



Sachstand

Möglichkeit der Einbeziehung kommunaler Einrichtungen im Rahmen der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie

Möglichkeit der Einbeziehung kommunaler Einrichtungen im Rahmen der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie

Aktenzeichen: EU 6 - 3000 - 063/24
Abschluss der Arbeit: 21. Januar 2025
Fachbereich: EU 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung und Begriffsbestimmung	4
2.	NIS-2-Richtlinie und Umsetzung in Deutschland	4
2.1.	NIS-2-Richtlinie – Ziel und Inhalt	4
2.2.	Stand der Richtlinienumsetzung in Deutschland	5
2.2.1.	Grundlagen zur Umsetzungspflicht	5
2.2.2.	Umsetzung der NIS-2-Richtlinie – insbesondere hinsichtlich der kommunalen Ebene	6
3.	Anwendungs- bzw. Geltungsbereich	7
3.1.	Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie	7
3.1.1.	Merkmal der „Einrichtung“	8
3.1.2.	Einrichtungen nach Anhang I und Anhang II der NIS-2-Richtlinie	8
3.1.3.	Kommunalverwaltung als Einrichtung nach Anhang I NIS-2-Richtlinie	9
3.1.4.	Größe der Einrichtung	11
3.2.	Art. 2 Abs. 2 NIS-2-Richtlinie	12
3.3.	Art. 2 Abs. 3 NIS-2-Richtlinie	13
3.4.	Art. 2 Abs. 5 NIS-2-Richtlinie	13
3.5.	Ergebnis	14

1. Fragestellung und Begriffsbestimmung

Der Fachbereich Europa wurde um Beantwortung der Frage ersucht, ob die Umsetzung der NIS-2-Richtlinie¹ in nationales Recht dergestalt möglich ist, dass der Geltungsbereich des nationalen Umsetzungsrechtsakts auch Kommunen mit einbezieht. Für den Fall der vollständigen oder teilweise Unvereinbarkeit einer solchen Umsetzung mit der NIS-2-Richtlinie wird um eine Auflistung und Erläuterung der Bestimmungen gebeten, die zu den Einschränkungen führen.

Dem Begriff der Kommune unterfallen nach dem der Bearbeitung zugrundeliegenden Begriffsverständnis die vom Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) erfassten Schutzobjekte, welche als ein auf personaler Mitgliedschaft zu einem bestimmten abgegrenzten Gebiet mit einem oder mehreren Siedlungskernen beruhender Verband, der die Eigenschaft einer (rechtsfähigen) Körperschaft des öffentlichen Rechts besitzt, definiert werden können.² Dies umfasst insbesondere Gemeinden und Gemeindeverbände.

Der vorliegende Sachstand führt zunächst überblicksartig in Ziel und Inhalt der NIS-2-Richtlinie ein und stellt in summarischer Form den Stand der Richtlinienumsetzung in Deutschland – insbesondere im Hinblick auf die kommunale Ebene – dar (Ziff. 2.). Anschließend wird der Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie dargestellt und hinsichtlich der Möglichkeit einer Einbeziehung von Kommunen in einen Umsetzungsrechtsakt untersucht (Ziff. 3).

2. NIS-2-Richtlinie und Umsetzung in Deutschland

2.1. NIS-2-Richtlinie – Ziel und Inhalt

Ziel der NIS-2-Richtlinie ist die Stärkung des Gesamtniveaus der Cybersicherheit in der Europäischen Union.³ Die NIS-2-Richtlinie modernisiert und verschärft die Vorschriften der nun aufgehobenen NIS-Richtlinie,⁴ um den sich erhöhenden Bedrohungen für die Cybersicherheit gerecht zu

1 Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148 (NIS-2-Richtlinie), [ABL. L 333, 27. Dezember 2022, S. 80](#) (im Folgenden: NIS-2-Richtlinie).

2 Vgl. Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 28 GG, Rn. 80.

3 Paschke, Außenhandelsrecht zur Stärkung strategischer Autonomie und wirtschaftlicher Sicherheit, RdTW 2024, 206 (212); vgl. Werry/Éles: Umsetzung der NIS2-Richtlinie: Harmonisierung oder Heterogenität?; MMR 2024, 829.

4 Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union, [ABL. L 194, 19. Juli 2016, S. 1](#).

werden.⁵ Das Sicherheitsniveau wird harmonisiert, um einen einheitlichen Standard in den Mitgliedstaaten und im Hinblick auf verschiedene Sektoren zu schaffen.⁶

Zu diesem Zweck soll die Ausstattung der Mitgliedstaaten verbessert werden, etwa durch die Verpflichtung zur Einrichtung einer zuständigen nationalen Behörde für Netzwerk- und Informationssysteme. Ebenso soll die Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten gefördert werden.⁷ Zudem wurde der Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie in Bezug auf die von ihr erfassten Unternehmen und Sektoren ausgeweitet.⁸ Neben der Implementierung einer Umsetzungspflicht in Bezug auf bestimmte Risikomaßnahmen aus Art. 21 NIS-2-Richtlinie (etwa das Entwickeln von Konzepten in Bezug auf die Risikoanalyse und Sicherheit, die Schaffung eines Backup-Managements, das Anbieten von Schulungen oder Sicherheitsmaßnahmen beim Erwerb, der Entwicklung und der Wartung der Systeme) sieht die NIS-2-Richtlinie etwa auch Berichtspflichten bei erheblichen Sicherheitsvorfällen gem. Art. 23 NIS-2-Richtlinie vor⁹ und führt zudem eine Möglichkeit zur Verhängung von Sanktionen bei Verstößen gegen die zur Umsetzung der NIS-2-Richtlinie erlassenen nationalen Maßnahmen ein (Art. 36 NIS-2-Richtlinie).¹⁰

2.2. Stand der Richtlinienumsetzung in Deutschland

2.2.1. Grundlagen zur Umsetzungspflicht

Gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet werden, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, wobei jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlassen ist.

5 Europäische Kommission, [NIS2 Directive: new rules on cybersecurity of network and information systems](#), Stand: 15. Januar 2025; *Voigt/Falk*: Der Cyber Resilience Act, MMR 2023, 88 (89); *Paschke*, Außenhandelsrecht zur Stärkung strategischer Autonomie und wirtschaftlicher Sicherheit, RdTW 2024, 206 (212).

6 *Rath/Ekardt/Schiela*: Cybersicherheit in der Energiewende und das EU-Recht, MMR 2023, 83 (86); *Glenzer*, Was Sie über die NIS-2 wissen müssen, [Beitrag bei pwc.de](#); [Mitteilung](#) der EU-Kommission, Directive on measures for a high common level of cybersecurity across the Union (NIS2 Directive), Stand 21. November 2024; *Werry/Éles*: Umsetzung der NIS2-Richtlinie: Harmonisierung oder Heterogenität?; MMR 2024, 829.

7 Europäische Kommission, [NIS2 Directive: new rules on cybersecurity of network and information systems](#), Stand: 15. Januar 2025; *Dzubba/Ochs*, NIS 2-Richtlinie: Zusammenfassung und Umsetzung für Deutschland, [Blog des Fraunhofer IESE](#), 19. November 2024.

8 *Rath/Ekardt/Schiela*: Cybersicherheit in der Energiewende und das EU-Recht, MMR 2023, 83 (86); *Dzubba/Ochs*, NIS 2-Richtlinie: Zusammenfassung und Umsetzung für Deutschland, [Blog des Fraunhofer IESE](#), 19. November 2024; *Werry/Éles*: Umsetzung der NIS2-Richtlinie: Harmonisierung oder Heterogenität?; MMR 2024, 829 (830).

9 S. auch *Werry/Éles*: Umsetzung der NIS2-Richtlinie: Harmonisierung oder Heterogenität?; MMR 2024, 829 (830).

10 *Rath/Ekardt/Schiela*: Cybersicherheit in der Energiewende und das EU-Recht, MMR 2023, 83 (86); *Dzubba/Ochs*, NIS 2-Richtlinie: Zusammenfassung und Umsetzung für Deutschland, [Blog des Fraunhofer IESE](#), 19. November 2024.; *Glenzer*, Was Sie über die NIS-2 wissen müssen, [Beitrag bei pwc.de](#).

Eine EU-Richtlinie ist demnach hinsichtlich ihres Ziels für jeden Mitgliedstaat normativ verbindlich, die Mitgliedstaaten sind zur Umsetzung verpflichtet.¹¹ Ihnen steht aber ein durch die Richtlinie radizierter Umsetzungsspielraum zu, welcher etwa die Wahl der innerstaatlichen Regelungsebene, die Wahl zwischen einer Einarbeitung in eine bestehende oder einem Entwurf einer neuen Regelung und die Wahl des Umsetzungsinstruments erfasst.¹² Entscheidend ist, dass sich die inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie vollständig im nationalen Recht widerspiegeln.¹³

Auch wenn der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV darauf hindeutet, dass Richtlinien grundsätzlich nicht unmittelbar gelten, kann dies unter bestimmten Voraussetzungen, u. a. bei fehlender oder mangelhafter Umsetzung bei Fristablauf, gleichwohl möglich sein.¹⁴ Sofern ein Mitgliedstaat die Richtlinie beanstandungsfrei umsetzt, wirkt die Richtlinie nur über das nationale Recht des Mitgliedstaats.¹⁵

2.2.2. Umsetzung der NIS-2-Richtlinie – insbesondere hinsichtlich der kommunalen Ebene

Die Mitgliedstaaten sind gem. Art. 41 Abs. 1 NIS-2-Richtlinie grundsätzlich zur nationalen Umsetzung bis zum 17. Oktober 2024 verpflichtet. Die Umsetzung ist in Deutschland derzeit noch nicht erfolgt. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist im Bundestag eingegangen¹⁶ und nach erfolgter erster Lesung Gegenstand einer öffentlichen Anhörung des Innenausschusses am 4. November 2024 gewesen.¹⁷ Die Europäische Kommission hat aufgrund der noch nicht erfolgten Umsetzung ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eröffnet.¹⁸

11 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV, Rn. 24.

12 *Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 2. Aufl. 2023, Art. 288 AEUV, Rn. 23 f.

13 *Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 2. Aufl. 2023, Art. 288 AEUV, Rn. 24.

14 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV, Rn. 48 f.

15 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV, Rn. 52 f.

16 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der NIS-2-Richtlinie und zur Regelung wesentlicher Grundzüge des Informationssicherheitsmanagements in der Bundesverwaltung (NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz), [BT-Drs. 20/13184](#), 2. Oktober 2024.

17 [Deutscher Bundestag](#), Expertenkritik an geplanter Umsetzung der NIS-2-Richtlinie, 2024. Auf die inhaltliche Kritik am Entwurf soll hier nicht näher eingegangen werden.

18 Europäische Kommission, Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens [INFR\(2024\)0263](#) durch Übermittlung des Aufforderungsschreibens vom 27. November 2024, vgl. hierzu Europäische Kommission, [Pressemitteilung vom 28. November 2024](#).

Von einer Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Sektoren der öffentlichen Verwaltung auf lokaler Ebene (s. unten Ziff. 3.4.) hat Deutschland im Entwurf des Umsetzungsgesetzes grundsätzlich keinen Gebrauch gemacht,¹⁹ sodass eine Vielzahl öffentlicher Einrichtungen auf kommunaler Ebene nicht von den Vorgaben des Umsetzungsgesetzes erfasst werden.²⁰

Soweit ersichtlich ist von einer Erweiterung des Anwendungsbereichs auf nationaler Ebene derzeit nicht auszugehen. So hat der IT-Planungsrat, ein politisches Steuerungsgremium von Bund und Ländern und Kommunen, welchem die Koordination der Zusammenarbeit im Bereich der Informationstechnik obliegt,²¹ in einem Beschluss 2023/39 vom 3. November 2023 zur Umsetzung der NIS-2-Richtlinie postuliert:

„2. [Der IT-Planungsrat] nimmt den Sachstandsbericht der AG Informationssicherheit zur Kenntnis und bittet die Länder und den Bund, von der Option, den Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie auf Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung auf lokaler Ebene und Bildungseinrichtungen zu erstrecken, keinen Gebrauch zu machen.“²²

Zudem hatte sich Deutschland sich auch bereits auf europäischer Ebene gegen eine Einbeziehung von Einrichtungen auf lokaler Ebene ausgesprochen.²³

3. Anwendungs- bzw. Geltungsbereich

Für die Beantwortung der Auftragsfrage, ob eine Umsetzung der NIS-2-Richtlinie in nationales Recht dergestalt möglich ist, dass der Geltungsbereich der Umsetzungsregelung auch Kommunen einbezieht, ist der Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie in den Blick zu nehmen.

3.1. Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie

Zum Anwendungsbereich sieht Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie vor:

„Diese Richtlinie gilt für öffentliche oder private Einrichtungen der in den Anhang I oder II genannten Art, die nach Artikel 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG als mittlere Unternehmen gelten oder die Schwellenwerte für mittlere Unternehmen nach Absatz 1 jenes Artikels überschreiten und ihre Dienste in der Union erbringen oder ihre Tätigkeiten dort ausüben.“

19 Werry/Éles: Umsetzung der NIS2-Richtlinie: Harmonisierung oder Heterogenität?; MMR 2024, 829 (832).

20 Übersicht bei openkritis.de, Sektor Staat; im Hinblick auf kommunale Eigenbetriebe wurde der Anwendungsbereich des Entwurfs des Umsetzungsgesetzes indes bewusst geöffnet, s. u., Ziff. 3.1.3.

21 Artikel „IT-Planungsrat“, [Website](#) des Bundesministeriums des Innern und für Heimat.

22 [Beschluss 2023/39](#) des IT-Planungsrates vom 3. November 2023 zur Umsetzung der NIS-2-Richtlinie.

23 *Stuffrein*, Nach dem Ausschluss der Kommunen aus NIS-2 – Quo vadis?, [Tagesspiegel Background](#) vom 23. November 2023.

3.1.1. Merkmal der „Einrichtung“

Die Begriffe „Einrichtungen“ und „Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung“ werden in Art. 6 der NIS-2-Richtlinie definiert. Gem. Art. 6 Ziff. 38 NIS-2-Richtlinie ist eine „Einrichtung“

„eine natürliche Person oder nach dem an ihrem Sitz geltenden nationalen Recht geschaffene und anerkannte juristische Person, die in eigenem Namen Rechte ausüben und Pflichten unterliegen kann“.

Eine „Einrichtung der öffentlichen Verwaltung“ ist gem. Art. 6 Ziff. 35 NIS-2-Richtlinie

„eine als solche in einem Mitgliedstaat nach nationalem Recht anerkannte Einrichtung, ausgenommen Justiz, Parlamente und Zentralbanken, die die folgenden Kriterien erfüllt:

- a) sie wurde zu dem Zweck gegründet, im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben zu erfüllen, und hat keinen gewerblichen oder kommerziellen Charakter,
- b) sie besitzt Rechtspersönlichkeit oder ist gesetzlich dazu befugt, im Namen einer anderen Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit zu handeln,
- c) sie wird überwiegend vom Staat, Gebietskörperschaften oder von anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts finanziert, untersteht hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht dieser Körperschaften oder verfügt über ein Verwaltungs-, Leitungs- bzw. Aufsichtsorgan, das mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts eingesetzt worden sind,
- d) sie ist befugt, an natürliche oder juristische Personen Verwaltungs- oder Regulierungsentscheidungen zu richten, die deren Rechte im grenzüberschreitenden Personen-, Waren-, Dienstleistungs- oder Kapitalverkehr berühren.“

3.1.2. Einrichtungen nach Anhang I und Anhang II der NIS-2-Richtlinie

Anhang I der NIS-2-Richtlinie benennt insofern Sektoren mit hoher Kritikalität, zu welchen die Sektoren Energie, Verkehr, Bankwesen, Finanzmarktinfrastruktur, Gesundheitswesen, Trinkwasser, Abwasser, Digitale Infrastruktur, Verwaltung von IKT-Diensten, öffentlichen Verwaltung und Weltraum unterfallen. Hinsichtlich des für den Auftragsgegenstand relevanten Bereich der öffentlichen Verwaltung unterscheidet Anhang I der NIS-2-Richtlinie nach zwei Einrichtungsarten: Erfasst sind einerseits Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung von Zentralregierungen entsprechend der Definition eines Mitgliedstaats gemäß nationalem Recht und andererseits Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung auf regionaler Ebene entsprechend der Definition eines Mitgliedstaats gemäß nationalem Recht.

Anhang II der NIS-2-Richtlinie benennt Einrichtungen aus den Sektoren Post- und Kurierdienste; Abfallbewirtschaftung; Produktion, Herstellung und Handel mit chemischen Stoffen; Produktion, Verarbeitung und Vertrieb von Lebensmitteln; Verarbeitendes Gewerbe/Herstellung von Waren; Anbieter digitaler Dienste und Forschung.

3.1.3. Kommunalverwaltung als Einrichtung nach Anhang I NIS-2-Richtlinie

Es ist fraglich, ob Einrichtungen der Verwaltung auf kommunaler Ebene grundsätzlich unter den Begriff der Einrichtungen i. S. v. Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie fallen.

Als Einrichtung im Sinne der NIS-2-Richtlinie gelten gem. Art. 6 Ziff. 38 NIS-2-Richtlinie nach nationalem Recht geschaffene und anerkannte juristische Personen, die in eigenem Namen Rechte ausüben und Pflichten unterliegen kann. Grundsätzlich dürften davon als juristische Personen des öffentlichen Rechts²⁴ auch die kommunalen Gebietskörperschaften – wie etwa Gemeinden – erfasst sein.

Auf der kommunalen Ebene ist darüber hinaus aufgrund ihrer unterschiedlichen Rechtspersönlichkeit abzugrenzen zwischen den in die Organisation der jeweiligen Kommune eingeordneten Behörden der Kommunalverwaltung (Kernverwaltung), welche als organisatorische Einheiten unmittelbar Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen,²⁵ und den kommunalen Unternehmen, die anderen natürlichen oder juristischen Personen entgeltlich Waren oder Dienstleistungen anbieten²⁶. Hinsichtlich der kommunalen Wirtschaftsbetriebe ist zwischen den Eigenbetrieben und Eigengesellschaften zu unterscheiden.²⁷ Die Eigenbetriebe sind wirtschaftliche Unternehmen einer Gemeinde, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und zu ihren Abnehmern in öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Beziehungen stehen.²⁸ Eigengesellschaften werden von der Kommune hingegen in der Form einer juristischen Person des Privatrechts (z. B. als Aktiengesellschaft (AG) oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)) betrieben.²⁹

Im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie ergibt sich dabei folgendes:

Sowohl die juristische Literatur als auch Interessenverbände gehen – soweit ersichtlich – davon aus, dass die öffentliche Kernverwaltung von Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie nicht erfasst sei und es insoweit einer expliziten, auf Art. 2 Abs. 5 NIS-2-Richtlinie (siehe dazu unten Ziff 3.4.)

24 Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, 33. Edition 2024, „Körperschaften des Öffentlichen Rechts“.

25 Vgl. Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, 33. Edition 2024, „Behörden“ und „Gemeinde“.

26 Vgl. Sprenger, in: Bülow/Erps/Schliesky/von Allwörden, Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, 77. Aktualisierung, Juli 2024, Gewerbeordnung, § 101, 2. Begriff des Unternehmens; Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, 33. Edition 2024, „Eigenbetriebe“.

27 Vgl. Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, 33. Edition 2024, „Eigenbetriebe“.

28 Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, 33. Edition 2024, „Eigenbetriebe“.

29 Weber, in: Weber, Rechtswörterbuch, 33. Edition 2024, „Eigenbetriebe“.

gestützten Umsetzungsregelung bedürfe.³⁰ Dafür spricht insbesondere der Wortlaut des Anhang I, auf welchen Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie verweist und der allein Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung auf „regionaler Ebene“ erfasst. Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung auf lokaler Ebene sind ausweislich ihres Wortlauts grundsätzlich der Regelung des Art. 2 Abs. 5 Buchst. a) NIS-2-Richtlinie³¹ vorbehalten. Zwar definiert die NIS-2-RL die lokale Ebene nicht. Aus einer Abgrenzung zur nationalen und regionalen Ebene ergibt sich aber, dass die Kommunalverwaltung der lokalen Ebene entspricht.³² Darüber hinaus wäre in systematischer Hinsicht Art. 2 Abs. 5 Buchst. a) NIS-2-Richtlinie nicht erforderlich, wenn die Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung auf lokaler Ebene bereits von Art. 2 Abs. 1 NIS-2-Richtlinie erfasst wären. Zudem unterscheidet sich Art. 2 Abs. 5 a) NIS-2-Richtlinie in seiner systematischen Ausgestaltung insbesondere unter zwei Gesichtspunkten von Art. 2 Abs. 1 ff. NIS-2-Richtlinie, was ebenfalls für eine bewusste Herauslösung des kommunalen Bereichs aus Art. 2 Abs. 1 ff. NIS-2-Richtlinie spricht. Während Art. 2 Abs. 2 bis 4 NIS-2-Richtlinie ihrem Wortlaut nach („Unabhängig von der Größe der Einrichtungen“) auf das Größenerfordernis aus Art. 2 Abs. 1 NIS-2-Richtlinie Bezug nehmen, stellt Art. 2 Abs. 5 Buchst. a) NIS-2-Richtlinie allein auf die lokale Ebene ab und nicht auf eine „Einrichtungen der in den Anhang I oder II genannten Art“ und deren Größe. Auch in seiner Rechtsfolge weicht Art. 2 Abs. 5 Buchst. a) NIS-2-Richtlinie von den Art. 2 Abs. 1 ff. NIS-2-Richtlinie ab (s. dazu unten Ziff. 3.4.).

Kommunale Unternehmen – etwa Stadtwerke, Krankenhäuser und Entsorger – können dagegen nach überwiegender Auffassung jedenfalls dann unter den Einrichtungsbegriff aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 NIS-2-Richtlinie fallen, sofern sie als Eigengesellschaften als juristische Person des Privatrechts auftreten und einem einschlägigen Sektor zuzuordnen sowie von hinreichender Größe (vgl. Ziff. 3.1.4.) sind.³³ Mangels Rechtspersönlichkeit dürften sich die kommunalen Eigenbetriebe hingegen nicht unmittelbar unter den Einrichtungsbegriff aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 NIS-2-

30 Martini/Botta, Kommunalverwaltung als Kritische Infrastruktur, LKV 2024, 293, 296; Schmidt, Der Regierungsentwurf zur NIS-2-Richtlinie – Richtliniengetreue Umsetzung oder deutscher Sonderweg?, RDi 2024, 550, 553; [Beitrag bei liidu.de](#), NIS2-Richtlinie der EU, Neue Richtlinie zur Netz- und Informationssicherheit, Stand Juni 2023; [Beitrag](#) des Zweckverbandes Elektronische Verwaltung in Mecklenburg-Vorpommern, Umsetzung der NIS-2-Richtlinie für die Kernverwaltung der Kommunen nicht relevant, 14. August 2024; Übersicht bei [openkritis.de](#), Sektor Staat; Kristoferitsch/Wieser, NIS-2: Sind auch Gemeinden und Gemeindeverbände erfasst?, [Beitrag bei kommunal.at](#) vom 23. September 2024; Bundesverband IT-Sicherheit e. V. ([TeleTrusT](#)), Offener Brief an den IT-Planungsrat: Nehmen Sie den Beschluss zur Nicht-Umsetzung der NIS-2-Richtlinie zurück!, 21. November 2023.

31 S. dazu unten, Ziff. 3.4.

32 Martini/Botta, Kommunalverwaltung als Kritische Infrastruktur, LKV 2024, 293, 296; Bundesverband IT-Sicherheit e. V. ([TeleTrusT](#)), Offener Brief an den IT-Planungsrat: Nehmen Sie den Beschluss zur Nicht-Umsetzung der NIS-2-Richtlinie zurück!, 21. November 2023; vgl. zu dem Begriff der lokalen Ebene, welche eine vom regionalen und nationalen Bereich abzugrenzende Verwaltungsebene bezeichnet: GA Kokott, Schlussanträge vom 8. September 2016 zu EuGH, Rs. C-444/15, Associazione Italia Nostra Onlus/Commune di Venezia u. a., Rn. 55 ff.

33 [Beitrag bei liidu.de](#), NIS2-Richtlinie der EU, Neue Richtlinie zur Netz- und Informationssicherheit, Stand Juni 2023; [Beitrag](#) des Zweckverbandes Elektronische Verwaltung in Mecklenburg-Vorpommern, Umsetzung der NIS-2-Richtlinie für die Kernverwaltung der Kommunen nicht relevant, 14. August 2024; Übersicht bei [openkritis.de](#), Sektor Staat.

Richtlinie i. V. m. Art. 6 Ziff. 38 NIS-2-Richtlinie subsumieren lassen, da dieser eine „juristische Person“ voraussetzt.³⁴

Im Hinblick auf den Auftragsgegenstand lässt sich demnach festhalten, dass die kommunalen Eigengesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen bereits unmittelbar dem Anwendungsbereich aus Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie unterfallen dürften, wobei auch eine entsprechende Regelung im Umsetzungsrechtsakt möglich wäre. Die Kommunalverwaltungen als solche dürften von Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie indes nicht erfasst sein.

3.1.4. Größe der Einrichtung

Die von Art. 2 Abs. 1 S. 1 NIS-2-Richtlinie grundsätzlich erfassten Einrichtungen müssen darüber hinaus eine bestimmte Größe aufweisen. Diesbezüglich rekurriert Art. 2 Abs. 1 Satz 1 NIS-2-Richtlinie auf die Empfehlung 2003/361/EG³⁵ (vgl. auch ErwG 7 und 16 NIS-2-Richtlinie). So müssen die Einrichtungen als mittlere Unternehmen nach Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG gelten oder die Schwellenwerte für mittlere Unternehmen nach Absatz 1 jenes Artikels überschreiten. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG sieht vor:

- „(1) Die Größenklasse der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) setzt sich aus Unternehmen zusammen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. EUR beläuft.
- (2) Innerhalb der Kategorie der KMU wird ein kleines Unternehmen als ein Unternehmen definiert, das weniger als 50 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. EUR nicht übersteigt.“
- (3) Innerhalb der Kategorie der KMU wird ein Kleinstunternehmen als ein Unternehmen definiert, das weniger als 10 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. EUR nicht überschreitet.

34 Der deutsche Entwurf des Umsetzungsgesetzes zur NIS-2-Richtlinie sieht vor diesem Hintergrund in § 28 Abs. 1 Nr. 4 und § 28 Abs. 2 Nr. 3 eine ausdrückliche Einbeziehung von „rechtlich unselbstständige[n] Organisationseinheiten einer Gebietskörperschaft, die anderen natürlichen oder juristischen Personen entgeltlich Waren oder Dienstleistungen anbiete[n] [...]“ in den Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes vor, welcher ausweislich der Gesetzesbegründung bewusst vorgenommen wurde, um Eigenbetriebe zu adressieren, obwohl diese keine juristische oder natürliche Person sind, s. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der NIS-2-Richtlinie und zur Regelung wesentlicher Grundzüge des Informationssicherheitsmanagements in der Bundesverwaltung (NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz), [BT-Drs. 20/13184](#), 2. Oktober 2024, S. 155; Im Hinblick auf Österreich: [Kristoferitsch/Wieser, NIS-2: Sind auch Gemeinden und Gemeindeverbände erfasst?, Beitrag bei kommunal.at](#) vom 23. September 2024 – die österreichischen Regiebetriebe dürften insofern den kommunalen Eigengesellschaften entsprechen.

35 Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, 2003/361/EG, ABl. L 124/36 v. 20. Mai 2003, S. 36.

Unter Anwendung dieser „Size-Cap-Rule“³⁶ sind mittlere Unternehmen solche, die zwischen 50 und 249 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz von über 10 bis höchstens 50 Mio. Euro erzielen oder eine Jahresbilanzsumme von über 10 bis höchstens 43 Mio. Euro aufweisen.

3.2. Art. 2 Abs. 2 NIS-2-Richtlinie

Einrichtungen können auch unabhängig von der „Size-Cap-Rule“ dem Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie unterfallen.³⁷ So gilt diese gemäß Art. 2 Abs. 2 NIS-2-Richtlinie „[u]nabhängig von der Größe der Einrichtungen auch für Einrichtungen der in den Anhang I oder II genannten Art, wenn

- c) sich eine Störung des von der Einrichtung erbrachten Dienstes wesentlich auf die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit auswirken könnte; [...]
- e) die Einrichtung aufgrund der besonderen Bedeutung, die sie auf nationaler oder regionaler Ebene für den betreffenden Sektor oder die betreffende Art des Dienstes oder für andere voneinander abhängige Sektoren in dem Mitgliedstaat hat, kritisch ist;
- f) die Einrichtung eine Einrichtung der öffentlichen Verwaltung:
 - i) von einem Mitgliedstaat gemäß nationalem Recht definierte Einrichtung der öffentlichen Verwaltung der Zentralregierung ist oder
 - ii) von einem Mitgliedstaat gemäß nationalem Recht definierte Einrichtung der öffentlichen Verwaltung auf regionaler Ebene ist, die nach einer risikobasierten Bewertung Dienste erbringt, deren Störung erhebliche Auswirkungen auf kritische gesellschaftliche oder wirtschaftliche Tätigkeiten haben könnte.“

Ob eine kommunale Einrichtung derart bedeutend ist, dass sie i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Buchst. e) für den betreffenden Sektor oder die Art des Dienstes kritisch ist, müsste anhand des Einzelfalls bewertet werden. Jedenfalls eröffnet Art. 2 Abs. 2 Buchst. e) eine jedenfalls theoretische Anwendungsmöglichkeit, die grundsätzlich weit gefasst ist.³⁸

Vor dem Hintergrund, dass Cyberangriffe weitreichende Auswirkungen auf Kommunen haben können,³⁹ sind Interessenvertreter teilweise der Ansicht, dass auch Art. 2 Abs. 2 Buchst. f) die

36 [Übersicht](#) der Anlaufstelle Netz- und Informationssystemsicherheitsgesetz (NISG), Die neue NIS-2-Richtlinie.

37 [Übersicht](#) der Anlaufstelle Netz- und Informationssystemsicherheitsgesetz (NISG), Die neue NIS-2-Richtlinie.

38 Stoiber bezeichnet die Regelung vor diesem Hintergrund als „Joker-Karte“, in: Eine verständliche Zusammenfassung zur NIS 2 Richtlinie: Was IT-Leiter und Sicherheitsexperten jetzt wissen müssen, [Beitrag](#) vom 23. Oktober 2023.

39 Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2023, Oktober 2023, S. 82.

Anwendung der NIS-2-Richtlinie auf Einrichtungen der kommunalen Verwaltung eröffnet.⁴⁰ Dies könnte abschließend allein durch den EuGH beurteilt werden, erscheint aber aufgrund des Wortlauts des Art. 2 Abs. 2 Buchst. f) NIS-2-Richtlinie, welcher auf die regionale Ebene⁴¹ abstellt eher fernliegend.

3.3. Art. 2 Abs. 3 NIS-2-Richtlinie

Unabhängig von der Größe der Einrichtungen gilt die NIS-2-Richtlinie gem. Art. 2 Abs. 3 auch für Einrichtungen, die nach Richtlinie (EU) 2022/2557⁴² als kritische Einrichtungen eingestuft wurden.

Gem. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2022/2557 muss jeder Mitgliedstaat bis zum 17. Juli 2026 die kritischen Einrichtungen ermitteln. Zu einer entsprechenden Mitteilung Deutschlands liegen hier keine Informationen vor, sodass nicht abschließend eingeschätzt werden kann, ob kommunale Einrichtungen davon erfasst sein könnten.

3.4. Art. 2 Abs. 5 NIS-2-Richtlinie

Art. 2 Abs. 5 der NIS-2-Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten weitere Möglichkeiten zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der Richtlinie und sieht vor:

- „Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass diese Richtlinie Anwendung findet auf:
- a) Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung auf lokaler Ebene;
 - b) Bildungseinrichtungen, insbesondere wenn sie kritische Forschungstätigkeiten durchführen.“

40 So stellt Berghoff, [NIS-2: Die Realitätsverweigerung des IT-Planungsrates](#), 7. November 2023, fest, dass der Beschluss des IT-Sicherheitsrates, kommunale Verwaltungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen (dazu ausführlich unter Ziffer 4.4.), der NIS-2 direkt widerspreche und bezieht sich insoweit auf Art. 2 Abs. 2 Buchst. f.

41 S. zum Begriff der regionalen Ebene Ziff. 3.1.3.

42 Richtlinie (EU) 2022/2557 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Resilienz kritischer Einrichtungen und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/114/EG des Rates, [AbL L 333, 27. Dezember 2022, S. 164](#).

Die Mitgliedstaaten haben demnach grundsätzlich die Option, auch die Kommunen bzw. die Kommunalverwaltung in den Anwendungsbereich des Umsetzungsrechtsakts mit einzubeziehen.⁴³ Dieser Spielraum wurde den Mitgliedstaaten durch die NIS-2-Richtlinie bewusst eröffnet.⁴⁴

In diesem Sinne lassen sich auch die Erwägungsgründe der NIS-2-Richtlinie heranziehen. So heißt es in ErwG 8, dass

„Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung, deren Tätigkeiten nur geringfügig mit [den Bereichen nationale Sicherheit, öffentliche Sicherheit, Verteidigung oder Strafverfolgung, einschließlich der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten] zusammenhängen, [...] jedoch nicht vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden [sollten]“.

Hinsichtlich dieser den Mitgliedstaaten eingeräumten Möglichkeit ist zu berücksichtigen, dass Art. 2 Abs. 5 NIS-2-Richtlinie sich in zweierlei Hinsicht von Art. 2 Abs. 1 ff. NIS-2-Richtlinie unterscheidet. Zum einen knüpft Art. 2 Abs. 5 NIS-2-Richtlinie nicht – wie Art. 2 Abs. 2 bis 4 NIS-2-Richtlinie – an das die einbezogenen Einrichtungen betreffende Größenerfordernis aus Art. 2 Abs. 1 NIS-2-Richtlinie an, sondern stellt allein auf die lokale Ebene ab. Zum anderen sieht Art. 2 Abs. 5 NIS-2-Richtlinie anders als Art. 2 Abs. 1 ff. NIS-2-Richtlinie in seiner Rechtsfolge keine zwingende Einbeziehung der betreffenden Einrichtungen vor, sondern räumt den Mitgliedstaaten ein Ermessen ein [„können vorsehen“].

Vor diesem Hintergrund sind im Umsetzungsverlauf unterschiedliche mitgliedstaatliche Regelungsentwürfe zu erwarten. Es lässt sich aber festhalten, dass den Mitgliedstaaten eine Einbeziehung von Einrichtungen der Kommunalverwaltung in den Anwendungsbereich des Umsetzungsrechtsakts bezüglich der NIS-2-Richtlinie jedenfalls auf Grundlage des Art. 2 Abs. 5 Buchst. a) NIS-2-Richtlinie grundsätzlich offenstehen dürfte.

3.5. Ergebnis

Es ist jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass der Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie die kommunalen Eigengesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen bereits unmittelbar erfasst. Jedenfalls dürfte für die Mitgliedstaaten auf Grundlage des Art. 2 Abs. 5 Buchst. a) NIS-2-Richtlinie die Möglichkeit bestehen, Einrichtungen der Kommunalverwaltung im Rahmen ihrer Richtlinienumsetzung in den Anwendungsbereich miteinzubeziehen, wobei es in ihrem Ermessen steht, ob sie hiervon tatsächlich Gebrauch machen.

Fachbereich Europa

⁴³ *Stuffrein*, Nach dem Ausschluss der Kommunen aus NIS-2 – Quo vadis?, [Tagesspiegel Background](#) vom 23. November 2023; Bundesverband IT-Sicherheit e. V. ([TeleTrusT](#)), Offener Brief an den IT-Planungsrat: Nehmen Sie den Beschluss zur Nicht-Umsetzung der NIS-2-Richtlinie zurück!, 21. November 2023; [Beitrag](#) bei HK2 Rechtsanwälte, Wo stehen die Länder bei der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie?; [Schmidt](#), Der Regierungsentwurf zur NIS-2-Richtlinie – Richtliniengetreue Umsetzung oder deutscher Sonderweg?, RDI 2024, 550, 553.

⁴⁴ *Stuffrein*, Nach dem Ausschluss der Kommunen aus NIS-2 – Quo vadis?, [Tagesspiegel Background](#) vom 23. November 2023.