

Berlin, 13. Oktober 2023

Deutsche Industrie- und Handelskammer

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen – Entwurf eines Gesetzes über die Digitalisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktdigitalisierungsgesetz – FinmadiG), Stand 23. Oktober 2023

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o. g. Gesetzentwurf. Wir beschränken uns – auch im Hinblick auf die sehr kurze Rückmeldungsfrist - bei unserer Stellungnahme auf die Änderungen der Gewerbeordnung nach Artikel 9 FinmadiG und die im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) vorgesehenen Änderungen, welche die Industrie- und Handelskammern (IHKs) als zuständige Erlaubnis- und Aufsichtsbehörden betreffen.

Grundlage dieser Stellungnahme sind die der DIHK bis zur Abgabe der Stellungnahme zugegangenen Äußerungen der IHKs sowie die wirtschaftspolitischen Positionen der DIHK (hier insbesondere zur Gewerbefreiheit).

Gemäß der verabschiedeten Wirtschaftspolitischen Positionen gehört die Gewerbefreiheit zu den Grundprinzipien unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung. Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln engen die Gewerbefreiheit ein, z. B. durch Erlaubnis- und Register-, aber auch durch Informations- und Aufzeichnungspflichten. Insbesondere vor Einführung weiterer Berufszugangs- und Berufsausübungsregelungen bedarf es der Prüfung, ob Eingriffe in die Gewerbefreiheit jeweils geeignet, erforderlich und angemessen sind. Notwendige Einschränkungen der Gewerbefreiheit sollten möglichst wirtschaftsfreundlich ausgestaltet sein und nicht mehr als erforderlich in die Rechte der betroffenen Unternehmen eingreifen (Übermaßverbot).

A. Das Wichtigste in Kürze – Kernthesen

1. Grundsätzlich werden die aktuellen Entwicklungen im Hinblick auf die gewerberechtlich regulierten Finanzdienstleistungsberufe kritisch gesehen. Sie gehen mit einer immer weiter steigenden Belastung für die betroffenen Wirtschaftszweige einher. Zudem ist unter kammerrechtlichen Aspekten fraglich, ob die hoheitlichen Aufgaben im Zusammenhang mit dem DORA-Paket für die Wahrnehmung in Selbstverwaltung überhaupt noch Raum lassen.

Auch handelt es sich bei den in Frage stehenden Regelungen nicht um originär gewerbe-rechtliche, sondern um spezialgesetzliche Anforderungen.

2. Der erhöhte fachspezifische Personalbedarf erfordert innerhalb der IHK-Organisation umfangreicher Abstimmungen und langfristiger Planungen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Thema - unter Einbeziehung aller Ebenen und der jeweils zuständigen Gremien - war uns angesichts der kurzen Frist zur Stellungnahme nicht möglich.
3. § 34d Abs. 13 GewO-E sieht nunmehr auch die Übertragung der Zuständigkeit der IHKs für die gebundenen Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 1 Nr. 7 GewO im Anwendungsbereich von DORA vor. Dies ist aus rechtlichen und praktischen Gründen nicht sinnvoll und wird abgelehnt. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) übt mit der (unmittelbaren) Aufsicht über die Versicherungsunternehmen mittelbar auch die Aufsicht über die gebundenen Versicherungsvertreter aus. Mangels Erlaubnis fehlt es bei diesen Vermittlern an der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit der IHKs. Vielmehr sind sie über die Verantwortlichkeit der haftungsübernehmenden Versicherungsunternehmen nach den Regelungen des VAG (§ 48 Abs. 2 Nr. 1 VAG) in das Aufsichtsregime der BaFin eingebunden. Es ist zudem davon auszugehen, dass viele gebundene Vermittler auch auf die vorhandene Infrastruktur der Versicherungsunternehmen zurückgreifen können. Auch vor diesem Hintergrund ist nicht verständlich, warum gerade im Bereich der Cybersicherheit, d. h. im Anwendungsbereich von DORA, von dem bewährten Aufsichtsregime abgewichen werden soll.
4. § 34d Abs. 13 GewO-E fügt sich nicht in die Gesamtsystematik des Gesetzesentwurfs ein. Die in § 29a GewO-E geregelten Aufsichtsbefugnisse beziehen sich nur auf Erlaubnisinhaber nach § 34d Absatz 1 und Absatz 2 GewO. Die in § 308d VAG-E geregelten besonderen Befugnisse der BaFin erfolgen im Anwendungsbereich des VAG. Sie beziehen sich somit auch auf die mittelbare Aufsicht über die gebundenen Versicherungsvermittler.
5. Mit der Vorschrift des § 34d Abs. 13 GewO-E wird auch die IHK-Zuständigkeit für die Ordnungswidrigkeiten begründet. Dies wird – jedenfalls auf Bundesebene - abgelehnt.

B. Relevanz für die deutsche Wirtschaft

Das geplante Gesetz ist für die deutsche Wirtschaft relevant. Der Referentenentwurf des Fin-madiG enthält u. a. Regelungen zur Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2554 (im Folgenden DORA-VO). Ziel des Vorhabens ist es, die digitale operationale Resilienz bei Finanzunternehmen zu erhöhen. Cyberangriffe haben in den letzten Jahren kontinuierlich zugenommen. Besonders davon betroffen ist der Finanzsektor. Das Ziel der Verordnung (EU) 2022/2554 und der Richtlinie (EU) 2022/2556 ist es deshalb, die Cybersicherheit des Finanzsektors insgesamt zu stärken. Hierzu werden für alle Finanzunternehmen einheitliche Anforderungen für die Sicherheit von Netzwerk- und Informationssystemen, die die Geschäftsprozesse von Finanzunternehmen unterstützen, aufgestellt. Als vorgesehene zuständige Aufsichten für Versicherungsvermittler/-berater sind – neben den betroffenen Unternehmen – hier auch die IHKs direkt durch das Gesetzesvorhaben betroffen.

C. Allgemeine Einführung - Allgemeiner Teil

Grundsätzlich erscheinen die Maßnahmen der DORA-VO überzogen, doppeln sich teilweise mit weiteren Aufsichtspflichten durch andere Behörden in Bezug auf die Datenschutzgrundverordnung bzw. die Umsetzung von KRITIS. Es wird dafür plädiert, dass der Gesetzgeber im Rahmen des bekundeten Willens von EU und Bundesregierung, Bürokratie sowohl auf EU- als auch Bundesebene abzubauen, die vorgeschlagenen Regelungen auf das Wesentliche minimiert bzw. sich auf EU-Ebene dafür einsetzt.

Einige IHKs kritisieren, dass die Gruppe der Versicherungsvermittler/-berater nach § 34d GewO überhaupt in den Anwendungsbereich der DORA-Verordnung einbezogen wurde. Für die Gewerbetreibenden werden dadurch neue Berufspflichten eingeführt, die mit einem hohen Ausmaß an Bürokratie verbunden sind.

Nach den bisherigen Recherchen der IHKs unterfallen vermutlich die Mehrzahl der Versicherungsvermittler/-berater der Ausnahme für kleine und mittlere Unternehmen. Als große Unternehmen kommen allenfalls einige Banken in Betracht, die neben ihrer Bankerlaubnis zusätzlich eine Vermittlererlaubnis haben – diese sind aber ohnehin schon unter BaFin-Aufsicht DORA-pflichtig –, sodass es hier zu einer unnötigen Verdopplung der Aufsichtsbefugnisse käme. Daneben kommen ggf. noch große Unternehmen in Betracht, die neben ihrem mitarbeiterstarken überregionalen Hauptgeschäft einen sehr untergeordneten kleinen Geschäftszweig in der Versicherungsvermittlung betreiben, also von seiner Struktur her für die Krisenfestigkeit der Finanzmärkte in Deutschland überhaupt keine Rolle spielen.

Zumindest sollte es den Aufsichtsbehörden ermöglicht werden bzgl. der Aufsicht im Bereich der digitalen Resilienz darauf spezialisierte Institutionen, z. B. das BSI im Wege der Amtshilfe, in Anspruch zu nehmen bzw. auch darauf spezialisierte – ggf. zertifizierte - Unternehmen zu beauftragen. Es könnte sich anbieten, diesbezügliche ggf. klarstellende Regelungen in das Fin-maDiG aufzunehmen.

Es wird darauf hingewiesen, dass vorliegend die Organisation der Aufsicht in einer Art und Weise, dass sie mit der notwendigen Fachkenntnis ausgeübt wird und trotzdem wirtschaftlich darstellbar bleibt, die zentrale Herausforderung für die IHKs bei DORA ist. Dies können einzelne IHKs derzeit schlicht nicht leisten. Auch die Bündelung von Fachwissen würde hier an Grenzen stoßen, wenn die darauf basierende Entscheidung am Ende von jeder einzelnen IHK selbst verantwortet werden müsste. Daher wird von einigen IHKs angeregt, die Aufsichtsfunktion in Bezug auf DORA insgesamt nicht den IHKs zu übertragen, sondern bei der BaFin anzusiedeln.

Die aufsichtsrechtlichen Aufgaben, die auf die IHKs in Bezug auf die Einhaltung der DORA-Vorschriften zukommen, sind für die IHKs sachfremd. Es sind hierbei nicht originär gewerbe-rechtliche Aufgaben betroffen. Es handelt sich vielmehr um fachspezifische Regelungen in technischer Hinsicht, die in der Regel von Behörden übernommen werden, die üblicherweise mit solchen Aufgaben betraut sind und somit bereits über entsprechende Sachkenntnis

verfügen (z. B. Bundesamt für Sicherheit und Informationstechnik (BSI)). Einschlägige Sachkompetenz müsste mit entsprechendem Kostenaufwand aufgebaut werden. Das sind Mehrkosten, die in dem Umfang nicht anfallen würden, wenn man die Aufgaben einer sachnäheren Stelle übertragen würde. Allein die Sachnähe zur IHK-Aufsicht über die Versicherungsvermittler und -berater und die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Verordnung auf Großunternehmen lassen die Übertragung der Zuständigkeit auf die IHKs – jedenfalls bezüglich der Vermittler nach § 34d Abs. 1 und Abs. 2 GewO - gerade eben noch vertretbar erscheinen.

Jedenfalls positiv gesehen wird, dass laut Artikel 2 Abs. 3 e) Verordnung (EU) 2022/2554 (im Folgenden DORA-VO) zumindest Versicherungsvermittler, Rückversicherungsvermittler und Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sind, soweit es sich um Kleinstunternehmen oder kleine oder mittlere Unternehmen handelt. Insofern dürfte – wie bereits erwähnt - die Anzahl der durch die DORA-VO unmittelbar betroffenen Versicherungsvermittler/-berater gering sein.

Grundsätzlich werden die aktuellen Entwicklungen auch unter kammerrechtlichen Aspekten (vgl. § 1 Absatz 1 und 4 IHKG) kritisch gesehen. Sie gehen mit einer immer weiter steigenden Belastung für die betroffenen Wirtschaftszweige einher. Der hohe Standardisierungsgrad der Maßnahmen, insbesondere des DORA-Pakets, sowie die Implementierung von Regulatory Technical Standards (RTS) eröffnen faktisch keinen hinreichenden Spielraum für eine wirtschaftsfreundliche Umsetzung in Selbstverwaltung. Fraglich ist, ob die hoheitlichen Aufgaben im Zusammenhang mit dem DORA-Paket für die Wahrnehmung in Selbstverwaltung überhaupt noch Raum lassen (vgl. zu dem Thema etwa Winfried Kluth, Verfassungs- und kammerrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung der staatlichen Aufsicht bei der Übertragung von Aufgaben der Berufszulassung und der Berufsaufsicht auf Industrie- und Handelskammern, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2005, S. 181 – 210).

D. Details - Besonderer Teil

Zu E. Erfüllungsaufwand

Der Kosten- und Personalaufwand für eine IHK ist im Entwurf des FinmadiG-E nicht berücksichtigt. Eine umfassende Aufsicht über die digitale Betriebsstabilität unter Zuhilfenahme von IT-Wissen kann nicht über die einmalige Erlaubnisgebühr abgedeckt oder gar durch Mitgliedsbeiträge anderer Branchen refinanziert werden. Insofern würden die Kosten dafür über entsprechende Umlagen für Aufsichtstätigkeiten den betroffenen Unternehmen auferlegt und müssten damit auch im Gesetzesentwurf Niederschlag finden.

Auch werden beim Erfüllungsaufwand die Hinweise auf die finanziellen Belastungen der betroffenen Versicherungsvermittler/-berater vermisst. Mithin sind diese Angaben unvollständig.

I. Zu den Vorschriften im Einzelnen

Wie bereits eingangs erwähnt, beschränken wir uns bei unserer Stellungnahme auf die Änderungen der Gewerbeordnung, Artikel 9 FinmadiG-E und das diesbezügliche Zusammenspiel mit dem VAG.

Zu Artikel 9 – Änderung der Gewerbeordnung

Grundsätzlich werden die geplanten Aufsichtsmaßnahmen und Eingriffsbefugnisse in die Betriebe der Versicherungsvermittler/-berater als kritisch aufgrund ihres Umfangs und der Eingriffstiefe gesehen. Sie sind jedoch bereits in der DORA-VO angelegt. Insoweit wird dringend - wie bereits erwähnt - eine Deregulierung und Bürokratieabbau angeregt.

1. Zu § 29a GewO-E – Besondere Aufsichtsbefugnisse über Versicherungsvermittler nach § 34d Absatz 1 und Versicherungsberater nach § 34d Absatz 2

Es werden in § 29a GewO-E die besonderen Aufsichtsbefugnisse den zuständigen Behörden nach § 34d Abs. 13 GewO-E übertragen. Hierbei ist schon unklar, auf welche Vermittlerarten sich die Aufsichtsbefugnisse beziehen. § 29a GewO-E regelt hierzu die „Besonderen Aufsichtsbefugnisse über Versicherungsvermittler nach § 34d Absatz 1 und Versicherungsberater nach § 34d Absatz 2“. Hingegen regelt § 34d Abs. 13 GewO-E die „Aufsicht der Einhaltung der Verordnung (EU) 2022/2554 durch Versicherungsvermittler, Rückversicherungsvermittler und Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe o in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe e der Verordnung (EU) 2022/2554“ ohne die Einschränkung auf § 34d Absatz 1 und Absatz 2.

§ 29a Absatz 1 S. 1 GewO-E sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Die zuständigen Behörden sind befugt, bei Verstößen von Versicherungsvermittlern nach § 34d Absatz 1 und Versicherungsberatern nach § 34d Absatz 2 gegen die Verordnung (EU) 2022/2554 [...].“

a.) Zu § 29a Absatz 1 GewO-E

In Absatz 1 wird den IHKs als nach § 34d Abs. 13 GewO-E zuständigen Behörden bei Verstößen gegen die DORA-VO die Befugnis gegeben, Anordnungen zu treffen, um die Einhaltung der Anforderungen von der DORA-VO sicherzustellen. Darauf folgen drei Regelbeispiele.

Bei den Nummern 1 und 2 ist der Unterschied zwischen „Verhalten“ und „Verhaltensweisen“ nicht erkennbar. Es wirkt wie eine Doppelung. Es empfiehlt sich, Nummern 1 und 2 zusammenzufassen.

In Nummer 3 sollte „weiterhin“ durch „zukünftig“ ersetzt werden. Schließlich ist Anlass einer solchen Anordnung, dass bisher ein Verstoß vorliegt.

b.) Zu § 29a Absatz 2 GewO-E

In Absatz 2 dienen die Befugnisse zur Sicherstellung der Anforderungen der DORA-VO, beschreiben also in den Nummern 1 bis 4 typische Untersuchungsbefugnisse.

In Nummer 5 dagegen gibt es eine weitere Anordnungsbefugnis bei Verstößen.

Diese wäre systematisch in Absatz 1 zu setzen, könnte dort dann zu einer neuen Nummer 3 werden, wenn Nummern 1 und 2 zusammengefasst werden.

Zwar folgen die Befugnisse in Systematik und Wortlaut weitgehend den Vorgaben der DORA-VO, doch wird die rechtssichere Begründung des Verwaltungshandelns den Aufsichtsbehörden unnötig erschwert, wenn die Befugnisse bereits Abgrenzungsprobleme offensichtlich erkennen lassen.

2. Zu § 34d Absatz 11a GewO-E – Öffentliche Bekanntmachungen

Im § 34d Absatz 11a GewO-E widersprechen sich die Sätze 1 und 2. Jede IHK hat eine eigene Internetseite, das Register nach § 11a GewO wird aber unabhängig davon über eine eigene bundesweite Seite erreicht (<https://www.vermittlerregister.info/>). Insofern kann und sollte in Satz 1 der Passus „auf ihrer Internetseite“ ersatzlos gestrichen werden.

Laut Begründung sollen Bußgeldentscheidungen bekannt gemacht werden. Auch Artikel 54 DORA spricht nur von Entscheidungen über verwaltungsrechtliche Sanktionen und scheint damit nur Bußgelder zu meinen. Hier ist aber keine Einschränkung auf Bußgeldentscheidungen enthalten, so dass nach dem Wortlaut auch Entscheidungen nach dem neuen § 29a GewO, also Anordnungen, bekanntmachungspflichtig wären. Insofern ist hier eine Konkretisierung auf Bußgeldentscheidungen zwingend notwendig.

Andernfalls müsste bei sämtlichen Verstößen geprüft werden, ob diese bekanntzumachen sind, was zu einem erheblichen Aufwand führt. Erschwerend kommt hinzu, dass die IHKs zum überwiegenden Teil nicht für die Ordnungswidrigkeiten zuständig sind. Das führt dazu, dass zusätzlich eine Übermittlungspflicht der zuständigen OWi-Behörde an die IHKs geregelt werden müsste.

Im Übrigen ist die hier vorgesehene Lösung sachgerecht, die vorgeschriebene Bekanntmachung im ohnehin vorhandenen Vermittlerregister vorzunehmen, das bereits jetzt schon Raum für vergleichbare Bekanntmachungen („Pranger“) gem. § 34d Absatz 11 GewO bietet (vgl. unter <https://www.vermittlerregister.info/bekanntmachungen>).

Positiv gesehen wird, dass nur nicht mehr anfechtbare Entscheidungen in diesem Zusammenhang öffentlich bekannt gemacht werden dürfen. Auch die Möglichkeit, dass die zuständige Behörde von einer Bekanntmachung nach Satz 1 absehen, diese verschieben oder eine Bekanntmachung auf anonymer Basis vornehmen kann, wenn eine Bekanntmachung personenbezogener Daten unverhältnismäßig wäre oder die Bekanntmachung die Stabilität der

Finanzmärkte oder laufende Ermittlungen gefährden würde, wird positiv bewertet. Ebenso, dass ein klarer Zeitraum der Veröffentlichung festgelegt ist.

3. Zu § 34d Absatz 13 GewO-E Aufsichtszuständigkeit der IHKs

a.) Versicherungsvermittler/-berater mit (IHK-) Erlaubnis nach § 34d Abs. 1 und Abs. 2 GewO

Im neuen § 34d Absatz 13 GewO-E wird die Zuständigkeit für die DORA-Aufsicht bundesweit den IHKs zugeordnet. Dabei wird nicht klargestellt, welche Vermittlergruppen der deutschen Differenzierung in § 34d GewO-E gemeint sind. Auch die Begründung enthält keinen Hinweis dazu. Hier sollte - analog der Überschrift des § 29a GewO-E – unbedingt klargestellt werden, dass es sich (allein) um Vermittler mit Erlaubnis gem. § 34d Absatz 1 und 2 GewO handelt, über die die IHKs auch bisher die Aufsicht führen.

b.) Gebundene Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 7 GewO

Eine DORA-Aufsicht der IHKs über gebundene Vermittler wird einheitlich abgelehnt. Gebundene Vermittler sind strukturell sehr eng an die Versicherungsunternehmen gebunden und verfügen in der Regel über einheitliche EDV-Systeme der Versicherungsunternehmen, so dass hier nur eine mittelbare Aufsicht dieser Vermittler über die BaFin in Betracht kommt. Dies entspricht auch der aktuellen Aufsichtssituation in Bezug auf diese Vermittlertypen (vgl. insofern u. a. Schönleiter in: Landmann/Rohmer, § 34d GewO, Rdnr. 192 ff.).

Bisher nehmen die IHKs hinsichtlich der gebundenen Vermittler keinerlei Aufsichtstätigkeiten wahr, denn diese bedürfen keiner Erlaubnis durch die IHK. Entsprechend prüfen die IHKs weder deren Zuverlässigkeit noch deren Qualifikation noch deren Weiterbildungsverpflichtung. Vielmehr ist im § 48 Abs. 2 VAG explizit geregelt, dass Versicherungsunternehmen mit gewerbsmäßig tätigen Versicherungsvermittlern, die nach § 34d Abs. 7 S. 1 Nr. 1 oder Abs. 6 GewO der Erlaubnispflicht nicht unterliegen oder von ihr befreit sind, nur zusammenarbeiten dürfen, wenn diese Versicherungsvermittler zuverlässig sind, in geordneten Vermögensverhältnissen leben und angemessen qualifiziert sind. Durch die Prüfung der Versicherungsunternehmen durch die BaFin (vgl. § 320 VAG) wird indirekt geprüft, ob das Versicherungsunternehmen diesen Anforderungen gerecht wird. Die BaFin muss die Versicherungsunternehmen anhalten, dass diese die genannten Kriterien bei ihren Vermittlern überprüft (vgl. Landmann/Rohmer GewO/Schönleiter GewO § 34d Rn.190-192). Die IHKs sind bei der Überprüfung dieses Personenkreises nicht eingebunden. In Ihrem Rundschreiben 11/2018 zur Zusammenarbeit mit Versicherungsvermittlern sowie zu Risikomanagement im Vertrieb legt die BaFin die Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Versicherungsunternehmen und den Versicherungsvermittlern und die sich daraus ergebenden Pflichten detailliert fest.

Diese Vorgehensweise hat sich in der Praxis bewährt. Die Versicherungsunternehmen übernehmen die vollständige Haftung für die an sie gebundenen Versicherungsvermittler. Letztere haben selbst in Bezug auf ihre Organisation und die IT-Nutzung bzw. der Nutzung der

Fachanwendungen der Kundendaten feste Vorgaben ihrer Versicherungsunternehmen. Gerade das spricht dafür, sie weiterhin unter der mittelbaren Aufsicht über die BaFin zu belassen.

Ein Abweichen von dieser Aufsicht im Bereich der DORA-Verordnung ist systemfremd, unverhältnismäßig und selbst nach dem vorgelegten Gesetzestext nicht erforderlich. Gemäß § 332 Abs. 4c VAG-E ist vorgesehen, dass Zuwiderhandlungen gegen die DORA-Verordnung durch Personen im Anwendungsbereich dieses Gesetzes (gemeint ist das VAG) geahndet werden können. Da die gebundenen Versicherungsvermittler und die von der Erlaubnis befreiten in den §§ 48 ff. VAG geregelt sind, werden sie damit bereits indirekt in die BaFin-Aufsicht mit einbezogen.

Auch mit Blick auf § 308d VAG-E besteht ein Widerspruch im Verhältnis zu § 34d Abs. 13 GewO-E. § 308d VAG-E normiert besondere Befugnisse für die BaFin als zuständige Aufsichtsbehörde und nimmt dabei auch Bezug auf die Vorschriften des VAG und somit ebenfalls auf die Regelung des § 48 Abs. 2 Nr. 1 VAG. Daraus ist ersichtlich, dass auch dieser Vorschrift das bisherige Aufsichtsregime der mittelbaren Aufsicht durch die BaFin über die gebundenen Versicherungsvertreter zugrunde liegt.

Die vorgeschlagenen Änderungen der Gewerbeordnung sind in Bezug auf die Einbeziehung der gebundenen Versicherungsvermittler derzeit insofern nicht konsistent und müssten angepasst werden.

Entsprechend sollte der neue § 34d Abs. 13 wie folgt formuliert werden:

„(13) Die Industrie- und Handelskammern sind zuständig für die Aufsicht der Einhaltung der Verordnung (EU) 2022/2554 durch Versicherungsvermittler, Rückversicherungsvermittler nach Absatz 1 und Versicherungsberater nach Absatz 2.“

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen zu § 29a GewO-E und § 147d GewO-E verwiesen.

c.) Produktakzessorische Vermittler nach § 34d Abs. 6 und Abs. 8 GewO

Eine DORA-Aufsicht der IHKs über produktakzessorische Vermittler nach § 34d Abs. 6 GewO wird von einigen IHKs ausdrücklich abgelehnt. Unter Berufung auf § 48 Absatz 2 VAG ist dies jedenfalls konsequent, wenn die Vermittler im Auftrag eines Versicherungsunternehmens oder mehrerer Versicherungsunternehmen handeln. Es wird diesbezüglich auf die Ausführungen unter „3. b.) Gebundene Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 7 GewO“ verwiesen. Hier bedarf es jedenfalls einer Klarstellung im § 34d Abs. 13 GewO.

Ebenfalls bedarf es einer Klarstellung, ob die IHKs für Annexvermittler nach § 34d Abs. 8 GewO zuständig sein sollen, was teilweise ausdrücklich abgelehnt wird. Mit diesen Vermittlern verbindet die IHKs bislang weder eine Erlaubnis- noch eine Registerzuständigkeit. Zudem fallen die Annexvermittlern nach § 34d Absatz 8 GewO nach hiesigem Verständnis ohnehin nicht in den Anwendungsbereich der IDD (vgl. Artikel 1 Absatz 3 IDD) und damit auch nicht in den

Anwendungsbereich der DORA-VO (Art. 46 Buchstabe I, Art. 12 IDD). Zumindest in der Begründung sollte dazu aber eine Klarstellung erfolgen.

Zum Anwendungsbereich der produktakzessorischen Vermittler ist grundsätzlich auf das Folgende hinzuweisen:

Die Begriffsbestimmung in Artikel 3 Nr. 49 DORA-VO nimmt für den Begriff „Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit“ Bezug auf die Begriffsbestimmung in Art. 2 Absatz 1 Nr. 4 IDD, die alle produktakzessorischen Versicherungsvermittler, d. h. sowohl die produktakzessorischen Versicherungsvermittler, die eine Befreiung von der Erlaubnispflicht beantragen können, als auch die Annexvermittler, für die nach Artikel 1 Absatz 3 IDD, die IDD nicht gelten soll, umfasst. Da die DORA-VO auf die in Artikel 1 IDD enthaltene Definition und Regelung für die Annexvermittler keinen Bezug nimmt, ist anzunehmen, dass auch die Annexvermittler von der DORA-VO erfasst werden sollen.

Dadurch würden von der DORA-VO auch Annexvermittler, wie z. B. große Elektronik-Handelsunternehmen, die Versicherungen z. B. bezüglich eines Defektes oder einer Beschädigung der gelieferten Ware vermitteln, erfasst.

Fraglich ist bezüglich solcher Unternehmen, ob die DORA-Unternehmensgrößenklassenkriterien (Definition für KMUs) wie Anzahl der Mitarbeiter, Jahresumsatz, Jahresbilanzsumme sich nur auf den Versicherungsvermittlungsbereich beziehen oder ob das gesamte Unternehmen heranzuziehen ist.

Ebenso ist unklar, ob die digitale Resilienz nur im Versicherungsvermittlungsbereich eines Unternehmens oder auch z. B. im einer Annexvermittlung „vorgeschalteten“ Bereich (Lieferung von Waren bzw. Erbringung von Dienstleistungen) überwacht werden muss. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass Annexvermittler gegenwärtig weder einer Erlaubnis- noch einer Registrierungspflicht unterliegen und erst von den Aufsichtsbehörden ermittelt werden müsste, welche Unternehmen in den betreffenden unterschiedlichen Branchen (z. B. auch Reiseveranstalter) in Bezug auf ihre digitale Resilienz von den Aufsichtsbehörden überwacht werden müssten.

Auch bei den Versicherungsvermittlern in Nebentätigkeit, die gegenwärtig eine Erlaubnisbefreiung bei der zuständigen IHK beantragen können, stellen sich die o. g. Fragen. So ist z. B. im Autohandel anzunehmen, dass die Jahresumsätze im Autohandel höher sind, als im Bereich der Vermittlung von Versicherungen.

Im Bereich der produktakzessorischen Versicherungsvermittlung ist generell anzunehmen, dass es in der Natur der Sache liegt, dass die Umsätze in den der Versicherungsvermittlung vorgeschalteten Bereichen höher sind, als im Bereich der Versicherungsvermittlung.

Da letztlich (nur) der Finanzsektor überwacht werden soll, wäre es sinnvoll, jeweils auch nur die auf die Vermittlung von Versicherungen bezogenen Bereiche der Unternehmen heranzuziehen.

Auch bei nicht produktakzessorischen Misch Tätigkeiten sollte dies so gehandhabt werden. Andernfalls müssten die Aufsichtsbehörden im Ergebnis insbesondere Handels- und Reiseunternehmen zusätzlich zu ggfs. für diese Unternehmen in diesem Bereich schon bestehenden rechtlichen Vorgaben bezüglich der digitalen Resilienz überwachen.

Generell sollte bezüglich der o. g. genannten Themen berücksichtigt werden, dass sich die DORA-VO auf die digitale operationale Resilienz im Finanzsektor bezieht und nicht auf Unternehmen, die schwerpunktmäßig anderen Branchen zuzuordnen sind.

d.) Versicherungsvermittler mit Erlaubnis nach § 32 KWG; Erwägungsgrund 51 DORA-VO

Unklar bleibt die Zuständigkeit bei Versicherungsvermittlern, die auch über eine KWG-Erlaubnis verfügen, z. B. Banken. Es sollte klargestellt werden, dass die BaFin die Zuständigkeit über diese Unternehmen übernimmt (vgl. insoweit auch Erwägungsgrund 51 DORA-VO).

Eine zusätzliche Aufsicht durch die IHK in Bezug auf die DORA-VO dieser Unternehmen, nur weil sie auch eine Erlaubnis nach § 34d GewO haben, ist überflüssig und unnötiger bürokratischer Aufwand. Daher wird angeregt, vom Erwägungsgrund 51 der DORA-Verordnung Gebrauch zu machen und im neuen Absatz 13 eine entsprechende Ausnahme mit aufzunehmen:

„Soweit Gewerbetreibende nach § 34d Absatz 1 oder Absatz 2 bereits über eine Erlaubnis nach § 32 KWG verfügen, unterliegen sie der alleinigen Aufsicht der BaFin in Bezug auf die Einhaltung der Verordnung (EU) 2022/2554.“

Alternativ:

„Sind für die Aufsicht der Einhaltung der Verordnung (EU) 2022/2554 mehrere Behörden zuständig, so unterliegen die betroffenen Gewerbetreibenden der alleinigen Aufsicht der BaFin.“

e.) Identifizierung der durch die DORA-VO betroffenen Unternehmen

Die Identifizierung der von DORA-betroffenen Versicherungsvermittler/-berater ist derzeit nicht ohne weiteres möglich. Schon die DORA-VO geht davon aus, dass bestimmte Vermittler vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Entsprechend heißt es in Erwägungsgrund 39:

„Darüber hinaus wird in der vorliegenden Verordnung den strukturellen Besonderheiten des Versicherungsvermittlermarkts Rechnung getragen, sodass Versicherungsvermittler, Rückversicherungsvermittler und Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit, die als Kleinstunternehmen oder als kleine oder mittlere Unternehmen gelten, nicht unter diese Verordnung fallen sollten.“

Da die IHKs aber keine Übersicht über Mitarbeiterzahlen oder Umsätze der Vermittler haben, können sie dies nur abfragen. Fraglich ist, wie oft eine solche Abfrage erfolgen müsste und wie

lange eine einmal getroffene Aussage Bestandskraft hat. Eine regelmäßige/jährliche Abfrage bei allen Vermittlern wäre ein extremer bürokratischer Verwaltungsaufwand, der weder den Mitgliedern noch den IHKs zuzumuten ist.

Vgl. im Übrigen die Ausführungen unter 3. C.) Produktakzessorische Vermittler nach § 34d Abs. 6 und Abs. 8 GewO

4. Zu § 147d GewO- Verletzung von Vorschriften über die Verletzung von Vorschriften über die digitale operationale Resilienz durch Versicherungsvermittler nach § 34d Absatz 1 und Versicherungsberater nach § 34d Absatz 2

In der Überschrift wird auf die Versicherungsvermittler und -berater nach den Absätzen 1 und 2 abgestellt. Entsprechend ist der erste Satz wie folgt umzuformulieren:

„Ordnungswidrig handelt, wer als Versicherungsvermittler nach § 34d Abs. 1 oder Versicherungsberater nach § 34d Abs. 2 im Anwendungsbereich dieses Gesetzes gegen die Verordnung (EU) 2022/2554 [...]“

Die DORA-VO selbst verlangt nicht, dass nur eine Behörde für die Aufsicht zuständig ist. In Deutschland gibt es ohnehin die getrennte Zuständigkeit von BaFin und IHKs. Durch die Einbeziehung der gebundenen Vermittler in die Aufsicht der Versicherungsunternehmen wird den Anforderungen der DORA-VO ausreichend Rechnung getragen.

Teilweise wird die Bußgeldandrohung für entbehrlich gehalten und der Rahmen für zu hoch.

Derzeit liegt die Zuständigkeit für Ordnungswidrigkeiten überwiegend nicht bei den IHKs. Für die Festlegung der Zuständigkeiten ist diesbezüglich der Landesgesetzgeber zuständig. Die funktionierende und bestehende Systematik muss bestehen bleiben. Diesbezüglich muss geprüft werden, welche Bedeutung § 34 Abs. 13 GewO-E für die Ordnungswidrigkeitenregelung nach § 147d GewO-E hat. Möglicherweise hat die in § 34d Abs. 13 GewO-E explizit vorgenommene Zuweisung der Zuständigkeit auch zur Folge, dass die IHKs nunmehr für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten im Bereich DORA nach § 147d GewO-E zuständig sind. Dies kann auf Bundesebene so nicht gewollt sein und wird abgelehnt. Bei Beibehaltung der Zuweisung nach § 34d Abs. 13 GewO-E müsste ausdrücklich klargestellt werden, dass die (landesrechtlichen) Regelungen über die Zuständigkeiten von Ordnungswidrigkeiten von der Regelung des § 34d Abs. 13 GewO-E unberührt blieben.

Die Bußgeldtatbestände beziehen sich nur auf die Pflichten der Finanzunternehmen gegenüber der Aufsicht, nicht aber auf die materiellen Pflichten, wie z. B. den IKT-Risikomanagementrahmens selbst.

Entsteht durch Meldungen, Berichte, Mitteilungen oder deren Ausbleiben der Verdacht, dass gegen andere Vorgaben der DORA-VO verstoßen wird, entstehen zunächst die Untersuchungsbefugnisse nach § 29a Abs. 2 GewO. Wenn dabei dann Verstöße festgestellt werden, gibt es die Abhilfebefugnisse nach § 29a Absatz 1 GewO, die nach den allgemeinen

verwaltungsrechtlichen Regeln dann auch mit Zwangsmitteln, hier wohl Zwangsgeld, durchgesetzt werden können. Eigenartigerweise gibt es dann aber keinen Ordnungswidrigkeiten-Tatbestand, wenn Anordnungen nach § 29a GewO nicht befolgt werden.

Dafür bewehrt § 147d Absatz 1 Nr. 1 GewO-E aber in Alternative 3 die Nichtbefolgung einer speziellen Anordnung mit Bußgeld, nämlich Art. 42 Abs. 6 Satz 1 DORA:

Artikel 42 DORA-VO besagt:

Folgemaßnahmen zuständiger Behörden

[...]

(6) Im Einklang mit Artikel 50 können zuständige Behörden als letztes Mittel nach der Mitteilung und gegebenenfalls der Abstimmung gemäß den Absätzen 4 und 5 eine Entscheidung treffen, mit der sie von Finanzunternehmen verlangen, die Nutzung oder den Einsatz einer Dienstleistung, die von einem kritischen IKT-Drittdienstleister bereitgestellt wird, vorübergehend teilweise oder vollständig auszusetzen, bis die Risiken beseitigt sind, die in den an den kritischen IKT-Drittdienstleister gerichteten Empfehlungen festgestellt wurden. Die Behörden können von Finanzunternehmen erforderlichenfalls verlangen, die einschlägigen vertraglichen Vereinbarungen, die mit kritischen IKT-Drittdienstleistern geschlossen wurden, ganz oder teilweise zu kündigen.

Es erschließt sich nicht, warum die ähnliche Anordnung in Satz 2 keine Ordnungswidrigkeit auslösen kann. Diese Systematik sollte noch einmal geprüft werden.

II. Weitere Hinweise

1. Anpassung des § 11a Absatz 1 Satz 3 GewO

Gem. § 11a Absatz 1 GewO führt jede Industrie- und Handelskammer (Registerbehörde) ein Register der nach § 34d Absatz 10 Satz 1, § 34f Absatz 5, § 34h Absatz 1 Satz 4 und § 34i Absatz 8 Eintragungspflichtigen. Nach § 11a Absatz 1 Satz 3 bedienen sich die Registerbehörden bei der Führung des Registers der in § 32 Abs. 2 des Umweltauditgesetzes bezeichneten gemeinsamen Stelle (gemeinsame Stelle).

Dies ist de facto die Deutsche Industrie- und Handelskammer (DIHK). Die Bezugnahme auf das UAG hat historische Gründe. Zum Zeitpunkt der Einführung der neuen Regeln für Versicherungsvermittler/-berater (2007) war die DIHK noch „der DIHK“, ein privatrechtlicher Verein, und konnte daher nicht im Gesetz als gemeinsame Stelle aufgenommen werden. Seit dem 1. Januar 2023 ist die DIHK eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Daher sollte sie – anstelle des Verweises auf die „Hilfslösung“ UAG – nun auch direkt benannt werden. Es sollte insofern wie folgt formuliert werden:

„Die Registerbehörden bedienen sich bei der Führung des Registers der Deutschen Industrie- und Handelskammer (gemeinsame Stelle).“

2. Zusammenarbeit mit zuständigen Stellen

Ggf. bietet sich eine Regelung zur Zusammenarbeit der IHKs mit der BaFin in Bezug auf die DORA-VO - ähnlich wie in § 7 KWG zwischen BaFin und Deutsche Bundesbank geregelt – an. Dies sollte noch einmal geprüft werden.

3. Rechtsgrundlage für die Nutzung der IT-Plattform der BaFin

Hilfreich wäre eine Rechtsgrundlage für die Nutzung der IT-Plattform der BaFin für die Meldung der schwerwiegenden IKT-Vorfälle.

E. Ansprechpartner mit Kontaktdaten

Dr. Mona Moraht Bereich Recht
Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)
Wirtschaftsmediatorin (DAA)
Leiterin des Referats Gewerberecht
Tel.: +49 30 20308-2709
E-Mail: moraht.mona@dihk.de

F. Beschreibung DIHK - Wer wir sind:

Unter dem Dach der Deutschen Industrie- und Handelskammer (DIHK) sind die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften. Auf Bundes- und Europaebene setzt sich die DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein.

Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir in einem verfassten Verfahren auf gesetzlicher Grundlage zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei. Darüber hinaus koordiniert die DIHK das Netzwerk der 140 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 92 Ländern.