

# NIS-2-Umsetzung in Deutschland: Fehler vermeiden, Klarheit schaffen

*Die Umsetzung der NIS-2-Richtlinie in deutsches Recht stellt die neue Bundesregierung vor Herausforderungen. Eigentlich hätte die Umsetzung der EU-Richtlinie zur Cybersicherheit bereits bis zum 17.10.2024 erfolgen müssen. Die EU-Kommission hat deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Zugleich weist der zuletzt im parlamentarischen Verfahren befindliche Entwurf für ein NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz (NIS2UmsuCG) erhebliche Mängel auf, die zu Rechtsunsicherheit und bürokratischem Mehraufwand für die Wirtschaft führen. Dieses Papier analysiert die zentralen Problempunkte und schlägt gezielte Änderungen für eine praxistaugliche und europarechtskonforme Umsetzung der NIS-2-Richtlinie vor.*

*Verfasser: RA Stefan Hessel, LL.M. und RA Moritz Schneider*

## 1. Keine Experimente bei der Berechnung der Schwellenwerte

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie knüpft ihre Anwendbarkeit regelmäßig an die Einstufung einer Einrichtung als mittleres Unternehmen im Sinne der KMU-Definition der EU-Kommission.<sup>1</sup> Der letzte Entwurf des NIS2UmsuCG wich von dieser Vorgabe ab und sah eine Berechnungsmethode vor, nach der die Schwellenwerte für die Mitarbeiterzahl, den Jahresumsatz und die Jahresbilanzsumme anhand der Geschäftstätigkeit der jeweiligen Einrichtung ermittelt werden sollten (§ 28 Abs. 3 BSIG-E).<sup>2</sup>

Diese Berechnungsmethode ist jedoch nicht nur europarechtswidrig,<sup>3</sup> sondern auch völlig praxisfern. Für Unternehmen ist es kaum möglich, Querschnittsaufgaben wie Marketing, Buchhaltung oder Gebäudesicherheit vollständig zu identifizieren, pro Kopf herunterzubrechen und in die Berechnung einfließen zu lassen. Zudem müssten Unternehmen, die in mehreren Sektoren tätig sind, für jeden betroffenen Sektor gesondert ermitteln, ob die Schwellenwerte überschritten werden. Dieser Sonderweg, der bei der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie in der EU einzigartig ist, führt zu erheblichem bürokratischem Mehraufwand und Rechtsunsicherheit.

**Lösungsvorschlag:** Deutschland sollte – wie alle anderen EU-Mitgliedstaaten – die Vorgaben der NIS-2-Richtlinie konsequent umsetzen. Gleichzeitig sollte jedoch weiterhin die in Erwägungsgrund 16 der NIS-2-Richtlinie vorgesehene Möglichkeit genutzt werden, bei der Hinzurechnung von Partnerunternehmen und verbundenen Unternehmen Ausnahmen vorzusehen.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

---

<sup>1</sup> Empfehlung der Kommission 2003/361/EG ABl. L 124 v. 20.5.2003, 36.

<sup>2</sup> BT-Drs. 20/13184, S. 36.

<sup>3</sup> Dazu näher: Hessel/Callewaert/Schneider RD 2024, 208 (210); Hessel/Callewaert/Schneider RFamU 2024, 200 (201); Katharina/Ziegler RDV 2025, 30 (33); Schmidt RD 2024, 550 (552).

### **„§ 28 Besonders wichtige Einrichtungen und wichtige Einrichtungen [...]**

(3) <sup>1</sup>Die Bestimmung der Mitarbeiterzahl, des Jahresumsatzes und der Jahresbilanzsumme erfolgt gemäß der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG vom 6. Mai 2003 zur Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20. Mai 2003, S. 36). <sup>2</sup>Die Werte verbundener Unternehmen und von Partnerunternehmen werden nach Maßgabe dieser Bestimmungen hinzugerechnet, es sei denn, das Unternehmen ist unter Berücksichtigung der rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Umstände sowie im Hinblick auf die Beschaffenheit und den Betrieb seiner informationstechnischen Systeme, Komponenten und Prozesse als unabhängig von seinen Partner- oder verbundenen Unternehmen anzusehen.“

## **2. Arbeitsteilung berücksichtigen**

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie geht davon aus, dass hinter jedem Dienst und jeder Tätigkeit lediglich eine einzelne Einrichtung steht. Diese Annahme entspricht jedoch nicht der wirtschaftlichen Realität. In der Praxis erbringen häufig mehrere Einrichtungen gemeinsam kritische Dienste oder Tätigkeiten, was zu Unklarheiten darüber führt, welche Unternehmen in arbeitsteiligen Konstellationen als Adressaten der Pflichten der NIS-2-Richtlinie anzusehen sind. Besonders problematisch ist, dass viele regulierte Sektoren an den Begriff *Betreiber* anknüpfen, ohne dass die NIS-2-Richtlinie diesen ausdrücklich definiert. Zwar ist der Begriff im europäischen Recht etabliert, wird jedoch in verschiedenen Rechtsakten uneinheitlich verwendet. Diese Unklarheiten führen zu vermeidbarer Rechtsunsicherheit – insbesondere dann, wenn mehrere Einrichtungen zusammenwirken.

**Lösungsvorschlag:** Das NIS-2-Umsetzungsgesetz sollte eine Regelung enthalten, die klar festlegt, wie in arbeitsteiligen Konstellationen die Verantwortlichkeiten verteilt werden. Idealerweise sollte das deutsche Umsetzungsgesetz zudem eine eigenständige Definition des Betreiberbegriffs enthalten. Mindestens sollte klargestellt werden, dass Betreiber – unabhängig von den Eigentumsverhältnissen – jene sind, die tatsächlich, rechtlich oder wirtschaftlich einen bestimmenden Einfluss auf die Erbringung der regulierten Tätigkeiten oder Dienste ausüben.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

### **„§ 2 Begriffsbestimmungen [...]**

Nr. 47 „Betreiber“ eine natürliche oder juristische Person, die – unabhängig von den Eigentumsverhältnissen – einen bestimmenden tatsächlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Einfluss auf eine regulierte Tätigkeit, einen regulierten Dienst oder eine regulierte Anlage ausübt.“

### **„§ 28 Besonders wichtige Einrichtungen und wichtige Einrichtungen [...]**

(2a) <sup>1</sup>Erbringen mehrere natürliche oder juristische Personen gemeinsam Dienste oder Tätigkeiten, die einer in den Anlagen 1 und 2 bestimmten Einrichtungsart zuzuordnen sind, so sind sie alle verpflichtet, die Vorgaben dieses Gesetzes einzuhalten. <sup>2</sup>Satz 1 gilt nicht, wenn der Beitrag einer Einrichtung bei der Erbringung der Dienste oder Tätigkeiten unter Berücksichtigung der Risiken für die Sicherheit der Netz- und Informationssysteme eine untergeordnete Rolle spielt.“

### 3. Hersteller definieren

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie erfasst Hersteller von Medizinprodukten, chemischen Erzeugnissen und vielen weiteren Produkten. Im europäischen Recht existieren jedoch verschiedene Definitionen des Herstellerbegriffs. Die NIS-2-Richtlinie und das NIS2UmsuCG lassen jedoch offen, welche davon im Rahmen der NIS-2-Umsetzung maßgeblich sein soll. Da die Herstellerbegriffe zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Anwendbarkeit führen, ist eine Klarstellung zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit dringend erforderlich.

**Lösungsvorschlag:** Es sollte eine klare Herstellerdefinition in das NIS-2-Umsetzungsgesetz aufgenommen werden. Da die NIS-2-Richtlinie ein hohes Cybersicherheitsniveau in der EU zum Ziel hat, sollte ein spezifischer, cybersicherheitsrechtlicher Herstellerbegriff zugrunde gelegt werden, der jene Akteure erfasst, die für den Schutz der Produktion verantwortlich sind.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

#### **„§ 2 Begriffsbestimmungen [...]**

*Nr. 48 „Hersteller“ eine natürliche oder juristische Person, die maßgeblichen Einfluss auf die Sicherheit der Netz- und Informationssysteme, die zur Herstellung eines Produkts genutzt werden, hat.“*

### 4. Chemische Stoffe: Redaktionsversehen korrigieren

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie erfasst im Sektor „Produktion, Herstellung und Handel mit chemischen Stoffen“ unter anderem Hersteller von Erzeugnissen i.S.d. Chemikalienverordnung (EG) Nr. 1907/2006. Diese Verordnung grenzt Erzeugnisse jedoch ausdrücklich von chemischen Stoffen und Gemischen ab. Erzeugnisse sind per Definition keine chemischen Stoffe oder Gemische. Es handelt sich offensichtlich um ein Redaktionsversehen, das den Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie jedoch uferlos ausweitet und zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.<sup>4</sup> In den bisherigen Entwürfen des NIS2UmsuCG wurde dieses Redaktionsversehen in Anlage 2 übernommen.

**Lösungsvorschlag:** Um rechtliche Klarheit zu schaffen, sollte für die Alternative „Hersteller chemischer Erzeugnisse“ ausdrücklich auf Kategorie 20 der NACE Rev. 2 verwiesen werden.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

---

<sup>4</sup> Siehe dazu ebenfalls: VDMA, Arbeitspapier zum ANHANG II Nr. 3 NIS-2-Richtlinie, unter: <https://www.reuschlaw.de/news/vdma-arbeitspapier-nis2-und-reach/>

## „Anlage 2

**Sektor:** Produktion, Herstellung und Handel mit chemischen Stoffen

**Einrichtungsart:** Unternehmen im Sinne des Artikels 3 Nummern 9 und 14 der Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates, die Stoffe herstellen und mit Stoffen oder Gemischen handeln, und Unternehmen, die eine der Wirtschaftstätigkeiten im Sinne des Abschnitts C Abteilung 20 der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE Rev. 2) ausüben.“

## 5. Energiesektor eingrenzen

**Problemstellung:** In Anhang I der NIS-2-Richtlinie werden im Sektor Energie auch Erzeuger im Sinne von Art. 2 Nr. 38 der Richtlinie (EU) 2019/944 erfasst. Als Erzeuger gilt demnach jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität erzeugt. Das NIS2UmsuCG verweist zwar stattdessen auf § 3 Nr. 18d, doch führt dies zu keinem sachlichen Unterschied, da Erzeugungsanlagen wiederum sämtliche Anlagen umfassen, die elektrische Energie erzeugen. Im Ergebnis könnte bereits eine einzelne Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Niederlassung dazu führen, dass die gesamte juristische Person als Energieerzeuger in den Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie fällt. Dasselbe gilt für Betreiber von Ladesäulen, die sowohl nach der NIS-2-Richtlinie als auch nach dem NIS2UmsuCG dem Sektor Energie zugeordnet sind. Nach der derzeitigen Formulierung genügt der Betrieb einzelner Ladesäulen für Kunden oder Mitarbeiter, um den Anwendungsbereich zu eröffnen.

**Lösungsvorschlag:** In der NIS-2-Richtlinie ist für bestimmte Sektoren bereits eine Beschränkung auf Haupttätigkeiten vorgesehen. Es liegt nahe, dass eine entsprechende Einschränkung auch im Energiesektor gewollt war, jedoch versehentlich nicht aufgenommen wurde. Um eine sachgerechte Abgrenzung sicherzustellen, sollte – analog zu anderen Bereichen wie der Abfallbewirtschaftung – klargestellt werden, dass Einrichtungen nicht erfasst werden, wenn die Energieerzeugung bzw. der Betrieb von Ladepunkten nicht ihre Hauptwirtschaftstätigkeit darstellen.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

## „Anlage 1

**Sektor:** Energie

**Branche:** Stromversorgung

**Einrichtungsart:** [...]

- Betreiber von Erzeugungsanlagen nach § 3 Nummer 18d EnWG, ausgenommen Einrichtungen, für die der Betrieb von Erzeugungsanlagen nicht ihre Hauptwirtschaftstätigkeit ist. [...]

- Ladepunktbetreiber nach § 2 Nummer 8 LSV, ausgenommen Einrichtungen, für die der Betrieb von Ladepunkten nicht ihre Hauptwirtschaftstätigkeit ist. [...]

## 6. Unklare Formulierungen auflösen

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie und das NIS2UmsuCG enthalten an mehreren Stellen unklare Formulierungen. Ein Beispiel ist der bereits zitierte Bereich „Produktion, Herstellung und Handel mit chemischen Stoffen“. Dem Wortlaut nach werden „*Unternehmen, die Stoffe herstellen und mit Stoffen oder Gemischen handeln, und Unternehmen, die Erzeugnisse produzieren*“ erfasst. Die Formulierung lässt jedoch offen, ob bereits Unternehmen erfasst sind, die ausschließlich Stoffe herstellen, oder ob nur solche Unternehmen unter die Regelung fallen, die sowohl Stoffe herstellen als auch mit ihnen handeln.

**Lösungsvorschlag:** Es ist davon auszugehen, dass nur Unternehmen erfasst sind, die chemische Stoffe sowohl herstellen als auch vertreiben. Unternehmen, die chemische Stoffe lediglich als Vorprodukt für ihre eigene Produktion herstellen, sollen nicht unter die Regelung fallen. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, sollte dies sprachlich klargestellt werden.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

### **„Anlage 2**

**Sektor:** *Produktion, Herstellung und Handel mit chemischen Stoffen*

**Einrichtungsart:** *Unternehmen im Sinne des Artikels 3 Nummern 9 und 14 der Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates, die Stoffe herstellen und mit diesen Stoffen oder Gemischen handeln, und [...]“*

## 7. Großhandel definieren

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie erfasst im Sektor „Produktion, Verarbeitung und Vertrieb von Lebensmitteln“ unter anderem Lebensmittelunternehmen, die im Großhandel oder in der industriellen Produktion tätig sind. Allerdings bleibt unklar, unter welchen Voraussetzungen ein Lebensmittelunternehmen als Großhändler gilt. Dies führt zu Rechtsunsicherheiten, da unklar ist, ob bestimmte Unternehmen, insbesondere solche mit Mischformen aus Einzel- und Großhandel, unter die Regelung fallen.

**Lösungsvorschlag:** Das NIS-2-Umsetzungsgesetz sollte eine präzise Definition des Großhandels enthalten. Die Definition sollte klarstellen, welche Kriterien ein Lebensmittelunternehmen erfüllen muss, um als Großhändler eingestuft zu werden. Dadurch wird sichergestellt, dass betroffene Unternehmen ihre Pflichten zuverlässig bestimmen können und eine einheitliche Anwendung der gesetzlichen Anforderungen gewährleistet ist.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

### **„§ 2 Begriffsbestimmungen [...]“**

*Nr. 49 „Großhandel“ der bewusste und gezielte Vertrieb von Waren an gewerbliche Abnehmer, Einzelhändler oder andere Unternehmen.“*

## 8. Konzern-IT ausnehmen

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie erfasst Anbieter von Rechenzentrums- und Cloud-Computing-Diensten. Erwägungsgrund 35 der Richtlinie stellt jedoch klar, dass eine Ausnahme gilt, wenn sich die genutzte Infrastruktur – etwa Rechenzentrumsdienste – im Besitz der jeweiligen Einrichtung befindet. Da die Definition der „Einrichtung“ an die Rechtspersönlichkeit anknüpft, greift die Ausnahme jedoch nicht, wenn Einrichtungen innerhalb eines Konzerns oder einer Unternehmensgruppe für andere juristische Personen regulierte IT-Services erbringen. Im Ergebnis liegt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von internen und ausgelagerten IT-Services.

**Lösungsvorschlag:** Um diese Ungleichbehandlung zu vermeiden, sollte die NIS-2-Richtlinie in einer Weise ausgelegt werden, die sich an den wirtschaftlichen Gegebenheiten orientiert, anstatt strikt an die formale Rechtspersönlichkeit einer Einrichtung anzuknüpfen. Ein Ungleichbehandlung von wirtschaftlichen Einheiten wie Konzernen und Unternehmensverbänden kann durch eine klare Definition des Begriffs „Anbieter“ erreicht werden.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

### **„§ 2 Begriffsbestimmungen [...]“**

*Nr. 50 „Anbieter“ wer Tätigkeiten und Dienste entgeltlich für einen Dritten erbringt. Verbundene Unternehmen oder Partnerunternehmen nach der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG vom 6. Mai 2003 zur Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20. Mai 2003, S. 36) gelten nicht als Dritte.“*

## 9. Einschränkung bei Online-Marktplätzen

**Problemstellung:** Die NIS-2-Richtlinie erfasst im Sektor Anbieter digitaler Dienste auch Anbieter von Online-Marktplätzen. Zur Definition von Online-Marktplätzen verweist die Richtlinie auf Art. 2 lit. n der UGP-Richtlinie 2005/29/EG. Demnach gilt als Online-Marktplatz jeder Dienst, der es Verbrauchern mithilfe von Software, einschließlich einer Website, eines Teils einer Website oder einer Anwendung, die vom oder im Namen des Gewerbetreibenden betrieben wird, ermöglicht, Fernabsatzverträge mit anderen Gewerbetreibenden oder Verbrauchern abzuschließen. Im letzten Entwurf des NIS2UmsuCG wurde hierfür auf § 312I Abs. 3 BGB verwiesen, ohne dass damit ein sachlicher Unterschied verbunden war. Unternehmen, die einen Webshop betreiben, eröffnen Dritten jedoch in zunehmendem Maße die Möglichkeit, über ihre Plattform Waren im eigenen Namen zu verkaufen. Da dies in der Regel allerdings nur in geringem Umfang geschieht, ist es nicht sachgerecht, solche Marktplätze einem kritischen Sektor zuzuordnen.

**Lösungsvorschlag:** Um eine sachgerechte Regulierung zu gewährleisten, sollten nur solche Anbieter von Online-Marktplätzen erfasst werden, bei denen die Marktplatzfunktion eine zentrale Rolle im Geschäftsmodell spielt. Die Systematik der NIS-2-Richtlinie deutet darauf hin, dass der europäische Gesetzgeber insbesondere solche Marktplätze erfassen wollte, die maßgeblich zum Absatz von Waren Dritter beitragen und deshalb eine kritische Funktion erfüllen. Daher sollte eine Ausnahme für solche Anbieter vorgesehen werden, bei denen der Online-Marktplatz nur einen unwesentlichen Teil der Gesamttätigkeit ausmacht.

Der folgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG gemäß dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

### „Anlage 2

**Sektor:** Anbieter digitaler Dienste

**Einrichtungsart:** Anbieter von Online-Marktplätzen unter Ausschluss solcher Unternehmen, für die das Anbieten von Online-Marktplätzen ein nicht wesentlicher Teil ihrer allgemeinen Tätigkeit ist.“

## 10. Ausnahmen konkretisieren

**Problemstellung:** Der Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie ist grundsätzlich auch eröffnet, wenn Dienste oder Tätigkeiten – auch nur in geringem Umfang – als Nebentätigkeit erbracht werden. Allerdings sieht die Richtlinie explizite Ausnahmen für Nebentätigkeiten vor, wobei unterschiedliche Maßstäbe angewendet werden:

- In einigen Sektoren sind Tätigkeiten ausgenommen, wenn sie lediglich einen *nicht wesentlichen* Teil der allgemeinen Tätigkeit ausmachen.
- Im Bereich der Abfallbewirtschaftung hingegen greift die Ausnahme nur, wenn die Abfallbewirtschaftung nicht die *Hauptwirtschaftstätigkeit* ist.

Die unklare Abgrenzung der Ausnahmen erschwert es Unternehmen, ihre eigene Betroffenheit rechtssicher zu prüfen, da ungewiss ist, wann und unter welchen Bedingungen eine Ausnahme tatsächlich greift.

**Lösungsvorschlag:** Das NIS-2-Umsetzungsgesetz sollte die Ausnahmekriterien eindeutig definieren.

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag bezieht sich auf den Entwurf des BSIG nach dem letzten Entwurf des NIS2UmsuCG:

### „§ 2 Begriffsbestimmungen [...]

Nr. 51 „ein nicht wesentlicher Teil einer allgemeinen Tätigkeit“ eine Tätigkeit, die als bloßer Annex zu einer selbstständigen Geschäftstätigkeit ausgeübt wird.

Nr. 52 „Hauptwirtschaftstätigkeit“ eine Tätigkeit, die einem eigenständigen Geschäftsbereich einer natürlichen oder juristischen Person zugeordnet werden kann und auf die der überwiegende Teil ihrer Wertschöpfung entfällt.“

## Zu den Autoren

RA **Stefan Hessel**, LL.M. ist Salary Partner und Head of Digital Business bei reuschlaw in Saarbrücken. Er berät Unternehmen und die öffentliche Hand zu komplexen Fragestellungen in den Bereichen Datenschutz, Cybersicherheit sowie IT-Recht.

E > [stefan.hessel@reuschlaw.de](mailto:stefan.hessel@reuschlaw.de)

RA **Moritz Schneider** ist Associate in der Digital Business Unit bei reuschlaw in Saarbrücken.

E > [moritz.schneider@reuschlaw.de](mailto:moritz.schneider@reuschlaw.de)

