

# Diskriminierungsschutz bei Einsatz von KI im Bankbereich – Fallstricke der praktischen Rechtsanwendung –

*Petra Buck-Heeb*

## I. Einführung

Die Finanzbranche ist inzwischen elementar auf Künstliche Intelligenz (KI) angewiesen. Insofern konstatierte die Deutsche Kreditwirtschaft schon im Jahr 2021, dass „die Zukunft der Branche ... ohne die Nutzung von KI nicht mehr darstellbar“ ist.<sup>1</sup> Die Banken sehen sich mit einer stetigen Zunahme von enormen Datenmengen konfrontiert, mit denen umgegangen werden muss.<sup>2</sup> Dabei spielt insbesondere die sog. generative KI-Technologie eine Rolle, die Maschinen nicht nur ermöglicht zu lernen, sondern auch neue Inhalte zu erzeugen.

So unterliegen nicht nur die technischen Ausformungen der KI ständigen Neuerungen, sondern auch die regulatorischen Vorgaben des Gesetzgebers. Der große Bedarf auch der deutschen Banken, zahlreiche ihrer Prozesse KI-anwendungsbasiert umzustellen, um weiterhin international wettbewerbsfähig zu bleiben, trifft auf Schwierigkeiten im Umgang mit den aufsichtsrechtlichen Regelungsvorgaben. Diese bezwecken neben der Datensicherheit vor allem auch die Verhinderung von Diskriminierung. Auf den letzteren Aspekt soll im Folgenden näher eingegangen werden.

---

1 *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme zur KI-Verordnung der EU, 6.8.2021, abrufbar unter [https://bankenverband.de/media/files/DK\\_Stellungnahme\\_zur\\_KI-Verordnung.DE.pdf](https://bankenverband.de/media/files/DK_Stellungnahme_zur_KI-Verordnung.DE.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

2 *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme (Fn. 1).

## II. Grundlagen

### 1. Einsatzbereiche von KI in Banken

KI-unterstützte Systeme können sowohl im Backoffice als auch im Frontoffice einer Bank eingesetzt werden.<sup>3</sup> Als Schwerpunkte der Nutzung von KI im Bankensektor werden u.a. die Echtzeit-Transaktionsanalyse, das algorithmische Trading (sog. Hochfrequenzhandel)<sup>4</sup> sowie KI-verwaltete Fonds genannt. Auch im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung wird KI inzwischen eingesetzt.<sup>5</sup> Technisch einfache Vorgänge können ebenfalls KI-basiert sein. Als Beispiel lässt sich hier die Personalisierung von Kundendienstleistungen bzw. die automatisierte Erstellung von Kundenprofilen nennen.

Des Weiteren kann der Einsatz von Chatbots angeführt werden, der zur Automatisierung der Routine-Kundeninteraktion erfolgen kann. So können etwa eine Kontoeröffnung oder allgemeine Kundenanfragen auf Seiten der Bank nicht mehr durch Menschen, sondern Maschinen abgewickelt werden. Das erstreckt sich ebenso auf die Bearbeitung von Kundenanrufen in einem Callcenter,<sup>6</sup> wie auf eine automatisierte Kundenauthentifizierung,<sup>7</sup> kann sich aber auch auf einen sog. Robo Advice<sup>8</sup> beziehen. Insbesondere durch den Einsatz von generativer KI entstehen zunehmend fortschrittli-

---

3 *Verband öffentlicher Banken*, Künstliche Intelligenz im Bankwesen, 2.2022, S. 1, abrufbar unter [https://www.voeb.de/fileadmin/Dateien/Publikationen/VOEB\\_auf\\_einen\\_Blick\\_Kuenstliche\\_Intelligenz.pdf](https://www.voeb.de/fileadmin/Dateien/Publikationen/VOEB_auf_einen_Blick_Kuenstliche_Intelligenz.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

4 *Kindermann*, Digitaler Effektenhandel, in: Möslin/Omlor (Hrsg.), *FinTech-Handbuch: Digitalisierung, Recht, Finanzen*, 3. Aufl., München 2024, § 28 Rn. 51 ff.; *Buck-Heeb*, Compliance im Bank- und Kapitalmarktrecht, in: Chibanguza/Kuß/Steege (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz: Recht und Praxis automatisierter und autonomer Systeme*, Baden-Baden 2022, § 5 H. Rn. 25 ff.

5 *Buck-Heeb*, Rechtsrisiken bei automatisierter Kreditwürdigkeitsprüfung und Kreditvergabe, BKR 2023, 137 ff.; siehe auch *Kelp/Schneider*, Wenn ein Algorithmus über den Kredit entscheidet, BaFinJournal v. 11.5.2023, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2023/fa\\_bj\\_2305\\_Algorithmen\\_Kreditvergabe.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2023/fa_bj_2305_Algorithmen_Kreditvergabe.html) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

6 *Die Deutsche Kreditwirtschaft*, Stellungnahme (Fn. 1).

7 Siehe etwa *Buck-Heeb*, Compliance (Fn. 4), Rn. 14 ff.

8 Siehe dazu *ESMA*, Artificial Intelligence in EU securities markets (ESMA TRV Risk Analysis), 1.2.2023, ESMA50-164-6247, S. 9 f., abrufbar unter [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/ESMA50-164-6247-AI\\_in\\_securities\\_markets.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/ESMA50-164-6247-AI_in_securities_markets.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024); siehe auch etwa *Hennemann/Kumkar*, Robo Advice und automatisierte Entscheidungen im Einzelfall, in: Linardatos (Hrsg.), *Rechtshandbuch Robo Advice: Automatisierte Finanz- und Versicherungsdienste*, München 2020, § 13 Rn. 1 ff.; *Buck-Heeb*, Robo Advice: Anlegerschutz und gesetzgeberischer Handlungsbe-

chere Formen des Robo Advice als dies bislang der Fall war. KI kann auch helfen, die Anforderungen aus der EU-TaxonomieVO (VO (EU) Nr. 2019/2088) zu erfüllen.<sup>9</sup> Außerdem besteht Einigkeit darüber, dass eine intelligente Betrugserkennung, insbesondere auch bzgl. der Geldwäsche, nicht mehr ohne KI zu bewerkstelligen ist.

Die genannten Beispielsbereiche beziehen sich nicht nur auf verschiedene Anwendungsfelder, sondern auch auf unterschiedliche Automatisierungsgrade bzw. KI-Anwendungen. Je nachdem, welche Art von System eingesetzt wird, können die anwendbaren aufsichtsrechtlichen Regelungen variieren. Teilweise hat sich hier auch der Begriff „Regtech“ herausgebildet. Darunter versteht man den „Einsatz innovativer Technologien zur effektiveren und effizienteren Erfüllung und Dokumentation regulatorischer Pflichten“.<sup>10</sup> Wenn parallel dazu die Aufsichtsbehörde ihrerseits innovative Technologien für ihre Aufsichtstätigkeit verwendet, wird von „Suptech“ gesprochen.<sup>11</sup>

Schon diese wenigen Beispiele zeigen das große Potenzial, das im Einsatz von (generativer) KI im Bankenbereich steckt. Zeit- und Kostenersparnis sind nur ein Faktor, die Möglichkeit, riesige Datenmengen (rasch) auszuwerten, ein anderer. Den hiermit verbundenen Chancen für Banken und Kunden gleichermaßen stehen zahlreichen Risiken für sämtliche Akteure gegenüber. Insofern hat eine optimale Regulierung ein Gleichgewicht zwischen der rechtstatsächlich möglichen Wahrnehmung der Chancen auf der einen und den Risiken (insbesondere Diskriminierungsrisiken) für den Kunden auf der anderen Seite zu schaffen.

---

darf, in: Buck-Heeb/Oppermann (Hrsg.), *Automatisierte Systeme*, München 2022, S. 177 ff.

9 *Güllich*, Automatisierung der EU-Taxonomie mit künstlicher Intelligenz: Wie Banken durch KI unterstützt werden können, *Der Bank Blog* v. 19.1.2024, abrufbar unter <https://www.der-bank-blog.de/automatisierung-eu-taxonomie/regulierung-aufsicht/37706259/> (zuletzt abgerufen am 30.10.2024); *Buck-Heeb*, Rechtsunsicherheiten beim KI-Einsatz im Bankensektor, *WM* 2023, 1625 (1626).

10 *BaFin*, Regtech, 5.5.2023, abrufbar unter [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Geschaeftsmodelle/RegTech/regtech\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Geschaeftsmodelle/RegTech/regtech_node.html) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

11 *BaFin*, Regtech (Fn. 10).

## 2. Regulatorische Vorgaben

### a) Bankspezifische Regelungen

Gesetzliche respektive aufsichtsrechtliche Regelungen zu KI-Anwendungen oder automatisierten Systemen finden sich speziell im Bankenbereich nur wenige. So wird die automatisierte Anlageberatung (sog. Robo Advice) nicht schon in der Finanzmarktrichtlinie von 2014 (MiFID II), sondern erst auf Level 2 der Aspekt der Automatisierung erwähnt (Art. 54 DelVO 2017/565).<sup>12</sup> Außerdem sieht die revidierte Verbraucher kreditrichtlinie von 2023 (RL 2023/2225) Regelungen bzgl. einer automatisierten Kreditvergabe an Verbraucher vor (Art. 18 Abs. 6 VerbrKrRL 2023).

Dieser Befund darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich auf Level 3 sowohl die europäische Finanzaufsichtsbehörde ESMA in Leitlinien als auch die nationale Finanzaufsichtsbehörde BaFin in ihrem Rundschreiben zu den Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion (sog. Ma-Comp)<sup>13</sup> ausführlich zu bestimmten Anforderungen an Banken bzgl. ihrer KI-Systeme verhalten haben. Diese Level 3-Maßnahmen haben zwar nicht den Rang von gesetzlichen Regelungen, stellen aber die Verwaltungsauffassung der Behörden dar.

In diesem Kontext betont die BaFin stets, dass die aufsichtlichen Vorgaben technologieneutral sind.<sup>14</sup> Das ist in Bezug auf Art. 54 Abs. 1 UAbs. 2 DelVO 2017/565 hinsichtlich der (teil)automatisierten Anlageberatung auch der Fall. Dort wird die Verantwortung für die Durchführung der Geeignetheitsbeurteilung dem entsprechenden Wertpapierdienstleistungsunternehmen zugewiesen, wenn „Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungs-dienstleistungen ganz oder teilweise über ein voll- oder halbautomatisches System erbracht“ werden. Hervorgehoben wird im Weiteren, dass sich

---

12 Siehe auch konkretisierend *BaFin*, Automatisierte und signalbezogene Beratungs- und Handelssysteme, 1.9.2022, abrufbar unter [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Geschaeftsmodelle/BeratungsHandelssysteme/BeratungsHandelssystem\\_e\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Geschaeftsmodelle/BeratungsHandelssysteme/BeratungsHandelssystem_e_node.html) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024); siehe auch *Grischuk*, Robo Advice – Automatisierte Anlageberatung in der Aufsichtspraxis, 16.8.2017, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa\\_bj\\_1708\\_RoboAdvice.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa_bj_1708_RoboAdvice.html) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

13 *BaFin*, Rundschreiben 05/2018 (WA) – Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten – Ma-Comp, Stand: 26.9.2024.

14 *BaFin*, Big Data und Künstliche Intelligenz: Prinzipien für den Einsatz von Algorithmen in Entscheidungsprozessen (Prinzipienpapier BDAI), 15.6.2021, S. 5; *Kelp/Schneider*, Algorithmus (Fn. 5).

diese Verantwortung nicht dadurch verringert, „dass ein elektronisches System zu Abgabe persönlicher Empfehlungen oder zum Treffen von Handelsentscheidungen eingesetzt wird“. Für die aufsichtliche Verantwortungszuweisung ist es unerheblich, welche technologische Entwicklungsstufe das eingesetzte System aufweist. Insofern spielt eine Abgrenzung verschiedener Entwicklungsstufen der KI hier keine Rolle.

Detaillierte anwendungsspezifische Vorgaben zum Robo Advice enthält auf Level 3 die MaComp der BaFin.<sup>15</sup> Dort finden sich zahlreiche Hinweise dazu, was die Aufsichtsbehörde in diesem Fall von den Wertpapierdienstleistungsunternehmen erwartet, u.a. geht es auch hier um die Vermeidung von Diskriminierung. Die ESMA hatte auf europäischer Ebene schon seit 2018 in ihren Leitlinien zur MiFID II spezielle Vorgaben für den Einsatz von Robo Advice vorgesehen.<sup>16</sup>

Neben diesen anwendungsspezifischen, finden sich auf Level 3 auch risikospezifische Vorgaben im Umgang mit KI. Im Vordergrund steht dabei der – vorliegend nicht im Fokus stehende – Aspekt der Datensicherheit insbesondere aufgrund der Bedrohung durch Cyberangriffe (Cybersicherheit).<sup>17</sup> Zu nennen sind hier die von der BaFin veröffentlichten MaRisk i.d.F. der 7. Novelle (insbes. AT 7.3 MaRisk)<sup>18</sup> sowie die bankaufsichtlichen Anforderungen an die IT (sog. BAIT; insbesondere Ziff. 5.6 und Ziff. 10 BAIT),<sup>19</sup> die eine Wirksamkeitskontrolle bzgl. der Informationssicherheitsmaßnahmen und das IT-Notfallmanagement beinhalten. Auch diese Vorgaben sind technologieneutral ausgestaltet.

Anders verhält sich das jedoch bei der Verbraucherkreditrichtlinie 2023, wo in Art. 18 Abs. 8 VerbrKrRL dezidiert „automatisierte Verfahren“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung thematisiert werden. Insofern ist dieser bankspe-

---

15 Näher *Buck-Heeb*, Robo Advice (Fn. 8), S. 183 ff.

16 ESMA, Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID II-Anforderungen an die Eignung, 6.11.2018, ESMA35-43-1163DE; siehe auch ESMA, Public Statement On the use of Artificial Intelligence (AI) in the provision of retail investment services, 30 May 2024, ESMA35-335435667-5924; dazu *Buck-Heeb*, MiFID II und der Einsatz von KI, Aufsichtliche Vorgaben für eine KI-gestützte Anlageberatung und Vermögensverwaltung, BKR 2024, 785 ff.

17 Dazu schon *Frise/Glaßl/Baranowski/Duwald*, Unternehmenssicherheit bei Banken – IT-Sicherheit, Know-how Schutz, Datensicherheit und Datenschutz, BKR 2018, 177 ff.

18 *BaFin*, Rundschreiben 05/2023 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, Stand: 18.10.2023.

19 *BaFin*, Rundschreiben 10/2017 (BA) – Bankaufsichtliche Anforderungen an die IT (BAIT), in der Fassung vom 16.8.2021.

zifische Regelungsansatz streng genommen nicht mehr vollumfänglich, sondern lediglich relativ technologieneutral. Erfasst sind hier nur solche Verfahren, die eine bestimmte Autonomiestufe erreicht haben und nicht allein eine menschliche Entscheidung vorbereiten. Das bedeutet gleichzeitig, dass Systeme, die die erforderliche Entwicklungshöhe („automatisiert“) nicht erreichen, nicht von der Regelung erfasst werden. Hier kommt – anders als etwa bei Art. 54 DelVO 2017/565 – der Definition dessen, was „automatisierte Verfahren“ sind, erhebliche Bedeutung zu.<sup>20</sup>

## b) Nicht-bankspezifische Regelungen

Hinzu kommt das Erfordernis der Beachtung der einschlägigen nicht-bankspezifischen Regelungen, die an den Aspekt der Automatisierung anknüpfen. Anzuführen ist hier zunächst die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).<sup>21</sup> Art. 22 DSGVO kommt bei Einsatz von KI-Systemen dann erhebliche Relevanz zu, wenn diese zu Entscheidungen mit rechtlicher oder vergleichbarer Wirkung führen. Diese Norm soll den Einzelnen davor schützen, zum bloßen Objekt des automatisierten Systems zu werden.<sup>22</sup>

Des Weiteren sind im bankrechtlichen Anwendungsbereich auch die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu beachten. Das könnte für Banken insbesondere im Zusammenhang mit der Kreditwürdigkeitsprüfung relevant werden. Allerdings ist u.a. umstritten, ob eine solche bzw. eine Kreditablehnung ein Massengeschäft iSd § 21 Abs. 1 AGG sein kann.<sup>23</sup> Aufgrund der zahlreichen Unsicherheiten bei der Anwendung

---

20 Näher unten bei III.2.

21 Zu den Anforderungen nach der DSGVO *Ashkar*, Wesentliche Anforderungen der DS-GVO bei Einführung und Betrieb von KI-Anwendungen, ZD 2023, 523 (524 ff.); *Baumgartner/Brunnbauer/Cross*, Anforderungen der DS-GVO an den Einsatz von Künstlicher Intelligenz, MMR 2023, 543 ff.

22 *Taeger*, in: ders./Gabel (Hrsg.), DSGVO - BDSG - TTDSG, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2022, Art. 22 DS-GVO Rn. 9.

23 *Buck-Heeb* (Fn. 9), WM 2023, 1634 m.w.N.; siehe auch *Spiecker gen. Döhmman/Towfigh*, Automatisch benachteiligt – Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und der Schutz vor Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungssysteme, Rechtsgutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, April 2023, S. 24, abrufbar unter [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/schutz\\_vor\\_diskriminierung\\_durch\\_KI.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/schutz_vor_diskriminierung_durch_KI.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

des AGG auf Fälle automatisierter Entscheidungen wird neuerdings eine Reform des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes gefordert.<sup>24</sup>

Zu nennen ist darüber hinaus die KI-Verordnung (sog. AI Act; VO (EU) 2024/1689). Sie gilt weitgehend ab dem 2. August 2026 (Art. 113 KI-VO).<sup>25</sup> Die KI-Verordnung basiert hinsichtlich der Intensität der Regulierung auf der Einordnung bestimmter Handlungen in Risikokategorien. Sie ist damit risikobasiert. Bei höherem Risiko steigen die vorgesehenen Pflichten. Die Verordnung knüpft dabei an bestimmte Anwendungen an. So wird in Bezug auf den Bankenbereich etwa eine KI-basierte Kreditwürdigkeitsprüfung als Hochrisiko-KI eingestuft. Als Hochrisiko-KI gelten Systeme, von denen eine erhebliche Bedrohung für die Gesundheit, Sicherheit oder die Grundrechte der Einzelnen ausgeht. Auch wenn diese Einordnung der Kreditwürdigkeitsprüfung auf den ersten Blick verwundert, lässt sie sich doch damit erklären, dass die Kreditwürdigkeit zentrale Bedeutung für die Teilhabe an den Gewährleistungen der modernen Gesellschaft, wie etwa Wohnraum, Elektrizität, Telekommunikationsdienstleistungen usw. hat (vgl. Erwägungsgrund 58 S. 5 KI-VO).

Da deshalb auch die Kreditwürdigkeitsprüfung zum Kreis der entsprechend gefährlichen Bereiche gezählt wird, gelten hierfür strenge organisatorische sowie technische Anforderungen. Daraus leitet sich ab, dass alle anderen Einsatzbereiche von KI im Bankensektor<sup>26</sup> grds. zu den Nicht-Hochrisiko-KI-Systemen bzw. den Systemen mit minimalem oder keinem Risiko gehören. Der KI-Einsatz bei der Anlageberatung oder der Vermögensverwaltung (Robo Advice) stellt daher grds. lediglich eine KI-Anwendung mit geringem Risiko und damit geringen regulatorischen Pflichten dar.

Sonderregelungen hat der europäische Gesetzgeber in der KI-Verordnung jedoch nunmehr für den Einsatz von generativer KI, wie etwa ChatGPT, geschaffen. Je nachdem wie wirkmächtig das konkrete KI-Modell ist, sind entsprechende abgestufte „Pflichten“ zu erfüllen. Insofern kommt es für die Beurteilung der Voraussetzungen an die o.g. sonstigen Einsatzbereiche von KI bei Banken darauf an, ob im Einzelfall generative KI eingesetzt wird oder nicht.

---

24 Siehe das Rechtsgutachten von *Spiecker gen. Döhmman/Towfigh* (Fn. 23), S. 24.

25 ABl. EU NR. L vom 12.7.2024.

26 Siehe oben bei II.1.

### 3. Vermeidung von Diskriminierung

Bei sog. selbstlernender KI besteht die Gefahr, dass sie aufgrund der bloßen mathematischen Rechenoperationen beim Lernprozess eine Diskriminierung bestimmter Personen begünstigt. Eines der Hauptziele der verschiedenen regulatorischen Ansätze<sup>27</sup> liegt darin, eine Diskriminierung von Individuen durch den Einsatz von KI zu vermeiden.<sup>28</sup> In einem „algorithmic bias“, d.h. der systematischen Verzerrung von Ergebnissen,<sup>29</sup> und daraus abgeleitet einer Diskriminierung wird eines der großen Risiken im Hinblick auf den KI-Einsatz gesehen.<sup>30</sup> Dies gilt auch in Bezug auf die KI-Anwendungen in Banken.

Das spiegelt sich im Zusammenhang mit den einzelnen Regelungen wieder. Zwar liegt der Hauptzweck der DSGVO nicht in einem Diskriminierungsschutz, allerdings gilt das Risiko der diskriminierenden Wirkung als von den Zielen der Verordnung mit umfasst (siehe Erwägungsgrund 85 S.1 DSGVO, vgl. auch Erwägungsgrund 71 und 75 DSGVO).<sup>31</sup> So sieht etwa Art. 22 Abs. 3 DSGVO vor, dass bei ausnahmsweise erlaubter Automatisierung der Datenverwender dem Betroffenen bestimmte Maßnahmen zugestehen muss, die jenem ermöglichen nachzuvollziehen, ob im Einzelfall eine Diskriminierung vorliegt. Nur dann kann der Betroffene ggf. auch gegen eine solche vorgehen.

Vergleichbares sieht auch nunmehr Art. 18 Abs. 8 Verbraucherkreditrichtlinie 2023 vor, wonach die Mitgliedstaaten bei einer automatisierten Verarbeitung im Rahmen der Kreditwürdigkeitsprüfung bestimmte Rechte des Verbrauchers vorzusehen haben.<sup>32</sup> Wie in der DSGVO ist ein Recht auf

---

27 Siehe oben II.2.

28 Panzer-Heemeier/Nemat, Digitale Ethik – Eine neue Chance für ESG-Compliance, CCZ 2022, 223 (228); Feldkamp/Kappler/Poretschkin/Schmitz/Weiss, Rechtliche Fairnessanforderungen an KI-Systeme und ihre technische Evaluation – Eine Analyse anhand ausgewählter Kredit-scoring-Systeme unter besonderer Berücksichtigung der zukünftigen europäischen KI-Verordnung, ZfDR 2024, 60 ff.; allgemeiner zur Diskriminierung durch Künstliche Intelligenz Lauscher/Legner, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung, ZfDR 2022, 367 ff.

29 BaFin, Prinzipienpapier BDAI (Fn. 14), S. 8.

30 ESMA, Risk Analysis (Fn. 8), S. 17.

31 Werry, Generative KI-Modelle im Visier der Datenschutzbehörden, MMR 2023, 911 (914); vgl. auch Schild, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 1.II.2023, Art. 4 DS-GVO Rn. 188.

32 Langenbucher, Diskriminierung bei der Vergabe von Verbraucherkrediten?, BKR 2023, 205 (noch zum Entwurf).



menschliche Überprüfung der automatisierten Entscheidung, ein Recht zur Erläuterung der Logik und der Risiken der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten und die Darlegung der Bedeutung für die Entscheidung und ihrer Auswirkungen auf sie, ein Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts sowie ein Recht auf Überprüfung der Kreditwürdigkeitsprüfung und der Entscheidung über die Kreditgewährung enthalten. Ein „Recht auf Anfechtung“ wie in der DSGVO ist aber nicht (mehr) vorgesehen.<sup>33</sup>

Aber nicht nur die DSGVO im Allgemeinen und die Verbraucherkreditrichtlinie 2023 speziell für die Kreditvergabe (siehe Art. 6 VerbrKrRL), sondern auch die KI-Verordnung enthalten Regelungen zur Diskriminierung bei Einsatz von KI-basierten Algorithmen.<sup>34</sup> Die KI-Verordnung hebt insbesondere im Hinblick auf die als Hochrisikobereich eingestufte Kreditwürdigkeitsprüfung<sup>35</sup> hervor, „KI-Systeme, die zu diesem Zweck eingesetzt werden, können zur Diskriminierung von Personen oder Gruppen führen und historische Diskriminierungsmuster, wie etwa aufgrund der rassischen oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, fortzuschreiben oder neue Formen von Diskriminierung mit sich bringen“ (Erwägungsgrund 58 S. 6 KI-VO). Auch die finanzinstitutsbezogene MaRisk der BaFin sieht vor, dass aufsichtlich überprüft wird, ob im Rahmen einer automatisierten Kreditvergabe unzulässigerweise diskriminierende Parameter eingesetzt werden.

Die BaFin hatte in einer Untersuchung von 2023 festgestellt, dass die Kreditwirtschaft schon länger an einem Ausschluss von Diskriminierung durch ein algorithmisches Verfahren arbeitet. Die Institute verwenden inzwischen etwa kritische Merkmale (Wohnort, Herkunft usw.) nicht mehr als Parameter für ihre Risikoklassifizierungsverfahren.<sup>36</sup> Allerdings geht es dann, wenn selbstlernende Systeme eingesetzt werden, nicht nur um den Input von Datensätzen und Modellvorgaben, sondern auch darum, die selbstlernenden Prozesse des Systems hinsichtlich einer Diskriminierung zu überwachen. Auch wenn der Dateninput nicht diskriminierend ist, besteht die Gefahr, dass das System automatisiert-selbstlernend eine Diskriminierung vornimmt. Dies gilt es zu vermeiden, was die Institute angesichts

---

33 Zur unklaren Bedeutung dieses Begriffs *Taeger* (Fn. 22), Art. 22 DS-GVO Rn. 70; v. *Lewinski*, in: Wolff et al. (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 32), Art. 22 DS-GVO Rn. 50.

34 *Langenbacher* (Fn. 33), BKR 2023, 205.

35 Siehe oben bei II.2.b).

36 *Kelp/Schneider*, Algorithmus (Fn. 5).

der sog. Black Box-Problematik vor erhebliche Herausforderungen stellt. Festhalten lässt sich aber, dass der gesamte Prozess der bankbezogenen Automatisierung, d.h. von der Entwicklung bis zur Anwendung, dem Diskriminierungsschutz unterliegt.

#### 4. Zwischenergebnis

Die einzelnen Regelungsbereiche, die beim Einsatz von KI in Banken berührt sein können, unterscheiden sich elementar. Die bankenspezifischen Regelungen sind – anders als etwa die Bestimmungen der DSGVO oder der KI-Verordnung – jedenfalls zumeist technologieneutral. Das bedeutet, dass deren Anwendung nicht davon abhängig ist, ob im Einzelfall eine nur teilweise oder eine vollständige Automatisierung bzw. eine entsprechende selbstlernende KI-Anwendung vorliegt. Die KI-Verordnung dagegen zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht nur risikobasiert ist, sondern sich auf bestimmte Anwendungsgebiete bezieht. Die konkreten Anwendungen werden in Risikokategorien eingeteilt und daraus der jeweilige Grad an Regulierungsintensität abgeleitet.

### III. Einige Problembereiche der praktischen Anwendung

#### 1. Anwendbare Bestimmungen und zuständige Aufsichtsbehörden

##### a) Anwendbare Bestimmungen

Schwierigkeiten kann den Banken beim Einsatz KI-bezogener Anwendungen schon das Herausfiltern der konkret anwendbaren Normen bereiten. Wie gezeigt, können sowohl bankspezifische als auch nicht-bankspezifische Regelungen relevant sein. Dabei ist das Verhältnis der einzelnen Regelungen zueinander bislang noch völlig unklar. Im Vorfeld erhobene Bedenken der Banken bzgl. einer Doppelregulierung fanden kein Gehör.<sup>37</sup> Ob nunmehr aufgrund der zahlreichen Regulierungsansätze eine solche zu verzeichnen ist, ist bislang soweit ersichtlich noch nicht untersucht worden.

---

37 *Bankenverband*, Positionspapier zum EU-Regulierungsrahmen für Künstliche Intelligenz, 8.6.2022, S. 2 f., abrufbar unter [https://bankenverband.de/files/2022-08/migration/files/KI\\_PP\\_final.pdf](https://bankenverband.de/files/2022-08/migration/files/KI_PP_final.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

Auch die Regelungen selbst geben kaum Aufschluss. Zwar knüpft die Verbraucherkreditrichtlinie von 2023 einerseits an die KI-Verordnung und andererseits an die DSGVO an. Ein Rangverhältnis wird jedoch nicht festgelegt. Jedenfalls die – noch in nationales Recht umzusetzenden – Bestimmungen der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 und die DSGVO sollen wohl nebeneinander Anwendung finden (siehe Erwägungsgrund 56 S.3 VerbrKrRL).<sup>38</sup> Das scheint auch für das Verhältnis der KI-Verordnung zur DSGVO zu gelten (Erwägungsgrund 56 S.1 VerbrKrRL). Erst die konkrete Rechtsanwendung wird aber zeigen, wo sich Überschneidungen oder Widersprüche ergeben. Das ist nicht nur für die Banken im Hinblick auf zu treffende Vorkehrungen, sondern auch für die Kunden in Bezug auf die Feststellung eines Verstoßes durch die Banken, misslich.

#### b) Zuständige Aufsichtsbehörde

Darüber hinaus ergibt sich das Problem der verschiedenen zuständigen Aufsichtsbehörden in den unterschiedlichen, teilweise kumulativ betroffenen Regelungsbereichen. Für die Aufsicht über die Einhaltung der bankspezifischen Regelungen ist die BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) zuständig. Das gilt etwa auch bzgl. der automatisierten Verarbeitung in Art. 18 Abs. 8 VerbrKrRL 2023.

Dagegen wird die Einhaltung der DSGVO-Bestimmungen durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit bzw. die Landesdatenschutzbeauftragten als zuständige Behörde sichergestellt.<sup>39</sup> Das bedeutet, dass der Begriff der automatisierten Verarbeitung iSd Art. 22 DSGVO zunächst von diesen näher bestimmt wird. Eine Einheitlichkeit schon allein in der Auslegung der DSGVO wird erst nach einer Klage und in der Folge einem Vorlageverfahren vor dem EuGH erreicht sein können.

Welche nationale Behörde in Bezug auf die Einhaltung der KI-Verordnung zuständig sein wird, ist noch offen. Hier verweist die Verordnung auf das jeweilige nationale Recht, das eine zuständige Behörde benennen soll. Diskutiert wird u.a., eine neue Behörde zu schaffen, was die Zuständigkeiten noch weiter „auffächern“ würde. Problematisch erscheint dies vor allem

---

<sup>38</sup> Buck-Heeb (Fn. 5), BKR 2023, 143.

<sup>39</sup> Forgó/Skorjanc, Datenschutz, in: Möslin/Omlor (Hrsg.), FinTech-Handbuch (Fn. 4), § 15 Rn. 123.

deshalb, weil, wie erwähnt, das Zusammenspiel der unterschiedlichen Regelungen noch nicht klar umrissen ist.<sup>40</sup>

Hinzu kommt, dass bestimmte Termini in unterschiedlichen Gesetzen jeweils anders ausgelegt werden könnten. Das ist zwar dann unproblematisch, wenn deren Sinn und Zweck jeweils ein anderer ist. Ob das aber im vorliegenden Kontext stets der Fall ist, ist noch unklar. Als Beispiel kann der Begriff des automatisierten Verfahrens herangezogen werden, der im Rahmen der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 von der BaFin und im Rahmen der DSGVO von den oben genannten Datenschutzbeauftragten ausgelegt wird.

Noch zusätzlich erschwert wird das Zusammenspiel der einzelnen Aufsichtsbehörden dadurch, dass in der finalisierten KI-Verordnung, anders als noch im Entwurf der Verordnung, zusätzlich die Schaffung eines sog. AI Offices durch die EU-Kommission vorgesehen ist.<sup>41</sup> Dieses soll als Marktüberwachungsbehörde bzgl. der generativen KI-Modelle (GPAI Models) dienen (Erwägungsgrund 116 KI-VO). Da im Übrigen nach wie vor die nationalen Aufsichtsbehörden zuständig sein sollen, wird sich auch hier die Frage nach dem Zusammenwirken der Behörden stellen.

## 2. Mangel einer einheitlichen Definition von KI und automatisierter Entscheidung

Während die KI-Verordnung an den Begriff der „Künstlichen Intelligenz“ anknüpft, stellen andere Normen, wie die der DSGVO, der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 und der DelVO 2017/565 auf den Terminus der Automatisierung ab. Ob eine „automatisierte Entscheidung“ bzw. ein „automatisiertes Verfahren“ stets mit „KI“ gleichzusetzen ist, ist bislang nicht geklärt.

### a) Begriff der Künstlichen Intelligenz

Bei der Schaffung der KI-Verordnung hatte es im Vorfeld der finalen Regulierung eine heftige Debatte um die Definition von „KI“ gegeben. An der Vorschlagsfassung der EU-Kommission wurde bemängelt, dass nahezu jede digitalisierte Anwendung darunterfalle, die Umschreibung daher zu

---

40 *Roth-Isigkeit*, Grundstrukturen der geplanten KI-Aufsichtsbehörden – KI-Bürokratie?, ZRP 2022, 187 ff.

41 *Bomhard/Siglmüller* (Fn. 25), RD i 2024, 52.

allgemein sei.<sup>42</sup> Nunmehr ist die Definition zwar in Art. 3 Nr. 1 KI-VO enger gefasst worden. Die Schwierigkeiten dürften damit jedoch noch nicht beendet sein.<sup>43</sup> Außerdem gibt es inzwischen zusätzlich spezielle Regelungen, insbesondere Dokumentations- und Konzeptionsanforderungen, für generative KI-Anwendungen (Art. 51 ff. KI-VO).<sup>44</sup>

Auch wenn der Bereich der besonders streng regulierten Hochrisiko-KI klar umrissen wird, bleiben für die Rechtsanwender zahlreiche Unsicherheiten. Die EU-Kommission kann nachträglich noch neue Bereiche als Hochrisiko-KI einstufen. Erforderlich erschien dies, weil die technischen Entwicklungen und damit das Potenzial von KI rasch voranschreiten. Für den Rechtsanwender und damit auch die Banken stellt dies jedoch bei der Implementierung von KI-Systemen einen Faktor der Rechtsunsicherheit dar. Weitere Rechtsunsicherheit ergibt sich daraus, dass derzeit noch die von der EU-Kommission auszuarbeitenden, konkretisierenden Leitlinien für die praktische Umsetzung der KI-Verordnung fehlen (Art. 96 KI-VO).

#### b) Begriff der automatisierten Entscheidung bzw. des automatisierten Verfahrens

Auch bzgl. des Begriffs der ausschließlich automatisierten Entscheidung iSd DSGVO bestehen noch Unsicherheiten.<sup>45</sup> Das liegt u.a. daran, dass die Grenzen zwischen klassischen und damit „noch nicht vollkommen automatisierten“ und „automatisierten“ Verfahren fließend sind.<sup>46</sup> Das Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO gilt aber nur dann, wenn die Entscheidung „ausschließlich“ auf einer automatisierten Verarbeitung beruht und nicht nur als Grundlage einer menschlichen Entscheidung dient.<sup>47</sup> Immerhin besteht im Schrifttum Einigkeit darüber, dass das Vorliegen einer ausschließlich

---

42 Steege, Definition von Künstlicher Intelligenz in Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E, MMR 2022, 926 (927 ff.); Roos/Weitz, Hochrisiko-KI-Systeme im Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung, MMR 2021, 844 (850); Hacker/Benz, Der AI Act der Europäischen Union – Überblick, Kritik und Ausblick, ZRP 2023, 226 (227).

43 Positiver Bomhard/Siglmüller (Fn. 25), RD i 2024, 45.

44 Bomhard/Siglmüller (Fn. 25), RD i 2024, 50 f.

45 Buck-Heeb (Fn. 5), BKR 2023, 139 f. m.w.N.; Horstmann/Dalmer, Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung, ZD 2022, 260 ff.; Forgó/Skorjanc, Datenschutz (Fn. 40), Rn. 88 ff.

46 Vgl. BaFin, Prinzipienpapier BDAI (Fn. 14), S. 3.

47 Ashkar (Fn. 21), ZD 2023, 530.

automatisierten Entscheidung nicht dadurch vermieden werden kann, dass eine bloß formale menschliche Mitwirkungshandlung erfolgt.<sup>48</sup> Auch wird einhellig davon ausgegangen, dass bloße Programmablaufpläne oder andere Ablaufdiagramme als Algorithmen im engeren Sinne nicht unter Art. 22 DSGVO fallen.<sup>49</sup>

Vorausgesetzt wird im Schrifttum eine „ernstzunehmende fachliche inhaltliche Überprüfung durch eine natürliche Person“.<sup>50</sup> Wann aber der menschliche Entscheidungsspielraum so weit eingeeengt ist, dass eine „ausschließlich automatisierte Entscheidung“ vorliegt, ist mangels entsprechender Judikatur unklar.<sup>51</sup>

Eine weitere Voraussetzung für das Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist, dass die Entscheidung der betroffenen Person gegenüber „rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt“. Dabei werden im Schrifttum unterschiedliche Ansichten vertreten, wann eine solche rechtliche Wirkung gegeben sein soll.<sup>52</sup> In der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 wird eine vergleichbare rechtliche Wirkung nicht verlangt.

Ob der Begriff der „automatisierten Verarbeitung“ der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 identisch zu verstehen ist wie derjenige der „automatisierten Entscheidung“ bzw. „automatisierten Verarbeitung“ der DSGVO, ist bislang noch offen. Das Verhältnis der beiden Regelungen wird nicht klargestellt, sondern lediglich in Erwägungsgrund 56 S. 3 VerbrKrRL darauf hingewiesen, die in der Richtlinie zugestandenen Rechte bzgl. einer automatisierten Verarbeitung sollten „unbeschadet“ der DSGVO gewährt werden. Auch wenn dies für ein Nebeneinander der Bestimmungen spricht, fragt sich, wie mit Fällen der faktischen Doppelregulierung umzugehen ist. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund der Zuständigkeit unterschiedlicher Aufsichtsbehörden<sup>53</sup> zu sehen.

Das Verhältnis der Verbraucherkreditrichtlinie 2023 zur KI-Verordnung wird in Erwägungsgrund 56 S. 1 VerbrKrRL nur kurz gestreift. In Bezug auf die Bewertung der Kreditwürdigkeit wird die KI-Verordnung erwähnt, ohne dass aber nähere Hinweise zum Verhältnis dieser Vorschriften erfolgen.

48 Horstmann/Dalmer (Fn. 46), ZD 2022, 262.

49 v. Lewinski (Fn. 34), Art. 22 DS-GVO Rn. 22.

50 Taeger (Fn. 22), Art. 22 DS-GVO Rn. 29.

51 v. Lewinski (Fn. 34), Art. 22 DS-GVO Rn. 25.1.

52 Taeger, Externes Scoring als „automatisierte Entscheidung im Einzelfall“ über eine Kreditgewährung, BKR 2024, 41 (43 f.); Buck-Heeb (Fn. 9), WM 2023, 1631 f.

53 Siehe oben bei III.1.b).

### c) Abgrenzungen

Eine KI bzw. eine automatisierte Entscheidung ist für zahlreiche Regelungen von der bloßen „einfachen“ Anwendung von KI-Systemen abzugrenzen, bei denen das eingesetzte System ein lineares „Wenn-Dann-Schema“ eines vom Menschen festgelegten Algorithmus abarbeitet. In diesem Fall wird jedenfalls nicht von einer „ausschließlich automatisierten Entscheidung“ bzw. Verarbeitung iSd DSGVO gesprochen werden können. Hier trifft nämlich nicht das System auf der Basis von selbstlernenden Mechanismen eine Entscheidung, sondern der Mensch gibt diese abstrakt-verbindlich vor.

Anders ist das bei einer KI, die autonom ihren Algorithmus und damit den Weg vom Input zum Output schreibt. Sie basiert lediglich auf vom Menschen zur Verfügung gestellten Daten, aus denen sie Muster erkennt und selbst „lernt“, das vordefinierte Ziel zu erreichen und zudem den Algorithmus kontinuierlich fortzuschreiben.<sup>54</sup>

### 3. Transparenz und Erklärbarkeit von KI

In Bezug auf die von Banken eingesetzten KI-Systeme betonen die BaFin und die ESMA die Notwendigkeit der Erklärbarkeit der KI („explainable AI“ oder „XAI“).<sup>55</sup> Eine sog. Black Box wird nicht akzeptiert. XAI-Techniken sieht die Aufsicht hinsichtlich der Abmilderung der „Blackbox“-Eigenschaft der Systeme positiv, allerdings wird einschränkend angemerkt, dass diese Ansätze selbst ebenso Modelle mit Annahmen und Schwächen darstellen.<sup>56</sup> Die Verantwortung für die Erklärbarkeit wird dem jeweiligen Institut zugewiesen.<sup>57</sup> Können die einzelnen Schritte der KI nicht erklärt werden, geht dies zu deren Lasten. Nach Ansicht der BaFin müssen „zumindest Einblicke in die Funktionsweise des Modells und die Gründe für Entscheidungen erzielt werden können“.<sup>58</sup> In ihrer Risikoübersicht für 2024

---

54 Hoeren/Niehoff, KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen, RW 2018, 47 (58).

55 BaFin, Prinzipienpapier BDAI (Fn. 14), S. 9 f.; ESMA, Risk Analysis (Fn. 8), S. II f.

56 BaFin, Big Data und Künstliche Intelligenz, 1.9.2022, abrufbar unter [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/InnovativeFinanztechnologien/BDAI/BDAI\\_artikel.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/InnovativeFinanztechnologien/BDAI/BDAI_artikel.html) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

57 Siehe Buck-Heeb (Fn. 9), WM 2023, 1629.

58 BaFin, Big Data trifft auf Künstliche Intelligenz, 15.6.2018, S. 13, S. 175.

weist die BaFin nochmals darauf hin, dass KI-Modelle nur eingesetzt werden dürfen, „wenn solche fehlende Nachvollziehbarkeit vermieden wird“.<sup>59</sup>

Die ESMA sieht das ebenso, betont hierbei aber auch die Notwendigkeit, die richtige Balance zwischen den unterschiedlichen Interessen zu finden.<sup>60</sup> Wie weit die Erklärbarkeit gehen soll, ist bislang noch nicht genau umrissen.

Auch außerhalb des Zuständigkeitsrahmens der Finanzaufsichtsbehörde spielt die Erklärbarkeit von KI eine erhebliche Rolle. So enthalten die Art. 12 ff. DSGVO, insbesondere Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO, bei automatisierter Entscheidungsfindung bestimmte Informationspflichten gegenüber dem jeweils Betroffenen. Erklärbarkeit meint hier die Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit für diesen. Informiert werden soll nach einer Ansicht nicht nur über die technischen Schritte der Datenverarbeitung bzw. der Verarbeitung von Trainingsdaten, sondern auch über den Anwendungszusammenhang und die Auswirkungen der KI-gestützten Ergebnisse auf den Einzelnen.<sup>61</sup>

Nach h.M. bedeutet jedoch eine aussagekräftige Information zur involvierten Logik nicht, dass der Algorithmus selbst mitzuteilen ist.<sup>62</sup> Die Reichweite der Informationspflicht und damit, welche genauen Anforderungen an die Erklärbarkeit des jeweiligen Systems zu stellen sind, ist im Schrifttum heftig umstritten. Schwierigkeiten bereitet die Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben insbesondere im Hinblick auf die hier zur Diskussion stehenden selbstlernenden Algorithmen, da diesen naturgemäß aufgrund der eigenständigen Rechenoperationen ein gewisses Maß an Unvorhersehbarkeit innewohnt.<sup>63</sup>

Als in der Praxis problematisch erweist sich zudem, dass gemäß Art. 12 Abs. 1 DSGVO die Informationen „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ erteilt

---

59 BaFin, Risiken im Fokus der BaFin 2024, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/RIF/Risiken\\_im\\_Fokus\\_2024.pdf?jsessionid=B1FB3CB58FD0F61DAFE9DE28D9EA2F74.internet942?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/RIF/Risiken_im_Fokus_2024.pdf?jsessionid=B1FB3CB58FD0F61DAFE9DE28D9EA2F74.internet942?__blob=publicationFile&v=6) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

60 ESMA, Risk Analysis (Fn. 8), S. 11 f.

61 So Baumgartner/Brunnbauer/Cross (Fn. 21), MMR 2023, 544.

62 Paal, in: ders./Pauly (Hrsg.), DS-GVO - BDSG, 3. Aufl., München 2021, Art. 13 DS-GVO Rn. 31b.

63 Vgl. Käde/v. Maltzan, Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI) – Entmystifizierung der Black Box und Chancen für das Recht, CR 2020, 66 ff.; vgl. auch Bäcker, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO, BDSG – Kommentar, 4. Aufl., München 2024, Art. 13 DS-GVO Rn. 52 ff.



werden müssen. Ob und inwiefern sich aus der Herausgabe aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO) ein Recht auf Erklärung („right to explanation“) ergibt und was ein solches dann umfassen soll, ist im Schrifttum ebenso heftig umstritten.<sup>64</sup> Einschlägige Rechtsprechung liegt soweit ersichtlich bislang nur in Ansätzen vor.

Dass es sich dabei nicht nur um theoretische Erwägungen handelt, zeigt das Beispiel der DKB, die wegen Verletzung dieser Regelung im Jahr 2023 ein Bußgeld in Höhe von 300.000 EUR zahlen musste. Die Bank hatte sich einem Kunden gegenüber geweigert, nachvollziehbar darzulegen, weshalb sein online gestellter Kreditkartenantrag abgelehnt wurde. Dabei war die Besonderheit, dass für die Prüfung des Antrags ein Algorithmus verwendet wurde, der anhand vorgegebener Parameter entschied.<sup>65</sup>

Ein Recht auf Erklärbarkeit hatte das EU-Parlament auch im Hinblick auf die KI-Verordnung in seinem Vorschlag vom Sommer 2023 verlangt.<sup>66</sup> Bemängelt worden war, dass die Verordnung nicht die Maßstäbe für die Erklärbarkeit von KI regele und festlege, wann eine algorithmische Diskriminierung vorliege.<sup>67</sup> Festhalten lässt sich jedenfalls, dass die gesetzgeberischen Vorgaben im Hinblick auf eine Nachvollziehbarkeit bzw. Erklärbarkeit von KI-gestützten Entscheidungen noch sehr ungenau sind, sodass für die Anwender eine große Rechtsunsicherheit herrscht.

#### IV. Zivilrechtliche Haftung

Den oben angeführten Rechtsunsicherheiten kommt auch im Kontext einer möglichen zivilrechtlichen Haftung der Banken erhebliche Bedeutung zu. Abgesehen von einer Schadensersatzhaftung aus Art. 82 DSGVO, wird es

---

64 Vgl. *Franck*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DS-GVO, BDSG – Kommentar, 3. Aufl., München 2022, Art. 15 DS-GVO Rn. 18.

65 *Kuhn*, Warum die DKB für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz 300.000 Euro Strafe zahlen muss, Wirtschaftswoche v. 2.6.2023, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/technologie/digitale-welt/bussgeld-wegen-datenschutzverstosses-warum-die-dkb-fuer-den-einsatz-von-kuenstlicher-intelligenz-300-000-euro-strafe-zahlen-muss/29184396.html> (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

66 *Becker/Feuerstack*, Der neue Entwurf des EU-Parlaments für eine KI-Verordnung, MMR 2024, 22 (26).

67 *Ebers*, Kontroverse KI-Verordnung, NJW Editorial v. 20.5.2021, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/kontroverse-ki-verordnung> (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).

dabei vor allem um eine deliktische Haftung gehen. Mit dem Entwurf einer KI-Haftungsrichtlinie<sup>68</sup> sind schon erste Ansätze einer gesetzlich verordneten Beweiserleichterung in der Diskussion. Im Zentrum der Überlegungen wird bei der Deliktshaftung stehen, welche der o.g. Normen ein zivilrechtliches Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB sein können. Das wird insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung zu überlegen sein. Auch unter diesem Aspekt ist der konkrete Anwendungsbereich dieser bank- bzw. KI-bezogenen Regelungen elementar. Da die Diskussion hierzu erst am Anfang steht, ergibt sich sowohl für die Banken als auch die Kunden Rechtsunsicherheit.

## V. Resümee

Schon an den aufgeführten exemplarischen Schwierigkeiten im praktischen Umgang mit den KI-bezogenen Regelungen zeigt sich, dass die deutschen Banken beim Einsatz von KI-Systemen nicht nur technische Hürden überwinden müssen. Vielmehr stehen sie vor der Herausforderung, auch die rechtlichen Anforderungen zu meistern. Hier gilt es, so weit wie möglich ein sicheres rechtliches Umfeld zu schaffen, damit die deutschen Banken im internationalen Wettbewerb nicht noch weiter außen vor bleiben. Unstreitig ist, dass KI das Potenzial hat, das Banking in all seinen Facetten grundlegend neu zu gestalten. Insofern gilt insbesondere für den KI-Einsatz das, was einer der BaFin-Direktoren in einem Kurzkomentar treffend angemerkt hat: „Eines wird immer bleiben: die Veränderung“.<sup>69</sup>

---

68 COM/2022/496 final vom 28.9.2022.

69 BaFin, „Eines wird immer bleiben: die Veränderung“, BaFinJournal v. 31.8.2023, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2023/fa\\_bj\\_2308\\_Kurzkomentar\\_Grund\\_VA\\_Jahreskonferenz\\_2023.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2023/fa_bj_2308_Kurzkomentar_Grund_VA_Jahreskonferenz_2023.html) (zuletzt abgerufen am 30.10.2024).