit der Sachverhaltsabklärung sowie Fairnessgebot und Waffengleichheit

Der Unabhängigkeit der Sachverhaltsabklärung kommt hohe Bedeutung zu. Dieser Vorgang soll unabhängig, unparteiisch, unbefangen und nur dem Recht verpflichtet sein. Im Sinne einer unabhängig vom anwendbaren Verfahrens- und Organisationsrecht geltenden Minimalgarantie haben die Prozessparteien einen aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV abgeleiteten Anspruch darauf, dass ihre Sache von unabhängigen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richterinnen und Richtern ohne Einwirkung sachfremder Umstände entschieden wird.<sup>34</sup> Die Garantie ist verletzt, wenn Gegebenheiten vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass der Sachverständige tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken.<sup>35</sup> Der Anspruch auf Unabhängigkeit ist verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen;<sup>36</sup> dabei sind das persönliche Verhalten wie auch funktionelle und organisatorische Gegebenheiten zu berücksichtigen.<sup>37</sup> Dies gilt auch für die Dolmetschertätigkeit, bei der nicht nur die Sprachkompetenzen, sondern auch die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit der übersetzenden Person eine Rolle spielen.<sup>38</sup>

Bei der Ausgestaltung des Gutachtensprozesses ist massgebend, in welchem Ausmass strukturell Korrektive aus rechtsstaatlicher Sicht erforderlich sind, um die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gutachterwesens zu garantieren.<sup>39</sup> Dabei geht es um die Gewährleistung von

---

<sup>33</sup> Dazu bereits Ziff. 6.2.2.

<sup>34</sup> Dazu etwa SVR 2009 UV Nr. 2, 8C\_556/2007, E. 6.1.1

<sup>35</sup> So SVR 2009 UV Nr. 32, 8C\_509/2008, E. 4.3.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 124 V 26.

<sup>37</sup> Vgl. SVR 2001 UV Nr. 11.

<sup>38</sup> BGE 140 V 262.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_174/2020 E. 7.4.3.2.

verfassungsrechtlichen Fairnessgarantien (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV).<sup>40</sup> So steht bei der vorgängigen Fragestellung der Gesichtspunkt der Waffengleichheit und damit der Verfahrensfairness im Vordergrund.<sup>41</sup>

## 8 Kennzeichen von KI

### 8.1 Abgrenzung

Es ist auf einige zentrale Gesichtspunkte hinzuweisen, welche den Einsatz von KI im Bereich der Sozialversicherung – und hier insbesondere bei medizinischen Fragestellungen – prägen. Dabei kann es sich angesichts der Weite von Fragestellungen zur KI nur um erste, einleitende Hinweise handeln.

KI meint die Erledigung von Aufgaben durch computerisierte Systeme, wie sie üblicherweise durch menschliche Intelligenz erfolgen. Dabei geht es um optische Erfassungen, Spracherkennung, Entscheidungsfindungen und Übersetzungen. KI beruht auf Algorithmen, nutzt Deep Data und findet aus den vorhandenen Daten u.a. neue, von der menschlichen Intelligenz nicht entdeckte Lösungen.<sup>42</sup>

### 8.2 Unterschiedliche Fragestellungen zum Einsatz von KI

Nachstehend ist auf die Breite der Fragestellungen hinzuweisen, welche sich aus dem Einsatz von KI ergeben können.

Es geht – in einer umfassenden Sichtung – um die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Ergebnisse generativer KI-Systeme urheber- oder patentrechtlich schutzbar sind und wem entsprechende Schutzrechte zustehen.<sup>43</sup> Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob ChatGPT-3.5 dazu in der Lage ist, menschliche Aufgaben auszuführen, die in der Rechtspraxis oder in der rechtswissenschaftlichen Forschung in der Schweiz einen Mehrwert bieten könnten.<sup>44</sup> Zu untersuchen ist auch etwa die Anwendung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen – insbesondere in den Bereichen von Profiling, Informationspflicht oder einer automatisierte Einzelentscheidung – auf durch KI erzeugte Datenbearbeitungen.<sup>45</sup> Bei alledem geht es um die regulatorischen Herausforderungen der generativen KI, die sich aus der unterschiedlichen Entwicklungsgeschwindigkeit zwischen Technologie und Gesetzgebung ergeben.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_49/2023 E. 5.2.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_595/2018 E. 4.3.2. Dazu auch KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 44 N 61.

<sup>42</sup> So POLEDNA/GÄCHTER, Fn. 1.

<sup>43</sup> Dazu der Beitrag von STRAUB WOLFGANG in: Jusletter vom 07.08.2023.

<sup>44</sup> Dazu die Ausführungen von VOKINGER KERSTIN NOËLLE/SCHNEIDER DAVID/LOCHER LUCA/HERRLE CASCAL/MÜHLEMATTER URS JAKOB in: Jusletter vom 07.08.2023.

<sup>45</sup> Dazu SEILER DANIEL W./GRIESINGER MARCEL in: Jusletter vom 25.09.2023.

<sup>46</sup> Dazu TEICHMANN FABIAN/BOTICIU SONIA in: Jusletter vom 07.08.2023.

Eingeschränkt auf den Bereich des Sozialversicherungsrechts ist von Bedeutung, welchen Stellenwert KI hat, wobei es insbesondere um die Frage geht, ob der Einsatz von KI als Teil der Abklärung zu betrachten ist.

Die Literatur<sup>47</sup> hält fest, dass KI weit mehr – und etwas qualitativ anderes – ist als eine bestimmte Abklärungsmethode. AI wird als Gehirn eines neuen Gesundheitsversorgungssystems bezeichnet, bei dem Blockchain das unentbehrliche Vertrauen in die Daten schafft.

KI ist neutral, was die Methodik angeht, während weite Bereiche der heutigen Medizin reparativ und arzneimittelzentriert arbeiten. Mittel- bis langfristig ist mit einer Abkehr von der vom Menschen erstellten Anamnese und Diagnose zu rechnen, zum Teil auch von der Versorgung und Pflege durch Menschen. Wenn die KI aus der Auswertung von Millionen Bildern, Krankengeschichten und Daten sowie Tausenden von wissenschaftlichen Artikeln und Forschungsergebnissen jeden Monat seine Folgerungen zieht, so verlässt sie die Sphäre der menschlichen Entscheidungsfindung und ist auch weit mehr als nur ein unterstützendes Instrument wie etwa Laboranalysen oder Messinstrumente.

Die Raschheit der Entscheidungsfindung, die Qualität der Diagnostik, die Einfachheit der Anamnese und der Datenerfassung der Patienten verlagern die Entscheidungsfindung auf Algorithmen. KI liefert umgehend verfügbare, qualitativ gleichwertige und zunehmend weitaus bessere Befunde als die ärztliche Entscheidung.

Die im Bereich der medizinischen Gutachten massgeblichen Rollen der Anamnese und Diagnose kann an vielen Stellen KI übernehmen. KI entwickelt zunehmend eine eigene Sphäre von Aktivitäten und Beurteilungen, die nicht mehr direkt menschlichem Tun zugeordnet werden können und die weder von Menschen noch von den grössten medizinischen Einrichtungen gehandhabt werden könnten. Wenn KI zumeist noch in menschliches Handeln integriert wird und AI dann dem zuständigen Arzt «transparent» ihre Vorschläge unterbreitet, so geht dies zum einen auf die Zurückhaltung der Hersteller und Betreiber zurück, die in den vorhandenen medizinischen Strukturen (noch) auf die Mitwirkung des medizinischen Personals angewiesen sind. Zum anderen werden hier die rechtlichen Rahmenbedingungen spürbar, welche eine solche Zuordnung für regulatorische und haftungsrechtliche Anknüpfungen nach wie vor unentbehrlich machen.

Deshalb wird – im Bereich der Krankenversicherung – auch diskutiert, ob KI als eigentliche Leistungserbringerin anerkannt werden soll. Künftig werden nämlich nicht mehr die Versicherten auf KI-Dienstleistungen treffen, sondern die KI der Versicherten auf die KI-Dienstleisterin. Die heutigen Gesundheitsdienstleistungen werden in vielen Bereichen durch rasch vorliegende und qualitativ hoch stehende KI-Leistungen nicht nur ergänzt, sondern in einer mittelfristigen Perspektive ersetzt. Lässt man KI als Leistungserbringerin zu, so führt dies

---

<sup>47</sup> Dazu POLEDNA/GÄCHTER, auf deren Beitrag sich die nachfolgenden Ausführungen – teilweise wörtlich – abstützen.

zwangsläufig zu weiteren Fragen. Regulatorischer Natur ist die Frage nach den Zulassungskriterien. Eine andere, sich generell stellende Frage ist diejenige nach der adäquat umschriebenen (teilweisen) Rechtspersönlichkeit von AI und nach deren Vermögensfähigkeit. Zudem ist zu klären, wie weit AI in die KVG-Abläufe wie Tarifverträge oder Preisfestlegung, Rechnungsstellung, Wirtschaftlichkeitsverfahren und Datenlieferungen eingebunden werden kann.

## 8.3 Hinweise zu Regulierungen der KI

### 8.3.1 USA

Der amerikanische Präsident Joe Biden hat am 30. Oktober 2023 erstmals Regeln zum Umgang mit künstlicher Intelligenz (KI) erlassen. Er unterzeichnete ein Dekret, das Sicherheitsstandards im Umgang mit KI festlegt und Entwickler verpflichtet, ihre KI-Modelle vor der Veröffentlichung zu testen und die Ergebnisse mit der Regierung zu teilen.

Das Dekret baut auf einer Reihe von freiwilligen Verpflichtungen auf, auf die sich die amerikanische Regierung mit rund einem Dutzend Technologieunternehmen im Sommer geeinigt hatte. Neu müssen die Entwickler der leistungsfähigsten KI-Systeme ihre Modelle Sicherheitstests unterziehen und die Ergebnisse den Behörden melden, bevor sie veröffentlicht werden. Weiter sollen US-Bundesbehörden eine Methode entwickeln, mit der von KI generierte Inhalte markiert werden können.<sup>48</sup>

### 8.3.2 EU

Als Teil ihrer digitalen Strategie will die EU künstliche Intelligenz (KI) regulieren, um bessere Bedingungen für die Entwicklung und Nutzung dieser innovativen Technologie zu schaffen. Im April 2021 hat die Kommission den ersten EU-Rechtsrahmen für KI vorgeschlagen. Darin wird empfohlen, dass KI-Systeme, die in verschiedenen Anwendungen eingesetzt werden können, je nach dem Risiko, das sie für die Nutzer darstellen, analysiert und eingestuft werden. Die verschiedenen Risikostufen unterliegen zu mehr oder weniger Regulierung. Nach ihrer Verabschiedung werden dies die weltweit ersten rechtlichen Vorschriften für KI sein. Das Europäische Parlament will vor allem sicherstellen, dass die in der EU eingesetzten KI-Systeme sicher, transparent, nachvollziehbar, nicht diskriminierend und umweltfreundlich sind. KI-Systeme sollten von Menschen und nicht von der Automatisierung überwacht werden, um schädliche Ergebnisse zu verhindern. Das Parlament möchte außerdem eine technologieneutrale, einheitliche Definition für KI festlegen, die auf zukünftige KI-Systeme angewendet werden könnte.

Die neuen Vorschriften legen Verpflichtungen für Anbieter und Nutzer fest, die sich nach dem Risiko, das von dem KI-System ausgeht, richten.

---

<sup>48</sup> Dazu die Berichterstattung in: NZZ Philipp Gollmer, San Francisco 31.10.2023, 05.30 Uhr.

Zum Bereich der Hochrisiko-KI-Systeme gehören KI-Systeme, die ein hohes Risiko für die Gesundheit und Sicherheit oder für die Grundrechte natürlicher Personen darstellen. Solche KI-Systeme müssen in einer EU-Datenbank registriert werden. Zu ihnen gehören Systeme zur Unterstützung bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzen. Alle KI-Systeme mit hohem Risiko werden vor dem Inverkehrbringen und während ihres gesamten Lebenszyklus bewertet.

Generative Foundation-Modelle wie ChatGPT müssen zusätzliche Transparenzanforderungen erfüllen:

- Offenlegung, dass der Inhalt durch KI generiert wurde;
- Gestaltung des Modells, um zu verhindern, dass es illegale Inhalte erzeugt;
- Veröffentlichung von Zusammenfassungen urheberrechtlich geschützter Daten, die für das Training verwendet wurden.

Am 14. Juni 2023 haben die Abgeordneten ihre Verhandlungsposition zum Gesetz über künstliche Intelligenz angenommen. Nun beginnen die Gespräche mit den EU-Mitgliedstaaten im Rat über die endgültige Ausgestaltung des Gesetzes. Ziel ist es, bis Ende des Jahres eine Einigung zu erzielen.<sup>49</sup>

## 9 Synthese

### 9.1 Ausgangsfeststellungen

#### 9.1.1 Untersuchungspflicht

Medizinische Gutachten haben im Bereich der sozialversicherungsrechtlichen Abklärung ein überaus hohes Gewicht. Eine Vielzahl von Leistungsbegehren, insbesondere Rentenansprüche, wird gestützt auf eingeholte medizinische Gutachten beurteilt.

Medizinische Gutachten werden von Amts wegen eingeholt, was bedeutet, dass der Sozialversicherungsträger den Sachverhalt vollständig und richtig abklären muss. Soweit im Rahmen der Abklärung von einer sachverständigen Person ein medizinisches Gutachten eingeholt wird, erhält der Grundsatz der Unabhängigkeit der Sachverhaltsabklärung ein zentrales Gewicht. Es muss also im Bereich der Erstattung eines Gutachtens gewährleistet sein, dass kein Anschein der Befangenheit und keine Gefahr der Voreingenommenheit bestehen. Dabei werden Aspekte des Verhaltens der sachverständigen Person oder äussere Gegebenheiten funkti-

---

<sup>49</sup> Die voranstehenden Ausführungen sind der folgenden Quelle entnommen worden: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20230601STO93804/ki-gesetz-erste-regulierung-der-kunstlichen-intelligenz> (besucht am 21.11.2023).

oneller und organisatorischer Natur berücksichtigt. Bei der Konkretisierung der entsprechenden Anforderungen ist vom verfassungsrechtlich gewährleisteten Fairnessprinzip auszugehen, welches durch den Gesichtspunkt der Waffengleichheit konkretisiert wird.

Medizinische Gutachten müssen mithin hohen Anforderungen genügen, wobei es um das strikte Einhalten bestimmter verfahrensrechtlicher Vorgaben geht.

### 9.1.2 Rechtliche Regelung der Gutachten

Die bei Gutachten besondere Ausgangslage spiegelt sich in der rechtlichen Regelung. Dem Gutachten ist eine ausführlich gehaltene Bestimmung des ATSG – nämlich Art. 44 ATSG – gewidmet. Hier wird insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht detailliert geordnet, unter welchen Voraussetzungen ein medizinisches Gutachten eingeholt werden kann.

Diese detaillierte gesetzliche Regelung, zu welcher auf Verordnungsebene Art. 7j bis 7n ATSV treten, spiegelt die Auffassung, dass angesichts der bei medizinischen Gutachten besonderen Ausgangslage eine detaillierte verfahrensrechtliche Ordnung erforderlich ist. In der Rechtsanwendung können nämlich mangels ausreichender Fachkenntnisse objektiv-fachliche Mängel bei formal korrekt abgefassten Gutachten kaum erkannt werden. Es steht mithin fest, dass einer verfahrensrechtlich überzeugenden Regelung des Prozesses der Gutachtenserstellung ein überaus grosses Gewicht zukommt.

### 9.1.3 Einsatz von Hilfspersonen bei Erstellung des Gutachtens

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt und vertieft mit der Frage beschäftigt, ob und gegebenenfalls inwieweit bei der Erstellung eines Gutachtens Hilfspersonen eingesetzt werden dürfen.

Hintergrund der entsprechenden Auseinandersetzungen bildet die Regelung von Art. 44 Abs. 2 ATSG, wonach der Versicherungsträger der Partei den Namen der Sachverständigen bekannt gibt, wenn zur Abklärung des Sachverhalts ein Gutachten einzuholen ist. Diese Regelung spiegelt die Bedeutung, welche der Person, welche das Gutachten erstellt, zukommt. Es soll die Partei informiert sein darüber, wer das medizinische Gutachten erstellt.

Mit der Beauftragung zur Erstattung eines Gutachtens ist die persönliche Leistungspflicht der beauftragten Person verbunden. Der Versicherungsträger als Auftraggeber hat Anspruch darauf, dass die Begutachtung durch die beauftragte Person selbst durchgeführt wird. Die Substitution oder die Weitergabe des Auftrags an eine sachverständige Person setzt grundsätzlich die Einwilligung des Auftraggebers, das heisst des Versicherungsträgers, voraus.

Die Rechtsprechung lässt indessen zu, dass die sachverständige Person die Unterstützung einer Hilfsperson unter bestimmten Voraussetzungen in Anspruch nimmt.

(1) Es wird verlangt, dass die betreffende Hilfsperson unter Anleitung und Aufsicht der sachverständigen und beauftragten Person handelt.

(2) Übertragen werden können einzig untergeordnete Hilfsarbeiten wie technische Aufgaben oder Recherchier-, Schreib-, Kopier- oder Kontrollarbeiten.

(3) Die Verantwortung für das Gutachten, die Begründung und die Schlussfolgerungen sowie die Beantwortung der Gutachterfragen müssen in den Händen der beauftragten sachverständigen Person bleiben. Denn es sind gerade das besondere Fachwissen, die besonderen wissenschaftlichen Fähigkeiten und die Unabhängigkeit der beauftragten sachverständigen Person, welche von zentraler Bedeutung sind.

(4) Nicht Teil der Hilfsaufgaben bilden damit die Kenntnisnahme vom Dossier in seiner Gesamtheit, die kritische Analyse, die Untersuchung der zu begutachtenden Person oder die Gedankenarbeit hinsichtlich der Beurteilung des Falles und der Schlussfolgerungen, die gezogen werden können.

(5) Die intellektuelle Aktivität, welche einen Einfluss auf das Ergebnis der Begutachtung hat, ist insoweit nicht an eine Hilfsperson übertragbar. Sobald es um eine Auswahl von Daten, Informationen und Unterlagen geht, bildet das entsprechende Vorgehen Teil einer intellektuellen Aktivität, welche nicht an eine Hilfsperson übertragen werden darf.

#### 9.1.4 Bisherige sozialversicherungsrechtliche Praxis zu KI-Systemen

Die rechtliche Einordnung von KI in den Bereich der Sachverhaltsabklärung im Sozialversicherungsrecht ist durch die Rechtsprechung bisher nicht behandelt worden. Es liegen auch im Übrigen kaum fassbare Grundlagen für die entsprechende Fragenbeantwortung vor. Insoweit kommt den nachstehenden Ausführungen ein nur vorläufiges Gewicht zu.

### 9.2 Ist der Einsatz von KI unter Beachtung der bisher als massgebend betrachteten Parameter der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung prinzipiell zulässig?

#### 9.2.1 Prinzipielle Einordnung von KI-Systemen

KI ist bezogen auf die verwendete Methodik an sich neutral. Es geht um die Erledigung von Aufgaben durch computerisierte Systeme, wobei KI-Systeme auf Algorithmen beruhen, Deep Data nutzen und aus den vorhandenen Daten allenfalls neue, von der menschlichen Intelligenz nicht entdeckte Lösungen finden.

KI ist insoweit etwas qualitativ anderes als eine bestimmte Abklärungsmethode. Es wird ersichtlich, dass KI zunehmend eine eigene Sphäre von Aktivitäten und Beurteilung entwickelt, die vom Menschen oder von medizinischen Einrichtungen nicht mehr gehandhabt werden

können. Insoweit wird denn auch diskutiert, ob im Bereich der Krankenversicherung KI als eigentliche Leistungserbringerin anerkannt werden soll.

### 9.2.2 Bestehende KI-Regulierungen

Die hohe Bedeutung von KI spiegelt sich in ersten Ansätzen zu Regulierungen. So sind in einem Entwurf auf EU-Ebene Verpflichtungen für Anbieter und Nutzer festgelegt, die sich nach dem Risiko richten, welches vom betreffenden KI-System ausgeht. Bei der Einordnung in eine bestimmte Risikogruppe werden dabei Systeme zur Unterstützung der Auslegung und Anwendung von Gesetzen in den Bereich der Hochrisiko-KI-Systeme eingeordnet. Solche Systeme müssen nach dem genannten Entwurf vor dem Inverkehrbringen und während des gesamten Lebenszyklus bewertet werden.

### 9.2.3 Massgebende Fragestellungen

Wenn bei sozialversicherungsrechtlichen Gutachten Systeme der KI zur Anwendung kommen, geht es allemal um einen Aspekt des Untersuchungsprinzips. Dabei besteht an sich kein *numerus clausus* von zulässigen Abklärungsmitteln.

Freilich erlaubt KI das Finden von Ergebnissen, welche gegebenenfalls weit über den Kreis eines Abklärungsergebnisses hinausgehen. Es kann damit auch ein Ergebnis eines intellektuellen, eigenständigen Prozesses erhalten werden. Damit kann die Frage nach der Zulässigkeit eines KI-Systems nicht mit dem blossen Hinweis auf die Geltung des Untersuchungsprinzips beantwortet werden. Vielmehr ergeben sich direkte Bezüge zur Frage, wer unter welchen Voraussetzungen ein medizinisches Gutachten erstellen kann.

Betroffen ist zudem die weitere Frage, ob die Anwendung von KI-Systemen als blosse Hilfstätigkeit im Rahmen einer Gutachtenserstellung bewertet werden kann.

Diese doppelte Fragestellung zeigt, dass der Einsatz von KI bei medizinischen Gutachten Berührungspunkte zur Frage der Bestellung der sachverständigen Person und zudem zur Frage des Einsatzes von Hilfspersonen bei der Gutachtenserstellung hat. Auf diese beiden Fragen wird nachfolgend einzugehen sein.

### 9.2.4 Prinzipielle Zulässigkeit des Einsatzes von KI

Die Frage nach einem prinzipiellen Ausschluss von KI-System im Rahmen der Erstellung eines medizinischen Gutachtens ist – mindestens vorderhand – zu verneinen.

Dabei fällt ins Gewicht, dass Art. 44 ATG bestimmte verfahrensrechtlichen Anforderungen aufstellt, welche insbesondere mit Blick auf den hohen Stellenwert von medizinischen Gutachten festgelegt werden. Es geht beim Verfahrensrecht insoweit um eine dienende Funktion, mit welcher gewährleistet werden soll, dass ein unabhängiges, objektives und fachlich überzeugendes Gutachten erarbeitet wird. Insoweit geht es im Sozialversicherungsrecht primär

um die materielle Richtigkeit. Soweit – was gegebenenfalls durch Rahmenbedingungen zu sichern sein wird – durch KI die materielle Richtigkeit gefördert wird, ist nicht erkennbar, dass der Einsatz prinzipiell unzulässig wäre.

Soweit also bestimmte Vorgehensweisen nicht ausdrücklich geordnet werden, ist nicht von einem Verbot der entsprechenden Methoden auszugehen. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der konkret in Frage stehenden Methode zu klären, wie sie ausgestaltet und angewendet werden muss, um das vorgenannte Ziel zu erreichen. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass Bundesgericht – bevor die Observation gesetzlich geordnet wurde – im Rahmen einer Interessenabwägung es zugelassen hat, dass auch ohne gesetzliche Grundlage eine Observation als Beweismittel eingesetzt wird.<sup>50</sup>

Das Ergebnis einer prinzipiellen Zulässigkeit des Einsatzes von KI-Systemen wird dadurch bestätigt, dass im Bereich der Krankenversicherung bereits heute entsprechende Systeme angewendet werden, ohne dass die Rechtsanwendung bzw. die Rechtsprechung zum Ergebnis gelangt wären, es liege eine unzulässige Methode vor.

#### 9.2.5 Grundabgrenzung: KI-Verwendung bei Gutachten innerhalb und ausserhalb einer Hilfstätigkeit

Gutachten müssen prinzipiell persönlich erstellt werden. Immerhin ist in einem engen Rahmen zulässig, Hilfsarbeiten zu delegieren. Dabei muss beachtet werden, dass beim medizinischen Gutachten vom Bundesgericht der Rahmen von übertragbaren Hilfstätigkeiten sehr eng gezogen wird und dass im Übrigen – wie das Bundesgericht betont – die Ausarbeitung von medizinischen Gutachten durch die beauftragte sachverständige Person selbst erfolgen muss.

Weil KI-Systeme sowohl Aufgaben im Rahmen einer delegierbaren Hilfstätigkeit als auch Aufgaben ausserhalb dieses engen Kreises übernehmen können, steht im Ausgangspunkt fest, dass insoweit die Frage einer unterschiedlichen Einordnung zu prüfen ist.

Soweit ein KI-System im Rahmen einer blossen Hilfstätigkeit – das heisst etwa im Rahmen einer Recherchiertätigkeit – eingesetzt werden, sind keine besonderen Voraussetzungen oder Grenzen zu beachten. Indessen muss dabei klargestellt sein, welches der Rahmen der entsprechenden Hilfstätigkeiten ist. Es geht nur um technische Aufgaben und Recherchier-, Schreib- oder Kontrollarbeiten, nicht indessen um Tätigkeiten mit eigener, intellektueller Prägung. Es fällt also ins Gewicht, dass das Bundesgericht den Rahmen der übertragungsfähigen Hilfstätigkeiten eng gesteckt hat und insbesondere die Gedankenarbeit hinsichtlich der Beurteilung des Falles und der Schlussfolgerungen, die Anamnese zu erstellen, die medizinischen Akten zu analysieren und zusammenzufassen oder eine Expertise auf Schlüssigkeit hin überprüft, keine Hilfstätigkeiten darstellen.

---

<sup>50</sup> Dazu BGE 143 I 377 veröffentlicht vor Inkrafttreten von Art. 43a ATSG und der gesetzlichen Grundlage für die Überwachung von Versicherten am 1. Okt. 2019.

Wenn KI-Systeme im Rahmen einer Gutachtenserstellung eingesetzt werden, welche über technische Aufgaben und Recherchier-, Schreib- oder Kontrollarbeiten hinausgehen, liegt keine übertragbare Hilfstätigkeit mehr vor. Offensichtlich sind KI-Systeme in der Lage, Tätigkeiten zu übernehmen, welche ganz oder mindestens teilweise über diesen eng umschriebenen Kreis von Hilfsarbeiten hinausgehen. Damit wird nachfolgend auf denjenigen Bereich einzugehen sein, bei denen beim Einsatz von KI Besonderheiten oder besondere Grenzen bestehen.

### 9.3 Gibt es Formen von KI, bei denen bei einem Einsatz von KI bei der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung Besonderheiten oder besondere Grenzen bestehen?

#### 9.3.1 Einordnung der verschiedenen Formen von KI und Auswirkungen der Einordnung

KI-Systeme können Bereiche erfassen, welche im Rahmen der Erstellung eines medizinischen Gutachtens nicht (mehr) als Hilfstätigkeiten gelten. Hier muss eine Gleichstellung mit der Tätigkeit eines beauftragten Sachverständigen erfolgen. Nur im Rahmen einer analogen Anwendung der hier geltenden Regelungen lässt sich erreichen, dass verfahrensmässig gesichert ist, dass ein objektives, schlüssiges und nachvollziehbares Resultat erarbeitet wird.

Es hat also der Auftraggeber des Gutachtens – mithin der Sozialversicherungsträger – Anspruch darauf, dass ihm bei Rückgriff auf KI (ausserhalb von eng umrissenen Hilfstätigkeiten) der entsprechende Einsatz mitgeteilt wird. Die Ausgangslage ist mit der Ausgangslage vergleichbar, dass eine weitere sachverständige Person eingesetzt wird; zu dieser Ausgangslage hat das Bundesgericht festgehalten, es müsse diesbezüglich eine entsprechende vorgängige Anzeige an den Auftraggeber erfolgen. Denn nur so kann gewährleistet werden, dass die Ausarbeitung des Gutachtens in Erfüllung der persönlichen Leitungspflicht erfolgt. In der Folge steht es der Auftrag gebenden Person frei, mit dem Einsatz des KI-Systems einverstanden zu sein oder nicht.

#### 9.3.2 Konkretisierung der Anzeige des Einsatzes von KI

KI-Systeme zeichnen sich durch die Besonderheit aus, dass sie gegebenenfalls (weit) mehr leisten können, als es von einem Menschen erbracht werden kann. Es geht um das Erbringen von Aktivitäten und Beurteilungen, welche allenfalls nicht mehr direkt menschlichem Tun zugeordnet werden können und die von Menschen nicht mehr gehandhabt werden können.

Insoweit wird beim in Frage stehenden Einsatz eines KI-Systems zu bezeichnen sein, welches die entsprechenden Fähigkeiten und die Grundlagen der Fähigkeiten sind. Es ist also nicht ausreichend, lediglich den Einsatz eines KI-Systems anzukündigen. Vielmehr ist erforderlich, dass ebenfalls ausgeführt wird, welches die Grundlagen und die Fähigkeiten bzw. Grenzen

des betreffenden Systems sind. Bei diesem Vorgang ist zu berücksichtigen, dass nach dem Regulierungsentwurf der EU die Auslegung und die Anwendung von Gesetzen zum Hochrisiko-Bereich des Einsatzes eines KI-Systems gehören.

Es ist mithin sicherzustellen, dass vor Erstellung eines medizinischen Gutachtens dem Auftraggeber mitgeteilt wird,

- welches die Grundlagen des einzusetzenden KI-Systems sind
- welches die Fähigkeiten des KI-Systems sind
- wie die Grenzen des Einsatzes sind
- inwieweit welche Sicherheitstest durchgeführt wurden.

Wenn gestützt auf eine entsprechende Mitteilung – bzw. vorab – das Einverständnis des Auftraggebers zum Einsatz von KI-Systemen bei der Erstellung eines medizinischen Gutachtens gegeben wird, muss in der Folge sichergestellt sein, dass eine Kennzeichnung derjenigen Teile des Gutachtens erfolgt, welche gestützt auf den Einsatz von KI-Systemen erfolgte. Es muss also beispielsweise gekennzeichnet werden, dass die Aktenzusammenfassung unter Abstützen auf ein KI-System erfolgte.

## 9.4 Rechtfertigt es sich, für den Einsatz von KI bei der gutachterlichen Sachverhaltsabklärung besondere rechtliche Anforderungen zu formulieren?

### 9.4.1 Fragestellung

Die voranstehenden Ausführungen zeigen, dass die aktuelle gesetzliche Regelung zur Einholung von medizinischen Gutachten im Sozialversicherungsrecht in Art. 44 ATSG die Frage des Einsatzes von KI-Systemen nicht erfasst.

Zugleich zeigt sich, dass eine Notwendigkeit besteht, diesbezügliche generell-abstrakte Regelungen festzulegen. Es geht nämlich um die Ordnung einer Vielzahl von analogen Vorgängen, wobei eine allgemeine Ordnung unter Berücksichtigung der Vielfalt von KI-Systemen besonders notwendig erscheint. Angesichts der bestehenden erheblichen Unschärfen des Einsatzes von KI-Systemen ist von Bedeutung, diesbezüglich allgemeine Regelungen vorzusehen.

Nachstehend findet sich eine Zusammenstellung der im Rahmen entsprechender Regelungen zu ordnenden Punkte.

### 9.4.2 Elemente einer Regelung

In einem ersten Punkt wird notwendig sein, die Grenze zwischen delegierbarer Hilfstätigkeit und persönlich vorzunehmender Gutachtenserstellung zu konkretisieren. Dabei kann festgehalten werden, dass der Einsatz eines KI-Systems im Rahmen einer blossen und eng umrissenen Hilfstätigkeit ohne besondere Kennzeichnung zulässig ist.

Soweit – was wohl überwiegend der Fall sein wird – ein KI-System ausserhalb der eng umrissenen Hilfstätigkeiten erfolgt, ist in der Folge festzulegen, dass ein solcher Einsatz eine besondere (vorgängige) Zustimmung des Auftraggebers voraussetzt.

Soweit gestützt auf eine Zustimmung des Auftraggebers ein KI-System eingesetzt wird, ist notwendig, hinzutretende Erläuterungen in das Gutachten aufzunehmen. Diese Erläuterungen beziehen sich auf die folgenden Punkte:

- Grundlagen des KI-Systems
- vorgenommene Sicherheitstests und deren Ergebnisse
- Fähigkeiten des verwendeten KI-Systems
- Grenzen des bestehenden KI-Systems.<sup>51</sup>

Zur Identifikation der durch Einsatz von KI-Systemen erarbeiteten Teile des medizinischen Gutachtens ist sodann notwendig, die entsprechenden Passagen klar zu bezeichnen (beispielsweise durch besondere Hervorhebung oder Kennzeichnung der einzelnen Passagen).

## 10 Zusammenfassung und Beantwortung der gestellten Frage

### 10.1 Fragestellung

Es ist die folgende Frage zu beantworten:

*Welche rechtlichen Aspekte sind zu beachten, wenn der Einsatz von Künstlicher Intelligenz im Rahmen der Ausarbeitung eines medizinischen Gutachtens nach Art. 44 ATSG zu klären ist?*

### 10.2 Ausgangslage

Bei der Erstellung von medizinischen Gutachten im Sozialversicherungsrecht bildet Art. 44 ATSG die massgebende rechtliche Grundlage. Solche Gutachten bilden ein wichtiges Beweismittel bei der Abklärung von Leistungs- und insbesondere von Rentenansprüchen. Bei der

---

<sup>51</sup> Vgl. dazu die Antwort von Kerstin Noëlle Vokinger, in: Interview Ruth Fulterer und Alan Niederer NZZ E-Paper vom 07.10.2023:

«Frage: Was ist nötig, damit Medizinprodukte so sicher wie möglich sind?

Antwort: Es braucht mehr Transparenz in Bezug auf die Daten, mit denen die KI gelernt hat, die Performance des Produkts und die genaue Funktion der KI-Komponente. Diese Informationen sollten nicht nur gegenüber einer Prüfstelle offengelegt werden, sondern auch Spitälern, Ärztinnen, Patienten oder anderweitig Interessierten zugänglich sein. Das ist die Grundlage, auf der entschieden werden kann, ob ein Produkt überhaupt zu einem Patienten passt – und auf der gesellschaftlichen Ebene, ob die Produkte sicher genug sind oder ob das Recht angepasst werden muss.»

Einholung von medizinischen Gutachten hat die Sozialversicherung von Amtes wegen vorzuziehen und muss dabei die bestehenden rechtlichen Vorgaben berücksichtigen.

Die rechtliche Regelung der medizinischen Gutachten trägt insbesondere der Ausgangslage Rechnung, dass die inhaltliche Würdigung von Gutachten hohe Anforderungen stellt und dass regelmässig die Schlüssigkeit und die Objektivität der inhaltlichen Festlegungen nur schwer überprüft werden kann. Bei dieser Ausgangslage stellt das Verfahrensrecht sicher, dass die Einholung der medizinischen Gutachten so erfolgt, dass diese Schwierigkeit durch verfahrensrechtliche Garantien ausgeglichen wird.

Die Rechtsprechung hat die Frage geklärt, ob und allenfalls inwieweit bei der Erstellung von medizinischen Gutachten Aufgaben an Hilfspersonen delegiert werden können. Die Rechtsprechung lässt eine solche Delegation zu, wobei den zu übertragenden Aufgaben enge Grenzen gesetzt werden. Es muss sich um technische Hilfstätigkeiten handeln, die unter Anleitung und Aufsicht der sachverständigen Person vorgenommen werden. Es geht zum Beispiel um technische Aufgaben (Analysen) oder Recherchier-, Schreib-, Kopier- oder Kontrollarbeiten. Eine solche durch einen qualifizierten Dritten vorgenommene Unterstützung für untergeordnete Hilfsarbeiten ist zulässig, ohne dass darin eine zustimmungsbedürftige Substitution zu sehen ist, solange die Verantwortung für die Expertise, insbesondere die Begründung und die Schlussfolgerungen sowie die Beantwortung der Gutachterfragen, in den Händen des beauftragten Experten bleiben.

### 10.3 Prinzipielle Zulässigkeit des Einsatzes von KI bei der Erstellung von Gutachten

Der Einsatz von KI bei medizinischen Gutachten kann in unterschiedlichen Formen und Ausgestaltungen erfolgen. Es können damit untergeordnete, technische Aufgaben übernommen werden. Daneben kann der Einsatz von KI auch die Ausübung einer intellektuell geprägten Tätigkeit darstellen, bei welcher Ergebnisse gewonnen werden, welche bislang nicht feststanden bzw. erkannt wurden.

Der Einsatz von KI bei der Erstellung von medizinischen Gutachten kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Dabei fällt ins Gewicht, dass Art. 44 ATSG bestimmte verfahrensrechtlichen Anforderungen aufstellt, welche insbesondere mit Blick auf den hohen Stellenwert von medizinischen Gutachten festgelegt werden. Es geht beim Verfahrensrecht insoweit um eine dienende Funktion, mit welcher gewährleistet werden soll, dass ein unabhängiges, objektives und fachlich überzeugendes Gutachten erarbeitet wird. Insoweit geht es im Sozialversicherungsrecht primär um die materielle Richtigkeit. Soweit – was gegebenenfalls durch Rahmenbedingungen zu sichern sein wird – durch KI die materielle Richtigkeit gefördert wird, ist nicht erkennbar, dass der Einsatz prinzipiell unzulässig wäre. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass Bundesgericht – bevor die Observation gesetzlich geordnet wurde – im Rahmen einer Interessenabwägung es zugelassen hat, dass auch ohne gesetzliche Grundlage eine Observation als Beweismittel eingesetzt wird. Das Ergebnis einer prinzipiellen Zulässigkeit des

Einsatzes von KI-Systemen wird ferner dadurch bestätigt, dass im Bereich der Krankenversicherung bereits heute entsprechende Systeme angewendet werden, ohne dass die Rechtsanwendung bzw. die Rechtsprechung zum Ergebnis gelangt wären, es liege eine unzulässige Methode vor.

#### 10.4 Rahmenbedingungen des Einsatzes von KI bei der Erstellung von Gutachten

Unter Berücksichtigung des prinzipiell möglichen Einsatzes von KI bei der Erstellung von medizinischen Gutachten konzentriert sich die weitere Einordnung darauf, welche Rahmenbedingungen beim Einsatz von KI bei der Erstellung von medizinischen Gutachten zu beachten sind. Dabei muss zwischen zwei Bereichen unterschieden werden.

Soweit mit KI eine Hilfstätigkeit bei der Ausarbeitung von medizinischen Gutachten übernommen wird (Recherchierarbeit und ähnliche Tätigkeiten), sind keine besonderen Eingrenzungen oder Schritte notwendig.

Wenn mit KI eine Tätigkeit vorgenommen wird, welche den (eng zu umreisenden) Rahmen der Hilfstätigkeit verlässt, geht es um den Einsatz eines Instrumentes, welcher dem Hinzuzug einer weiteren sachverständigen Person gleichzustellen ist. Deshalb sind bei einem solchen Einsatz hinzutretende verfahrensrechtliche Anforderungen zu erfüllen. Es geht um eine Information darüber,

- welches die Grundlagen des einzusetzenden KI-Systems sind
- welches die Fähigkeiten des KI-Systems sind
- wie die Grenzen des Einsatzes sind
- inwieweit welche Sicherheitstest durchgeführt wurden.

Die Auftraggeberin muss dem Einsatz von KI zustimmen. Zudem muss im Gutachten bezeichnet werden, welche Teile des Gutachtens mit Unterstützung von KI ausgearbeitet wurden.

Die Regelung dieser Punkte soll in einer Regelung – beispielsweise in der ATSV – vorgenommen werden oder jedenfalls Gegenstand einer Weisung der zuständigen Bundesbehörde bilden.

Zürich, 4. Dezember 2023



Prof. Dr.iur. Ueli Kieser

## Literatur

### Juristische Literatur

BSK ATSG, Basel 2020

FISCHER SUSANNE/KOLLER DAVE/WIEDERKEHR ROLAND, Das externe Gutachterverfahren in der Sozialversicherung, Bern 2018

GLESS SABINE, Künstliche Intelligenz in der Gerichtsbarkeit, ZSR 2023 I 429-462

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2020

POLEDNA TOMAS/GÄCHTER THOMAS, Artificial Intelligence, Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung, Jusletter 29. Januar 2018

SCHURR FRANCO A., Künstliche Intelligenz im Bereich der Entscheidung des Stiftungsrats, Liechtensteinische Juristen-Zeitung (LJZ) 2022 268-273

SCHWEIZER RAINER J., Zu den Rahmenbedingungen der ärztlichen Begutachtung in der Sozialversicherung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St. Gallen 1997, 227 ff.

VOKINGER KERSTIN NOËLLE/MÜHLEMATTEN URS JAKOB/BECKER ANTON/BOSS ANDREAS/REUTER MARK A./SZUCS THOMAS D., Artificial Intelligence und Machine Learning in der Medizin, in: Jusletter 28. August 2017

### Medizinische Literatur

BISWAS, S. (2023). ChatGPT and the future of medical writing. *Radiology*, 307(2), e223312

GALANTE, N., COTRONEO, R., FURCI, D., LODETTI, G., & CASALI, M. B. (2023). Applications of artificial intelligence in forensic sciences: Current potential benefits, limitations and perspectives. *International Journal of Legal Medicine*, 137(2), 445-458

LIEBRENZ, M., SCHLEIFER, R., BUADZE, A., BHUGRA, D., & SMITH, A. (2023). Generating scholarly content with ChatGPT: ethical challenges for medical publishing. *The Lancet Digital Health*, 5(3), e105-e106

MILLER, D. D., & BROWN, E. W. (2018). Artificial intelligence in medical practice: the question to the answer?. *The American journal of medicine*, 131(2), 129-133

Obermeyer Ziad/Emanuel Ezekiel J., Predicting the Future – Big Data, Machine Learning, and Clinical Medicine, *N Engl J Med* 2016; 375:1216-1219