

**E N T S C H E I D U N G S D A T U M**

**2 9 . 0 3 . 2 0 2 3**

**G E S C H Ä F T S Z A H L**

**W 2 7 4 2 2 4 1 1 6 6 - 1 / 1 6 E**

**I M N A M E N D E R R E P U B L I K !**

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. LUGHOFER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Prof. KR POLLIRER und Dr. GOGOLA als Beisitzer über die Beschwerde des **WASSERVERBAND XXXX**, vertreten durch den Geschäftsführer Ing. **XXXX** vertreten durch Raffling Tenschert Lassl Griesbacher & Partner Rechtsanwälte GmbH, Lendkai 43/EG, 8020 Graz, gegen den Bescheid der **Datenschutzbehörde**, Barichgasse 40 - 42, 1030 Wien, vom 08.02.2021, GZ D213.1166, **wegen Zulässigkeit der Verwendung eines intelligenten Wasserzählers XXXX „bzw „vergleichbare Typen“** (amtswegiges Prüfverfahren), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung

**I. zu Recht:**

Der Beschwerde wird **Folge** gegeben und der bekämpfte Bescheid vom 08.02.2021 ersatzlos behoben.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

**und fasst II. den**

**B E S C H L U S S:**

Die Beschwerde der **1. XXXX**, beide vertreten durch Lichtenberger & Partner Rechtsanwälte, Wollzeile 19/15, 1010 Wien, vom 12.11.2021 gegen den oben genannten Bescheid der Datenschutzbehörde vom 08.02.2021, GZ D213.1166, wird (mangels Parteistellung) zurückgewiesen.

## **Entscheidungsgründe:**

1.1. Die Datenschutzbehörde (im Folgenden: belangte Behörde) leitete mit Schreiben vom **29.09.2020**, bezeichnet als „Aufforderung zur Stellungnahme“, ein **amtswegiges Prüfverfahren** gegen den **Wasserverband XXXX** (im Folgenden: Beschwerdeführer, BF) ein.

Sie führte dort aus:

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens zu GZ D122.956 sowie der Bescheidbeschwerde GZ D062.172 sei der belangten Behörde zur Kenntnis gebracht worden, dass der BF intelligente Wasserzähler betreibe, die kontinuierlich Wasserdurchfluss sowie Wassertemperatur erfassen und diese Daten in Form von Mindest-, Mittel-, und Höchstwerten täglich speichern.

Vor diesem Hintergrund werde ein amtswegiges Prüfverfahren gemäß Art. 57 Abs. 1 lit. h iVm Art. 58 Abs. 1 lit. b DSGVO iVm § 20 Abs. 1 DSG eingeleitet. Die belangte Behörde beabsichtige, den Akteninhalt der oben genannten Verfahren zum Inhalt auch des gegenständlichen Verfahrens zu übernehmen, sofern nicht fristgerecht Einwände geäußert würden.

Die BF werde aufgefordert, binnen Frist folgende Fragen zu beantworten:

- 1.) Wie viele intelligente Wasserzähler befinden sich derzeit in Verwendung?
- 2.) Seit wann werden personenbezogene Daten durch intelligente Wasserzähler verarbeitet?
- 3.) Welche personenbezogenen Daten werden konkret durch die intelligenten Wasserzähler verarbeitet? Es mögen Belege (beispielsweise Screenshots) vorgelegt werden.
- 4.) Wie werden die Daten ausgelesen sowie wie werden diese übermittelt?
- 5.) Welches Modell bzw. Modelle werden verwendet? Es mögen die diesbezüglichen technischen Spezifikationen jeweils dargelegt werden.
- 6.) Auf welche konkrete Rechtsgrundlage wird die Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt?
- 7.) Sie werden aufgefordert, ein Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten im Sinne von Art. 30 DSGVO vorzulegen.

8.) Wurde im Hinblick auf die intelligenten Wasserzähler eine Datenschutzfolgenabschätzung iSv Art. 35 DSGVO durchgeführt und falls nein, weshalb wurde eine solche unterlassen? Falls ja, ist die entsprechende Datenschutzfolgenabschätzung vorzulegen.

9.) Welche geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen wurden getroffen, damit hinsichtlich der intelligenten Wasserzähler die Anforderungen der DSGVO erfüllt und die Rechte der betroffenen Person geschützt werden (Art. 25 Art. oder 28 Abs. 1 DSGVO)? Insbesondere möge auch dargelegt werden, wie die Sicherheit der Verarbeitung (Art. 32 DSGVO) gewährleistet wird.

In weiterer Folge erteilte die belangte Behörde Rechtsbelehrung hinsichtlich Mitwirkungspflicht, einer möglichen Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens sowie der sonstigen Befugnisse der belangten Behörde.

1.2. Mit anwaltlicher Stellungnahme vom 21.12.2020 wandte sich die **BF** zunächst gegen die Einbeziehung der von der belangten Behörde genannten Aktenbestandteile in das amtswegige Prüfungsverfahren mit der Begründung, der zu D122.956 ergangene Bescheid sei durch Erkenntnis des BVwG zu W211 2214674 ersatzlos behoben worden und dieses Verfahren somit gegenstandslos.

In weiterer Folge brachte die BF zusammengefasst vor, mit Jänner 2018 sei begonnen worden, dass Produkt **XXXX** zu verwenden, wobei der Einbau beim Kunden sukzessive erfolgt sei. Mit der flächendeckenden Fernauslese solle 2021 begonnen werden. Bis dato seien die Verbrauchsstände im Wesentlichen durch die Kunden durch jährliche Meldung bekannt gegeben worden. Mit Stichtag 31.12.2020 seien 7.250 Stück **XXXX** ohne flächendeckende Datenauslesung beim BF bzw. deren Kunden in Verwendung. Demgegenüber stehe, dass innerhalb Österreichs gemäß Markteinschätzung rund 250.000 fernauslesebare Zähler verbaut seien, in Deutschland rund 2 Millionen. Die BF habe sich für **XXXX** entschieden, da mit diesem eine schnelle und stichtagsgenaue Ablesung des Zählers und zum anderen eine anlassbezogene Auslesung zur umgehenden Ermittlung u.a. von Wasserverlusten durch erhebliche Leckagen, Rohrbrüche, ein professionelles Rohrmanagement und ein schnellstmögliches Feststellen eines Verkeimungsherd durch eine etwaige Rückführung von Wasser durch den Verbraucher in das Versorgungsnetz möglich seien. Mit dieser Technologie könne die BF anhand der erhobenen Messwerte ermitteln, ob der Durchfluss in einer Trinkwasserinstallation normal sei, ob das Wasser längere Zeit stagniere und hygienische Probleme entstehen könnten oder ob das Wasser permanent fließe und damit womöglich die Leitung beschädigt sei und das Wasser unkontrolliert und ungewollt entweiche. Damit könne

der BF seiner im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe zur Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser einschließlich der Erhaltung des Wassernetzes nachkommen.

**XXXX** sei ein integrierter und hermetisch verschlossener Wasserzähler, der für die Erfassung der Volumina von kaltem und warmem Wasser konzipiert worden sei. Es handle sich um keine Wassermessung im Sinne von Durchfluss in Kubikmeter pro Stunde oder Liter pro Stunde oder pro Sekunde. Es handle sich um einen statischen Durchflusssensor, der auf dem Ultraschallprinzip basiere. Der Wasserzähler sei nach der MID für die europäischen Märkte zugelassen. Zudem sei das Produkt mit der ÖVGW-Qualitätsmarke Wasser ausgezeichnet worden. Diese Auszeichnung zeige an, dass **XXXX** über die Normkonformität hinaus in Bezug auf Konstruktion und Ausführung, insbesondere im Bereich der Betriebssicherheit, Umweltverträglichkeit, wirtschaftlichen Energieausnutzung und gebrauchsgerechten Handhabung, in allen Teilen dem jeweiligen Stand der Technik und den Vorgaben der einschlägigen Qualitätsstandards entspreche.

**XXXX** verfüge über ein Display, von dem sich je nach Anlassfall entsprechende Informationen ablesen ließen. Zudem sei der Zähler mit einem sogenannten optischen Auge ausgestattet, das es ermögliche, die im Datenlocker des Zählers gespeicherten Verbrauchsdaten und Infocodes auszulesen. Der Zähler werde mit eingebauter Datenkommunikation für drahtlosen Funk (europäische Norm für Fernauslösung) geliefert.

Auf der Oberfläche des **XXXX** befänden sich zunächst unveränderbare Informationen (lasergravierter Text). Der Zähler zeige den summierten Wasserverbrauch mit fünf Ziffern und bis zu drei Dezimalen an.

Folgende Infocodes könnten auf dem Display im Anlassfall aufleuchten:

LEAK - die letzten 24 Stunden hat das Wasser im Zähler mindestens eine zusammenhängende Stunde nicht stillgestanden. Dies kann ein Zeichen von einem undichten Wasserhahn oder Toilettenspülkasten sein.

BURST - der Wasserstrom hat mindestens 30 Minuten eine vorprogrammierte Grenze überschritten, was ein Zeichen von einem gesprengten Rohr ist.

TAMPER - Betrugsversuch. Der Zähler ist nicht mehr für Abrechnungszwecke gültig.

DRY - der Zähler ist nicht wassergefüllt.

REVERSE - das Wasser läuft in die falsche Richtung durch den Zähler.

RADIO OFF - der Zähler ist noch auf Transport eingestellt, wobei der integrierte Funksender ausgeschaltet ist. Der Sender schaltet automatisch ein, wenn der erste Liter Wasser durch den Zähler gelaufen ist.

Zwei kleine wechselnde blinkende Vierecke zeigen an, dass der Zähler in Betrieb ist.

Die Messung erfolge durch den Einsatz eines Ultraschallsignals, wobei es zu einer Volumenermittlung komme. Das Durchflussvolumen werde nicht ermittelt. Das Messprinzip basiere auf dem Laufzeitdifferenzverfahren, was ein bewährtes präzises Messprinzip sei. Die Volumenmessung erfolge nach einem festen Messzyklus. Am ersten Tagen eines Monats speichere **XXXX** den Zählerstand im Register für Stichtagsvolumen. Unter Zählerstand sei der summierte Wasserverbrauch als Volumenwert zu verstehen. Die Daten, d.h. die jeweiligen Zählerstände zum Stichtag, würden im Monatsregister abgespeichert. Das Register enthalte die Zählerstanddaten der letzten 460 Tage, der letzten 36 Monate und der letzten zehn Jahre jeweils als summierte Volumenwerte (Summe eines Tages, eines Monats bzw. eines Jahres). Die Auslesung des Stichtagsvolumens werde sodann vom Wasserverband zur Fakturierung und Abrechnung mit seinen Kunden verwendet. Das komplette Verzeichnis über gemessene Volumen könne nur über den optischen Auslesekopf ausgewiesen werden.

Folgende Daten würden mit dem **XXXX** erhoben und in den Datenspeicher gespeichert (bedeute noch nicht ausgelesen) und seien nur mit einer vom Hersteller bereitgestellten Software direkt am Zähler und nicht per Funk auslesbar:

- Zeitpunkt, Jahr, Monat und Tag werden zum jeweiligen „Stichtagsdatum“ protokolliert.
- Das Volumen (aktueller Zählerstand), hier: Zählerstand des ersten Tages im Monat
- Betriebsstundenzähler
- Infocode (siehe oben)
- V1 Rückwärtsvolumenregister - Datumsstempel des Höchstdurchflusses
- Wert des Höchstdurchflusses im jeweiligen Zeitraum
- Datumsstempel des Mindestdurchflusses
- Wert des Mindestdurchflusses
- Umgebungs-/Zählertemperaturen (Minimum, Maximum und zeitlich gewichtete Mitteltemperatur des letzten Monats).
- Wassertemperatur (Minimum, Maximum und volumengewichtete Mitteltemperatur des letzten Monats). Die Wassertemperatur werde als eine direkte Messung des Wassers mittels eines Ultraschallsignals gemessen.

Mit **XXXX** werde daher das Volumen des Wasserverbrauchs sowie die tägliche minimale, maximale und durchschnittliche Wassertemperatur und Umgebungs- und Zählertemperatur gemessen.

Die Sendeleistung sei völlig ungefährlich und deutlich kleiner als Rundfunk, Fernsehen, Schnurlostelefone, Mobilfunk, Babyphon etc. Die Sendefrequenz betrage 16 Sekunden. Dies werde so gewählt, damit im Falle der Fernauslesung aus einem fahrenden Auto der Empfang der Daten möglich sei. Dabei betrage die Empfangsquote bei diesem Drive-By-Verfahren 100 %. Die Sendedauer betrage 0,02 Sekunden. Die Funkwasserzähler funkten in 99,8 % der Zeit nicht.

Der Zähler könne theoretisch auf drei verschiedene Weisen abgelesen werden:

- Visuelle Ablesung des Displays vor Ort,
- Empfang des drahtlosen wireless M-Bus Signals (Fernablese),
- Auslösung über das optische Auge mit zum Beispiel **XXXX** drahtlosem optischen Auslesekopf oder optischem Auslesekopf mit USB-Anschluss.

Bis dato erfolge die Ablesung des Zählerstandes grundsätzlich durch den Kunden über ein Display vor Ort und Meldung des Zählerstands an die BF. Eine Fernauslesung sei bisher nur in Einzelfällen vorgenommen worden.

Das Auslesen des Datenspeichers vor Ort könne nur unter Mitwirkung der auf der Liegenschaft lebenden Person durch den autorisierten Wasserversorger unter Verwendung eines speziellen Lesekopfes samt der dazugehörigen Software erfolgen.

Die Fernauslese erfolge ausschließlich, wenn sich die BF mit einem geeigneten Auslesegerät und dazu gehöriger App in unmittelbarer Nähe zum Zähler befinde. Die Fernauslese werde zum Zweck der Abrechnungsdatenerfassung im Vorbeifahren/Vorbeigehen (Drive-By) bzw. im Anlassfall (Vermutung von Rohrbrüchen) vorgenommen. Bei der Fernablese im Drive-By-Weg und beim Auslesen des Datenspeichers vor Ort mittels des optischen Auges würden unterschiedliche Daten erhoben:

Bei Fernablese:

- Zähler-Seriennummer;
- Herstellerspezifische Auskünfte;
- Aktueller Zählerstand, Zählerstand mit Ende letzten Monats;

- Aktueller Infocode und Infocode der letzten 30 Tage;
- Information über minimale gemittelte Wassertemperatur im letzten Monat zum Zweck der Warnung vor eventuellen Frostschäden oder bei hohen Temperaturen vor Verkeimung der Wasserversorgung;
- Information über die maximale gemittelte Lufttemperatur im letzten Monat zum Zweck der Warnung vor eventuellen Frostschäden oder bei hohen Temperaturen vor Verkeimung der Wasserversorgung

Auslese via optisches Auge:

- Datum der Protokollierung;
- Volumen;
- Volumen rückwärts;
- Betriebsstundenzähler;
- Infocodes;
- Datum des Höchst- und Mindestdurchflusses;
- Wert des Höchst- und Mindestdurchflusses;
- Minimale und maximale Wassertemperatur;
- volumengewichtete Mitteltemperatur des Wassers;
- Zählertemperatur - Minimum und - Maximum;
- Zählertemperatur zeitlich gewichteter Durchschnitt.

Durch die summierte Volumenmessung mit **XXXX** könnten keine Rückschlüsse auf Anwesenheit, Schlaf- und Wachzeiten, Haushaltsgewohnheiten, das Badeverhalten oder auf die Zahl der im jeweiligen Haushalt anwesenden Personen gezogen werden. Schon gar nicht könnten einzelne dieser Punkte einer (von mehreren) bestimmten Personen zugeordnet werden, sodass es den Messdaten an der maßgebenden Identifizierbarkeit fehle, um als personenbezogene Daten angesehen zu werden. Die Anschlussnummer werde einem Liegenschaftsobjekt und nicht einer natürlichen Person zugeordnet. Somit könne die

Anschlussnummer Rückschlüsse auf die Person geben, die mit der BF einen Wasserversorgungsvertrag abgeschlossen habe. Dies bedeute nicht zwangsläufig, dass für die BF eine Identifizierbarkeit der auf der Liegenschaft lebenden bzw. wasserverbrauchenden Personen gegeben sei. Schon gar nicht sei eine Identifizierbarkeit anderer, sich vom Vertragspartner der BF unterscheidender Personen möglich. Sobald der eigentliche Gebührensschuldner die betreffende Liegenschaft bzw. eine darauf befindliche Einheit in Bestand gebe, sei der BF unbekannt, von wem der Wasserverbrauch letztlich verursacht werde. Es lasse auch die Frage offen, wie viele Personen tatsächlich in den Räumlichkeiten wohnten, die der Anschlussnummer zugeordnet seien. Selbiges gelte auch für den Fall, dass in einem Haus ein Wasserzähler verbaut sei, jedoch mehrere Wohneinheiten vorhanden seien, sodass eine Zuordenbarkeit zwischen der Anschlussnummer und dem Wasserverbraucher nicht möglich sei. Für die BF verbleibe die Grundinformation durch das Erheben der Messergebnisse immer dasselbe, nämlich die Höhe des summierten Wasserverbrauchs als Volumenwert betreffend eine bestimmte Liegenschaft, die durch die Anschlussnummer identifiziert werde, als Abrechnungsdatum, das aber keinen Rückschluss auf den Wasserverbrauchenden oder die zugrundeliegenden Tätigkeiten zulasse. Auch den analogen Wasserzähler seien Anschlussnummern nach derselben Systematik zugeordnet.

Innerhalb der Datenkategorien „Wasserdurchlauf“ würden verschiedene Messungen durchgeführt (siehe oben). Diese stellten nach Ansicht der BF keine relevante Datenverarbeitung im Sinne des Datenschutzes vor. Abgesehen von den erstellten Abrechnungsdaten anhand des summierten Wasserverbrauchs bezögen sich die Messungen auf Informationen über das Wassernetz (und nicht auf Personen). Durch die erhobenen Messwerte sei jedenfalls nicht ersichtlich, welcher Einzelperson konkrete Wassernutzungen individuell zuzuordnen seien, sodass die Ermittlung der Messwerte das Privatleben des Endverbrauchers nicht tangiere. Dies gelte umso mehr, als eine allfällige Auslesung der Messwerte immer erst nachträglich und summiert erfolgen könne. Es handle sich somit um historische Messwerte.

Die Wasser- und Umgebungstemperatur gäben Aufschluss über drohende hygienische Probleme und Frostschäden. Auch diese Werte seien keine personenbezogene Daten, da sie keine Aussage über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer natürlichen Person trafen. Diese Messwerte ließen keinerlei Rückschluss auf die auf der Liegenschaft lebenden Personen zu. Es handle sich bei der Umgebungs- und Wassertemperatur nicht um Informationen, die sich auf natürliche Personen bezögen und diese in weiterer Folge identifizierbar machten. Auch die zählerbezogene Datenzählernummer, Zählertyp, Konfiguration/Software/Version,



Betriebsstundenzähler, stellen keine personenbezogenen Daten dar. Das DSG und die DSGVO seien somit auf den Wasserzähler nicht anwendbar.

Eine rechtliche Grundlage nach Art. 6 DSGVO sei dort erforderlich, wo es zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten komme. Da nach dem Rechtsstandpunkt der BF solche nicht verarbeitet werden, bedürfe es auch keines Erlaubnistatbestandes.

Sollte man der Ansicht sein, dass es sich bei den Messungen um personenbezogene Daten handle, bestünden Rechtsgrundlagen für die BF und ihre Tätigkeit:

Die Leistungserbringung durch die BF erfolge aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung, sodass der Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO erfüllt sei. Zusätzlich zum Vertragsabschluss sei mit dem Kunden auch die Anwendbarkeit von Lieferbedingungen vereinbart worden. Aus den Bestimmungen lasse sich ableiten, dass es aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ausschließlich im Ermessen der BF liege, welche Art von Wasserzähler verbaut werde, wobei sich die Art der Wasserzähler am Fortschritt der Technik und den angebotenen Möglichkeiten des Marktes orientiere und damit veränderlich sei.

Die BF habe die Wasserversorgung öffentlich-rechtlich in Form einer Verbandssatzung gemäß § 88c WRG 1951 ausgestaltet. Aus dieser ergäbe sich, dass der BF durch seine Leistungserbringung ein grundlegendes (öffentliches) Interesse auf Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser, sowie dessen Schutz und Reinhaltung, erfülle, sodass auch dieser Erlaubnistatbestand gemäß DSGVO erfüllt sei und zusätzlich das Tätigwerden infolge einer bestimmten gesetzlichen Grundlage erfolge. Für die BF bestehe eine gesetzliche Ermächtigung bzw. Verpflichtung, die sie dazu berechtige und verpflichte, dem Stand der Technik entsprechende intelligente Messsysteme (-Vorrichtungen) einzubauen und die Erhebung der Messwerte anhand dieser Systeme zu erfassen. Die BF habe somit ein Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der Art der verwendeten Wasserzähler.

Die Ablesung der Wasserverbrauchswerte infolge Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe (Wasserversorgung) erfolge auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. b und e DSGVO iVm § 87 und § 73 WRG 1959 iVm der Satzung des Wasserverbandes. Die Ablesung der Wasserverbrauchswerte sei zu Abrechnungszwecken erforderlich und auch zuvor mittels analoger Zähler erfolgt.

Eine mögliche anlassbezogene Erhebung und Verarbeitung des tagesaktuellen Verbrauchsstandes und der darauf basierenden Meldungen sei nach Art. 6 Abs. 1 lit. b und e DSGVO iVm § 87 und 73 WRG und § 4 TWV iVm. der Satzung des Wasserverbandes zulässig.

Meldungen über den Wasserverbrauchsstand seien maßgeblich, um mögliche Leckagen oder Rohrbrüche im Wassernetz zu erkennen und zu lokalisieren. Eine Erhebung erfolge zum Zweck, die Wasserhygiene zu gewährleisten und möglichen Wasserverlusten vorzubeugen. Den Wasserverband träfen diesbezüglich Kontroll- und Instandhaltungspflichten mit Bezug auf das Wassernetz.

Betreffend Rückwärtsvolumen seien die Feststellung von Störungen der Messeinrichtungen und allfälliger Manipulationen abrechnungsrelevante Daten. Weiters gebe das Rückwärtsvolumen Aufschluss über Fehlfunktionen im Wassersystem, die eine Gefahr für die Hygiene im Wassernetz darstellen könnten. Im Fall einer (gemeint wohl:) Verkeimung im Wassernetz könne die anlassbezogene Verarbeitung des Rückflussvolumens zu einer schnellen Lokalisierung der Ursache beitragen. Die Verarbeitung des Rückflussvolumens erfolge in diesem Fall zur Reinhaltung des Wassernetzes und zur Aufsicht über Wasseranlagen im Sinne des §§ 87 und 73 WRG 1959 iVm der geltenden Satzung.

Die Daten zur Wasser- und Umgebungstemperatur gäben Aufschluss über drohende hygienische Probleme und Frostschäden, die Daten wie Datum, Uhrzeit, Höchst- und Minstdurchfluss inklusive Datumsstempel stünden im untrennbaren Zusammenhang mit der Erhebung der Wasserverbrauchswerte.

Ausdrücklich sei auch Art. 9c der Richtlinie 2012/27/EU („Energie-Effizienz-Richtlinie Neu“, am 24.12.2018 in Kraft getreten) ausdrücklich zu erwähnen und zu beachten, dass für die Zwecke der Art. 9a und 9b (Einzelverbrauchserfassung [Sub-metering] und Kostenverteilung für die Wärme-, Kälte- und Trinkwasserversorgung) installierte Zähler und Heizkostenverteiler nach dem 25.10.2020 fernablesbar sein müssten. Nachdem die BF gegenüber ihren Kunden sowohl die Trinkwarmwasser- als auch die Kaltwasserversorgung erbringe, werde sie zukünftig bei der Inbetriebnahme neuer Wasserzähler die gesetzliche Anforderung der Fernablesbarkeit durch den Einsatz der vertragsgegenständlichen Wasserzähler erfüllen.

Die Einordnung des Wasserzählers in die Kategorie „Messgerät zur Messung des Kalt- und Warmwasserverbrauchs“ führe damit zur Anwendbarkeit des EEffG. Dieses Bundesgesetz bezwecke, bis Ende 2020 die Effizienz der Energienutzung durch Unternehmen und Haushalte in Österreich bundeseinheitlich kosteneffizient zu steigern, dies unter anderem durch den Einsatz intelligenter Messgeräte. Als Maßnahme, die nachweislich mess- oder schätzbare Verringerungen des Verbrauchs von Endenergie nach sich zögen (sogenannte Energieeffizienzmaßnahmen gemäß § 5 Abs. 1 Z. 7 EEffG), würden gemäß dem Anhang I des EEffG intelligente Verbrauchsmesssysteme, wie Einzelmessgeräte mit Fernablesung bzw. -

steuerung, genannt. Als solche würden auch die in Einsatz gebrachten festgestellten Warmwassermesser gesehen.

Die BF sei der Ansicht, dass durch den Einsatz dieser Wasserzähler keine Verarbeitungsvorgänge erfolgten, die die Durchführung einer Datenschutzfolgenabschätzung vor der Inbetriebnahme erfordert hätten. Zudem sei die Inbetriebnahme bereits im Jänner 2018 und somit vor Geltungsbeginn der DSGVO erfolgt.

Im Hinblick auf die künftige flächendeckende Fernablese werde aktuell an einer Datenschutzfolgenabschätzung gearbeitet. Im Übrigen befolge die BF bestehende Standards, Methoden und Best Practices. Es bestehe eine sichere Verschlüsselung, die ausreichend vor dem Zugriff unberechtigter Dritter schütze. Jeder einzelne Zähler verfüge über einen individuellen Verschlüsselungscode, um die Daten auf dem Weg vom Zähler zur Erfassungseinheit und von der Erfassungseinheit zum Server zu schützen, wobei die Verschlüsselung gemäß dem Advanced Encryption Standard (AES) 128 Bit erfolge. Es handle sich um eine unidirektionale Sendeeinheit, die von außen nicht beeinflussbar sei. Die Speicherung und Entschlüsselung finde ausschließlich hinter Firewalls und im Datenmanagementsystem statt. Zudem habe die BF bereits jetzt sichergestellt, dass für die zukünftige Fernauslesung nur sie über den Schlüssel zu den installierten Funkwasserzählern (Individual-Key) verfüge. Ein Zugriff auf Daten sei ausschließlich für Berechtigte möglich. Der Hersteller des Wasserzählers, **XXXX**, sei ISO 27001 zertifiziert. Auch das System des Wasserverbandes sei durch eine Firewall gesichert.

Die BF machte mehrere Auskunftspersonen namhaft und schloss Urkunden an.

1.3. Mit dem bekämpften **Bescheid** sprach die belangte Behörde aus, das amtswegige Prüfverfahren sei berechtigt und es werde festgestellt, dass die Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler des Typs **XXXX** bzw. vergleichbare Typen unrechtmäßig sei und untersagte dem Verantwortlichen die Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler mit sofortiger Wirkung.

Die belangte Behörde stellte folgenden Sachverhalt fest:

„1. Der Verantwortliche ist als Körperschaft öffentlichen Rechts eingerichtet und Selbstverwaltungskörper.

2. Die Kunden des Verantwortlichen verfügen jeweils über einen Wasserversorgungsvertrag mit dem Verantwortlichen. Der Verantwortliche hat mit Jänner 2018 begonnen, das Produkt **XXXX** Wireless M-Bus bei seinen Kunden sukzessive einzubauen und in Betrieb zu nehmen.

Mit Stichtag 31.12.2020 waren 7.250 **XXXX** Wasserzähler (zu diesem Zeitpunkt noch ohne flächendeckende Datenauslesung) in Verwendung. Mit der flächendeckenden Fernauslesung soll ab 2021 begonnen werden. Vereinzelt finden bereits Fernauslesungen statt. **XXXX** ermöglicht die schnelle und stichtagsgenaue Ablesung des Zählers und dient weiters der anlassbezogenen Auslesung zur Ermittlung von Wasserverlusten, einem professionellen Rohrnetzmanagement und zur Feststellung eines Verkeimungsherd, um dadurch hygienische Probleme oder Leitungsschäden zu ermitteln.

3. Die mittels **XXXX** durchgeführten Messungen erfolgen durch Einsatz eines Ultraschallsignals. Das Volumen wird dadurch nach einem festen Messzyklus ermittelt, wobei mitunter der Zählerstand zum Stichtag im Register gespeichert wird. Dieses enthält die Daten der letzten 460 Tage, der letzten 36 Monate und der letzten zehn Jahre als summierte Volumenswerte. Die Auslesung des Stichtagsvolumens wird vom Verantwortlichen in weiterer Folge zur Fakturierung und Abrechnung mit dem Kunden herangezogen.

**XXXX** sowie die darauf befindlichen Informationen gestalten sich wie folgt:

4. Konkret werden von **XXXX** folgende Datenkategorien erfasst:

- Datum (jj.mm.tt)
- Volumen (aktueller Zählerstand)
- Betriebsstundenzähler (kumulierte Anzahl der Betriebsstunden)
- Infocodes (im Anlassfall: LEAK, BURST, TAMPER, DRY, REVERSE, RADIO OFF sowie bei Betrieb zwei blinkende Vierecke)
- Volumen Rückwärts (Volumen während der falschen Durchflussrichtung)
- Datum des Höchstdurchflusses
- Wert des Höchstdurchflusses
- Datum des Mindestdurchflusses
- Wert des Mindestdurchflusses - Wassertemperatur (Minimum, Maximum und volumengewichtete Mitteltemperatur des letzten Monats), wird als direkte Messung des Wassers mittels eines Ultraschallsignals gemessen
- Umgebungs-/Zählertemperaturen (Minimum, Maximum und zeitlich gewichtete Mitteltemperatur des letzten Monats)

5. Die Auslesung von **XXXX** kann auf drei verschiedene Weisen erfolgen:

- durch visuelle Auslesung des Displays vor Ort
- durch Empfang des drahtlosen Wireless M-Bus-Signals (Fernablese) mit einem geeigneten Auslesegerät und der dazugehörigen App in unmittelbarer Nähe zum Gerät, wobei die Sendefrequenz 16 Sekunden und die Sendedauer 0,02 Sekunden beträgt.
- durch Auslesung über das optische Auge unter Verwendung eines speziellen Lesekopfes samt der dazugehörigen Software

Das Auslesen vor Ort kann dabei nur unter Mitwirkung einer auf der Liegenschaft anwesenden Person erfolgen.

Bei Fernablesung und Ablesung mittels des optischen Auges werden jeweils unterschiedliche Daten erhoben.

Diese stellen sich wie folgt dar:

FERNABLESE	AUSLESE VIA DAS OPTISCHE AUGE
Zählerseriennummer	
Herstellerspezifische Auskünfte	
-	Datum der Protokollierung
Aktueller Zählerstand Zählerstand mit Ende letzten Monat	Volumen
-	Volumen rückwärts
-	Betriebsstundenzähler
Aktueller Info Code Infocode der letzten 30 Tage	Info Codes
-	Datum des Höchstdurchflusses
-	Wert des Höchstdurchflusses
-	Datum des Mindestdurchflusses
-	Wert des Mindestdurchfluss
Information über minimale gemittelten Wassertemperatur im letzten Monat; Zum Zwecke der Warnung vor eventuellen Frostschäden oder bei hohen Temperaturen vor Verkeimung der Wasserversorgung	Minimale Wassertemperatur
-	Maximale Wassertemperatur
-	Volumengewichtete Mitteltemperatur des Wasser
-	Zählertemperatur – Minimum
Information über die maximale gemittelte Lufttemperatur im letzten Monat; Zum Zwecke der Warnung vor eventuellen Frostschäden oder bei hohen Temperaturen vor Verkeimung der Wasserversorgung	Zählertemperatur – Maximum
-	Zählertemperatur zeitlich gewichtete Durchschnitt

Zumindest bis Ende Dezember 2020 ist die Ablesung des Zählerstandes grundsätzlich durch die Kunden der Verantwortlichen selbst erfolgt und wurde dieser der Verantwortlichen gemeldet.

6. Im Datenblatt des Wasserzählers finden sich mitunter folgende Textpassagen zur Produktbeschreibung:

Allgemeine Beschreibung.

....

Der Zähler misst kontinuierlich sowohl die Wasser- als auch die Umgebungstemperatur und speichert täglich Mindest-, Mittel- und Höchsttemperaturen. Alle Register werden täglichen

nach 24 Stunden im Speicher des Zählers für 460 Tage gespeichert. Darüber hinaus werden monatliche Daten der letzten 36 Monate und Jahresdaten der letzten zehn Jahre gespeichert.

#### Temperaturüberwachung

**XXXX** misst Wasser- und Umgebungstemperaturen

...

Beide Temperaturen werden täglich, monatlich und jährlich protokolliert.

Mindest-, Mittel und Höchstwerte werden täglich registriert. Das Register enthält die letzten 460 Tage.

Am ersten Tag jedes Monats werden die Mindest-, Höchst- und Mitteltemperaturen im Register gespeichert. Am ersten Tag jeden Jahres werden die Mindest- und Höchsttemperaturen im Register gespeichert. Das Register enthält Daten der letzten 36 Monate und der letzten zehn Jahre.

Temperaturwerte werden in Grad Celsius angezeigt und können über das optische Auge ausgelesen und über das Funksignal gesendet werden

...

#### Wassertemperatur

Die Wassertemperatur wird als eine direkte Messung des Wassers mittels eines Ultraschallsignals gemessen. Die Wassertemperatur wird alle 32 Sekunden gemessen.

Die Höchst- und Mindestwerte werden alle 2 Minuten aufgrund eines Durchschnitts seit der letzten Berechnung ermittelt.

...

#### Datenregister

**XXXX** verfügt über einen Dauerspeicher, in dem die Werte der verschiedenen Datenlogger gespeichert werden.

Der Zähler enthält die folgenden Register:

<b>Datenprotokollierungsintervall</b>	<b>Datenprotokollierungstiefe</b>	<b>Protokollierter Wert</b>
<i>Jahreslogger</i>	<i>10 Jahre</i>	<i>Siehe Tabelle unten</i>
<i>Monatslogger</i>	<i>36 Monate</i>	<i>Siehe Tabelle unten</i>
<i>Tageslogger</i>	<i>460 Tage</i>	<i>Siehe Tabelle unten</i>
<i>Infologger</i>	<i>50 Ereignisse</i>	<i>Infocode, Zählerstand und Datum</i>

Es ist immer möglich, Stichtagsvolumen und Infocodes für jeden der letzten 36 Monate sowie den entsprechenden Zählerstand und eventuelle Infocodes für jeden der letzten 460 Tage auszulesen. Die Logger können über das optische Auge des Zählers ausgelesen werden.

Die folgenden Register werden protokolliert:

Der Monatslogger/Jahreslogger wird am ersten Tag im Monat/Jahr geschrieben, der Tageslogger wird um Mitternacht geschrieben.



<b>Registertyp</b>	<b>Beschreibung</b>	<b>Jahreslogger 10 Jahre</b>	<b>Monatslogger 36 Monate</b>	<b>Tageslogger 460 Tage</b>
Datum (JJ.MM.TT)	Zeitpunkt, Jahr, Monat und Tag werden protokolliert	✓	✓	✓
Volumen	Aktueller Zählerstand (legal)	✓	✓	✓
Betriebsstundenzähler	Kumulierte Anzahl von Betriebsstunden	✓	✓	✓
Info	Infocode	-	✓	✓
Vol. rückwärts	Volumen während der falsche Durchflussrichtung	✓	✓	-
Datum des Höchstdurchflusses	Datumsstempel des Höchstdurchflusses im jew. Zeitraum	✓	✓	-
Höchstdurchfluss	Wert des Höchstdurchflusses im jew. Zeitraum	✓	✓	✓
Daten des Mindestdurchflusses	Datumsstempel des Mindestdurchflusses im jew. Zeitraum	✓	✓	-
Mindestdurchfluss	Wert des Mindestdurchflusses im jew. Zeitraum	✓	✓	✓
Min. Temp. Wasser	Wassertemperatur - Minimum	✓	✓	✓
Max. Temp. Wasser	Wassertemperatur - Maximum	✓	✓	✓
Mitteltemp. Wasser	Volumengewichtete Mitteltemperatur des Wassers	-	✓	✓
Min. Temp.	Zählertemperatur - Minimum	✓	✓	✓
Max. Temp.	Zählertemperatur - Maximum	✓	✓	✓
Mitteltemp.	Zählertemp. - zeitlich gewichteter Durchschnitt	-	✓	✓

Jedes Mal, wenn der Infocode wechselt, werden Datum und Infocode protokolliert. Somit ist es möglich, die letzten 50 Änderungen des Infocodes sowie das Datum, an dem die Änderung erfolgte, auszulesen. Auslesung ist nur über das optische Auge möglich ...

7. Auf der Webseite des Verantwortlichen findet sich in der Datenschutzerklärung folgende Passage:

„2/3/Datenkategorien und Datenherkunft

Wir verarbeiten nachfolgende Kategorien von Daten:

Personenbezogene Daten von Kunden (Vor- und Nachname, Kundennummer/Anschlussnummer) ....“

8. Bei Übertragung werden die Daten verschlüsselt. Die Sendeeinheit ist unidirektional ausgestaltet und kann von außen nicht beeinflusst werden. Im Hinblick auf die zukünftige flächendeckende Fernauslesung verfügt nur der Verantwortliche über den Schlüssel (Individual Key) zu den installierten Funkwasserzählern. Dadurch soll die Verfügbarkeit, Integrität und Vertraulichkeit der in den Geräten gespeicherten Messdaten sichergestellt werden. Änderungen oder Löschungen von Stammdaten oder Abrechnungsdaten werden protokolliert“.

Rechtlich folgte die belangte Behörde, der Verantwortliche verfüge jeweils über einen Vertrag mit dem Kunden, wobei davon auszugehen sei, dass dieser in der Regel auch der Verbraucher sei. Einerseits ermögliche die Anschlussnummer, wie von der BF ausgeführt, Rückschlüsse auf den jeweiligen Kunden. Dies ergäbe sich zudem aus der Datenschutzerklärung, wonach Name und Kundennummer/Anschlussnummer verarbeitet würden. Diese Daten würden naturgemäß beim Verantwortlichen zum Zweck der Fakturierung mit dem Wasserverbrauch verknüpft. Dieser ergäbe sich aus dem jeweiligen Zählerstand des Geräts mit der dazugehörigen Zählernummer. Unter Berücksichtigung der Mittel, die dem Verantwortlichen sohin zur Verfügung stünden, sei der jeweilige Kunde im Regelfall dem korrespondierenden Wasserzähler und der Zählernummer zugeordnet und sohin durch den Verantwortlichen identifizierbar. Aber selbst in jenen Fällen, wo dies nicht zutrefte, würde es dem Verantwortlichen möglich sein, den Letztverbraucher zu identifizieren, nicht zuletzt dann, wenn dies zu Abrechnungszwecken erforderlich sei.

Eine gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass der Hauptzweck eines intelligenten Wasserzählers - das Erfassen des Wasserverbrauchs zwecks Fakturierung - ins Leere laufen würde. Gerade die Zuordnung von Messdaten zu einer bestimmten Person bewirke, dass diese Messdaten als personenbezogene Daten zu werten seien (hier werde auf ein Teilerkenntnis des BVwG vom 20.8.2020 GZ W258 2217446 verwiesen, das sich mit statistisch errechneten Daten, die einer Person zugeordnet werden, beschäftige). Abgesehen davon müsse bei einer Vorortbegehung der jeweiligen Liegenschaft zur Auslesung des optischen Auges von einem Personenbezug ausgegangen werden, da – wie der Verantwortliche ausführe - jeweils eine in der Liegenschaft wohnhafte natürliche Person anwesend sein müsse und die von **XXXX** erhobenen Daten sich sohin auf die anwesende oder eine andere Person dieser Liegenschaft bezögen. Entsprechend der dargelegten weiten Auslegung des Begriffs „personenbezogene Daten“ sei davon auszugehen, dass die durch den intelligenten Wasserzähler erfassten Informationen sowie die mit dem konkreten Gerät verknüpften zählerbezogenen Daten personenbezogene Daten darstellten, weshalb der sachliche Anwendungsbereich der DSGVO bzw. des § 1 DSG eröffnet sei. Diese personenbezogenen Daten würden bereits dann

verarbeitet, wenn diese durch **XXXX** erfasst würden. Die Speicherung im Gerät falle genauso unter den Begriff der Verarbeitung wie die etwaige Erhebung durch den Verantwortlichen. Auf eine Fernauslese komme es daher nicht an, auch wenn diese ebenso den Begriff der Verarbeitung erfülle.

Zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung:

Die BF sei gemäß § 87 Abs. 1 WRG 1959 als Körperschaft öffentlichen Rechts eingerichtet. Beim Betrieb der Verbandsanlagen sei sie in Erfüllung ihrer satzungsgemäßen Aufgaben gemäß § 89 WAG im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig. Die Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts bedinge, dass der Verantwortliche als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG zu qualifizieren sei. Demnach dürfe die Verwendung personenbezogener Daten nur auf Basis einer ausreichend determinierten Rechtsgrundlage erfolgen. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz seien nach dem Gesetzesvorbehalt des § 1 Abs. 2 DSG, abgesehen vom Fall lebenswichtiger Interessen oder der Zustimmung, nur bei Eingriffen einer staatlichen Behörde aufgrund von Gesetzen zulässig, die aus den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründen notwendig seien und die ausreichend präzise, also für jedermann vorhersehbar, regelten, unter welchen Voraussetzungen die Ermittlung bzw. die Verwendung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben erlaubt sei. Auch unionsrechtlich sei vorgesehen, dass eine Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c und e DSGVO einer ausreichend determinierten Rechtsgrundlage bedürfe (Art. 6 Abs. 2 und 3 iVm Erwägungsgrund 41 und 45).

**XXXX** erfasse und speichere kontinuierlich zu jeweiligen Stichtagen Höchst- und Mindestdurchfluss sowie Minimum-, Maximum- und Mittelwassertemperatur. Dies tangiere zweifelsohne das Privatleben der Kunden, zumal sich daraus auch Rückschlüsse auf das Privatleben ziehen ließen: So könnten Wasserverbrauch und ermittelte Wassertemperatur Aufschluss über das Wasserverbrauchsverhalten sowie längere An- und Abwesenheitszeiten geben. In der Versorgung der Öffentlichkeit mit (Trink-) Wasser lasse sich zweifelsohne ein öffentliches Interesse erkennen. Der Einsatz intelligenter Wasserzähler könnte grundsätzlich im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK als erforderlich gewertet werden. Er dürfe aber nur auf Grundlage eines hinreichend bestimmten Gesetzes erfolgen. Die genannten Bestimmungen des WRG sowie gegebenenfalls einer Satzung, errichtet nach § 88c WRG, normierten im Wesentlichen die Zwecke und Aufgaben des Verantwortlichen. Auf eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten werde in diesen Bestimmungen nicht Bezug genommen. So sehe auch § 5 Z 1 TWV (Trinkwasserverordnung) vor, dass die Wasserversorgungsanlage in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten und vorzusorgen sei, dass eine negative

Beeinflussung des Wassers hintangehalten werde. Eine ausreichend determinierte gesetzliche Grundlage für den Einsatz von intelligenten Wasserzähler, die (täglich) die festgestellten personenbezogenen Daten erfassen und speichern, lasse sich auch daraus nicht erkennen.

Entsprechend § 1 Abs. 2 DSGVO könne die gegenständliche Verarbeitung nicht ausschließlich auf die Erfüllung des Vertrages mit dem jeweiligen Kunden bzw. auf Art. 6 lit. b DSGVO gestützt werden. Dies auch deshalb, weil im Wasserbezugsvertrag die genauen Modalitäten der Datenerfassung des Wasserverbrauchs nicht geregelt werden.

Auch die Energieeffizienzrichtlinie könne nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden, da sie als Richtlinie nicht direkt anwendbar sei. Selbst wenn man - infolge unvollständiger Umsetzung - von einer direkten Anwendbarkeit der zitierten Bestimmung ausgehen wollte, wäre eine Berufung auf direkte Anwendbarkeit nur gegenüber staatlichen Behörden, nicht aber gegenüber Kunden möglich.

Der österreichische Gesetzgeber habe diese Richtlinie mit dem EEffG umgesetzt. Dieses Gesetz befasse sich mit Energieeffizienz. Die Ausführungen des Verantwortlichen, wonach ein Wasserzähler (auch) ein „Messgerät zur Messung des Kalt- und Warmwasserverbrauchs“ darstelle, finde zwar Deckung in § 22 EEffG. Diese Bestimmung beziehe sich aber ausschließlich auf Warmwasserzähler, was der gegenständliche Wasserzähler nicht sei, weil er darüber hinaus auch Daten verarbeite, die nicht mit Warmwasser im Zusammenhang stünden. Der gegenständliche Wasserzähler könne daher nicht auf § 20 EEffG gestützt werden.

Die belangte Behörde verkenne zwar nicht, dass der Verantwortliche technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit getroffen habe. Wenn aber eine Rechtsgrundlage für einen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz ausscheide, so liefen auch sämtliche ergriffene Maßnahmen betreffend Datenschutz durch Technik und Voreinstellung ins Leere. Die vorliegende Datenverarbeitung könne auf keine geeignete Rechtsgrundlage gestützt werden. Im Hinblick darauf, dass die Maßnahmen der Warnung bzw. der Anweisung, die Datenverarbeitung im Einklang mit der Verordnung zu bringen, nicht in Betracht kämen, wäre nur die Abhilfebefugnis gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO in Betracht gekommen, wonach die belangte Behörde eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, verhängen könne. Unter Bezugnahme ausschließlich auf die aktuelle Rechtslage sei die relevante Datenverarbeitung daher zu untersagen.

1.4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Beschwerde** der BF wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts bzw. infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung zu beheben und auszusprechen, dass die Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler, insbesondere durch das Produkt **XXXX** Wireless M-Bus zulässig sei und keine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz vorliege. Weiters wurden ein Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung gestellt und zahlreiche Beweisanträge erhoben.

1.5. Am **9. März 2021** erhoben die Antragsteller **1. XXXX** im Folgenden: Erst- und Zweitantragsteller (1.ASt und 2.ASt), einen **Antrag auf Feststellung der Parteistellung** an die Datenschutzbehörde. Diese möge bescheidmäßig die Parteistellung der 1. ASt und der 2. ASt in diesem Verfahren feststellen, die ASt in diesem Verfahren förmlich anhören und ihnen sämtliche Entscheidungsgrundlagen, insbesondere den abschließenden Bescheid in dieser Verwaltungssache, förmlich mit der Möglichkeit der Rechtsmittelerhebung gegen den Bescheid zuzustellen.

Sie brachten dazu zusammengefasst vor, sie seien vom BF vom Bescheid vom 08.02.2021 in Kenntnis gesetzt worden. Obwohl der Spruch dieses Bescheides unmittelbar und schwerwiegend in ihre Rechte eingreife und deren Rechte verletze, seien diese nicht als Vertragsparteien hinzugezogen und förmlich angehört worden. Ihnen sei auch der Bescheid nicht förmlich zugestellt worden. Die mangelnde Hinzuziehung als Verfahrensparteien belaste den Bescheid mit Rechtswidrigkeit. Dadurch seien die ASt in der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit sowie den Grundrechten der Erwerbsfreiheit und der Eigentumsgarantie verletzt.

Die 1.ASt sei ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der 2.ASt. Die 1.ASt vertreibe, installiere und betreibe unter anderem **XXXX** an bzw. für Wasserversorgungsunternehmen in Österreich, darunter auch die BF. Die 2.ASt produziere unter anderem **XXXX** Wasserzähler und liefere sie an ihre Tochterunternehmen in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten zum Weitervertrieb aus. Sie produziere, vertreibe und betreibe weiters die spezifische zu **XXXX** gehörende Zählermanagementsoftware **XXXX**, ein Funkablesystem, mit dem Daten direkt an die Server der 2. ASt übermittelt würden.

Die ASt seien seit 2018 Vertragspartner der BF. Durch den Bescheid der Datenschutzbehörde werde die gesamte Wasserwirtschaft, bestehend insbesondere aus den Wasserversorgungsunternehmen und den Messgeräteherstellern, mit einem Technologieverbot belegt, das innovationsfeindlich sei und dem Wirtschaftsstandort Österreich immens schade. Der Punkt 1. des Bescheides wirke gegenüber den ASt wie ein

Berufsausübungsverbot in Bezug auf Produktion, Vertrieb und Einsatz von **XXXX** Wasserzählern in Österreich.

1.6. Die **belangte Behörde** legte den Bescheid, den Antrag der ASt auf Feststellung der Parteistellung sowie den elektronischen Verwaltungsakt dem BVwG einlangend per 07.04.2021 vor und führte aus, da die BF als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine staatliche Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG darstelle, sei eine Berufung auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung aufgrund von Einwilligung, Vertragserfüllung bzw. Wahrung von berechtigten Interessen des Beschwerdegegners nach Art. 6 Abs. 1 lit. a, lit. b bzw. lit. f nicht zulässig. Die von der BF angesprochenen Mindestfunktionsanforderungen des § 7 Abs. 1 Z. 31 EIWOG 2010 richteten sich ausschließlich an den Elektrizitätsmarkt. Eine analoge Anwendung würde zur Aushöhlung des Datenschutzes führen und der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 2 DSG entgegenstehen. Mangels Rechtsgrundlage für die gegenständliche Datenverarbeitung sei die Erläuterung technischer Komponenten sowie die Beiziehung von Sachverständigen bzw. diesbezügliche Zeugenbefragungen nicht erforderlich.

Weiters übermittle die belangte Behörde den Antrag auf Feststellung der Parteistellung vom 09.03.2021. Die Entscheidung über diesen Antrag liege beim BVwG, da der Antrag erst nach Bescheiderlassung und damit nach Beendigung des erstinstanzlichen Verfahrens gestellt worden sei.

1.7. Im Rahmen einer **mündlichen Verhandlung am 18.11.2021** wurden der Geschäftsführer der BF Ing. **XXXX** als Partei sowie **XXXX** und **XXXX** als Zeugen befragt. Erschienen ist auch der Rechtsvertreter der 1.ASt sowie des 2.ASt, die auf deren mittlerweile erhobene Beschwerde verwiesen. Seitens des Gerichts wurde die Rechtsansicht mitgeteilt, deren Parteistellung sei nicht begründet und es bestehe bloß ein faktisches, wirtschaftliches Interesse. Eine Erledigung der Beschwerde durch Zurückweisung in Bezug auf die ASt werde in Aussicht genommen. Der Rechtsvertreter der ASt nahm in weiterer Folge als Öffentlichkeit an der Verhandlung teil.

Die **BF** brachte ergänzend vor, sie treffe ein öffentlich rechtlicher Versorgungsauftrag, allerdings erfolge die tatsächliche Wasserlieferung aufgrund privatrechtlicher Verträge mit den Endkunden, wobei ein Kontrahierungszwang bestehe. Der Einsatz technisch auf dem letzten Stand befindlicher Geräte sei notwendig, um die Wasserverluste von (derzeit etwa 30 %) zu verringern. Die BF habe sich für das gegenständliche Produkt in Bezug auf die

Wasserversorgung, die Begrenzung der Wasserverluste und auch datenschutzrechtlich als das Beste am Markt verfügbare Produkt entschieden.

Unabhängig vom Rechtsstandpunkt der BF sei man zwischenzeitlich an die Kunden herangetreten, um ihnen mittels Information die Möglichkeit zu geben, entweder eine Einwilligung zur Weiterverwendung des gegenständlichen Messgeräts abzugeben bzw. den Austausch des Zählers zu beantragen. Diesbezüglich sei man aktiv mit mehreren Schreiben an die Kunden herangetreten, wobei in einer ersten Phase von 7.565 Kunden 5.315 aktiv rückgemeldet hätten, dass sie mit der Verwendung des Zählers einverstanden seien. Keine Rückmeldung sei zunächst von 2.214 Kunden gekommen. 36 Kunden hätten bereits ein altes Gerät. Weitere 7 Kunden hätten bei der ersten Runde einen Austausch begehrt. In einer weiteren Runde seien von den 2.214 neuerlich angeschriebenen Kunden wiederum 1.291 Einwilligungen rückgelangt. Betreffend jene Kunden, die den Austausch auf das alte Gerät wünschten, sei dies in Umsetzung. Insgesamt seien bislang 87 % aktive positive Rückmeldungen im Sinne einer Einwilligung eingelangt.

Die **belangte Behörde** verwies auf ihren Rechtsstandpunkt, wonach sie – auch angesichts des Dilemmas der BF – als öffentlich rechtliche Wasserversorgerin sich lediglich auf ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen stützen könne, die aber nicht vorlägen. Auch eine Satzung komme insofern nicht in Frage.

Die **BF** verwies darauf, die Zustimmung sei eine taugliche Rechtsgrundlage. Da der Wasserverband hier in der Rechtsform des Vertrages auftrete und in seiner Beziehung zum Kunden nicht mit Imperium tätig sei, handle es sich um nicht hoheitliche Verwaltung. Sowohl die Einwilligung als auch der Vertrag seien daher ausreichende Grundlagen.

Durch die bereits durch Mitarbeiter des BF vor Ort erfolgte Aufklärung und die damalige Einholung der einzelnen Einwilligungen sei der Einbau bereits mit Einwilligung der Kunden erfolgt. Dies sei dann ein weiteres Mal durch den ausdrücklichen Schriftverkehr erfolgt. Alle Umstände seien im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen im jeweiligen Vertrag niedergelegt und der Kunde wisse, worauf er sich einlasse.

Aufgrund der erfolgten Befragungen verzichtete die BF auf die zunächst namhaft gemachten Zeugen Ing. **XXXX** und Mag. **XXXX** und zog ihren Antrag auf Beiziehung eines „technischen Sachverständigen“ zurück.

1.8. Bereits mit der Beschwerde legte die BF folgende Urkunden vor:

Beilage ./1: Stellungnahme TU Graz vom **XXXX** ;

Beilage ./2: Betriebsbericht 2020 im Rahmen der Eigenüberwachung;

Beilage ./3: Stellungnahme der ÖVGW zu Funkwasserzähler von Oktober 2019;

Beilage ./4: Auszug aus dem ÖVGW-Verzeichnis 2018/2;

Beilage ./5: Datenblatt **XXXX** ;

Beilage ./6: technische Beschreibung **XXXX** ;

Beilage ./7: Schreiben der **XXXX** vom 04.04.2018;

Beilage ./8: aktuelle Satzung des Wasserverbandes vom 20.11.1973, zuletzt geändert mit

Bescheid vom 09.09.2019;

Beilage ./9: Ausführungen zum Datenschutz der **XXXX** .

In der Verhandlung wurde ein Schreiben betreffend Schriftverkehr mit den Kunden betreffend Einwilligungen als Beilage ./10 vorgelegt.

1.9. Mit Urkundenvorlage vom 30.11.2021 legte die BF die allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen für Wasser aus dem Versorgungsnetz des Wasserverbandes **XXXX** (Inkrafttreten am **XXXX** .2021) als Beilage ./11 und eine „Vereinbarung über eine Auftragsverarbeitung zwischen der BF und **XXXX** vom 30.10.2018 bzw. 12.11.2018“ als Beilage ./12 vor.

1.10. Mit **Bescheid** der belangten Behörde vom **16.11.2021** wies diese die Anträge der 1. **XXXX** auf Feststellung der Parteistellung im Verfahren zur GZ D213.1166 ab, den Antrag auf förmliche Anhörung der Antragsteller in diesem Verfahren als unzulässig zurück, ebenso den Antrag auf Zustellung „sämtlicher Entscheidungsgrundlagen, insbesondere den abschließenden Bescheid in dieser Verwaltungssache mit der Möglichkeit der Rechtsmittelbelehrung“.

Sie traf dabei folgende Feststellungen:

„Die Datenschutzbehörde hat das amtswegige Prüfverfahren zu GZ D213.1166 gegen den Wasserverband **XXXX** als datenschutzrechtlichen Verantwortlichen und das Verfahren mit Bescheid abgeschlossen geführt.

Die 1. ASt vertreibt, installiert und vertreibt Wasserzähler des Typus **XXXX** . Die 2. ASt produziert Wasserzähler des Typus **XXXX** . Die ASt sind Auftragsverarbeiter des BF.“



Rechtlich führte die belangte Behörde aus, im aufsichtsbehördlichen Verfahren komme in Ermangelung einer gegenteiligen Anordnung nur dem Adressaten des aufsichtsbehördlichen Bescheides, nicht aber Dritten, Parteistellung zu. Gegenständlich habe die belangte Behörde ein amtswegiges Prüfverfahren gemäß Art. 58 Abs. 1 lit b DSGVO gegen den BF als datenschutzrechtlichen Verantwortlichen geführt. Der diesbezügliche Bescheid sei ausschließlich gegenüber diesem erlassen worden. Die DSGVO erkenne dem Produzenten bzw. Importeur eines Gerätes oder Programmes, mit dem personenbezogene Daten verarbeitet werden, keine Rolle zu. Produzenten oder Importeure entschieden nicht über Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung und agierten im Regelfall auch nicht als Auftragsverarbeiter. Im Zusammenhang mit Zertifizierungen nach Art. 42 und 43 DSGVO komme zum Ausdruck, dass eine Zertifizierung eines Programmes durch den jeweiligen Hersteller nicht vorgesehen sei, nur die Einzelzertifizierung durch einen Verantwortlichen. Gegenständlich könne allein der BF eine Zertifizierung der Verarbeitungsvorgänge des Wasserzählers anstreben, nicht jedoch die beiden ASt als Produzenten bzw. Importeure. Den ASt komme maximal ein wirtschaftliches Interesse durch die Herstellung, den Vertrieb etc. von Wasserzählern des Typus **XXXX** zu. Ein solches faktisches bzw. wirtschaftliches Interesse begründe keine Parteistellung.

1.11. Der **BF** erstattete mit **Schriftsatz vom 07.02.2023** ergänzendes Vorbringen und präzierte zur Thematik „Einwilligung“, er sei im Rahmen seiner Möglichkeiten äußerst bemüht – insbesondere durch das Einholen freiwilliger Einwilligungserklärungen samt entsprechender Informationsschreiben sowie den Rückbau von digitalen Wasserzählern in jenen (wenigen) Fällen, wo sich Kunden gegen solche ausgesprochen hätten - sowohl kundenfreundlich als auch im Sinne des Datenschutzes vorzugehen.

Mit Stand 01.02.2023 werde hiezu mitgeteilt:

Bereits beim Austausch der Wasserzähler sei jeder Kunde explizit persönlich auf die Funktion bzw. die Verarbeitung des neuen digitalen Wasserzählers hingewiesen und durch die Mitarbeiter vor Ort entsprechend aufgeklärt worden. Bereits zu diesem Zeitpunkt habe sich jeder Kunde gegen einen Wasserzähler mit Fernübertragung aussprechen können. 29 Kunden hätten dabei den Einbau des digitalen Wasserzählers mit Fernübertragung abgelehnt. Bei diesen 29 Kunden sei umgehend ein Wasserzähler ohne Fernübertragung eingebaut worden.

Im Zuge der ersten Aussendung an alle 7.565 Wasserkunden am 07.05.2021 seien 5.315 freiwillige Einwilligungserklärungen unterzeichnet an den BF retourniert worden. Lediglich 7 Kunden hätten dabei (wieder) einen Rückbau des digitalen Wasserzählers mit Fernübertragung gewünscht. Auch bei diesen 7 Kunden sei umgehend ein Wasserzähler ohne Fernübertragung eingebaut worden.

Somit seien es 36 Kunden, die auf ihren eigenen Wunsch einen Wasserzähler ohne Fernübertragung eingebaut bekommen hätten.

Mit einer zweiten Aussendung vom 20.10.2021 seien jene 2.214 Wasserkunden (abermals) kontaktiert worden, die bis dahin keine Rückmeldung gegeben hätten. Diese seien auch ersucht worden, für den Fall, dass sie einen Zählertausch wünschten, dies dem Wasserverband zeitnah mitzuteilen. Es seien bis jetzt weitere 1.485 freiwillige Einwilligungserklärungen unterzeichnet an den BF retourniert worden. Weitere 35 Kunden hätten einen Zähler ohne Fernübertragung gewünscht. Auch diesen 35 Kunden sei umgehend ein Wasserzähler ohne Fernübertragung eingebaut worden.

Trotz persönlicher Aufklärung durch die Mitarbeiter des BF, direktes Anschreiben sowie schriftlicher Urgenz hätten 688 Kunden keine Reaktion gezeigt. Der BF sei nach wie vor bereit, jederzeit den digitalen Wasserzähler gegen einen solchen ohne Fernübertragung kostenfrei auszutauschen und bemühe sich weiterhin nach Kräften, von allen Kunden eine Rückmeldung zu erhalten. Insbesondere werde bei persönlichem Kundenkontakt die Retournierung der Einwilligungserklärung bzw. ein Rückbauwunsch nachgefragt. Auf Wunsch nehme der BF einen Rückbau jederzeit vor.

Mit diesem Schriftsatz legte der BF als Beilagen ./13 und ./14 die Anschreiben vom 07.05.2021 sowie vom 20.10.2021, jeweils unter Anschluss der „Einwilligungserklärung zur Verwendung von intelligenten Wasserzählern“, „Information und Bedingungen der Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler“ sowie der „Allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen für Wasser aus dem Wasserversorgungsnetz des Wasserverbandes **XXXX**“ vor.

1.12. Hierzu äußerte sich die **belangte Behörde** mit Erledigung vom **20.02.2023** zusammengefasst dahingehend, den Begleitschreiben des BF zur Einwilligungserklärung vom 07.05.2021 sei zu entnehmen, dass der BF den Kunden mitgeteilt habe, dass die gesetzliche Grundlage zusätzlich die Unterzeichnung einer Einwilligungserklärung vorsehe. Überdies sei den Kunden bei fristgerechter Rücksendung der Einwilligungserklärung eine Wassergutschrift geboten worden. Im zweiten Schreiben vom 20.10.2021 halte der BF fest, dass ein Termin mit dem Servicetechniker zum Zähleraustausch zu vereinbaren sei, sofern keine Einwilligungserklärung abgegeben werde.

Eine Einwilligung entsprechend Art. 6 Abs. 1 lit a DSGVO komme nicht in Frage, zumal für den BF als staatliche Behörde iSd § 1 Abs. 2 DSGVO jedenfalls eine ausreichend determinierte Rechtsgrundlage erforderlich sei.

Selbst wenn eine Einwilligung gegenständlich in Frage käme, läge diese nicht rechtswirksam vor. Diese müsse gemäß Art. 4 Z 11 DSGVO in informierter Weise und unmissverständlich abgegeben werden. Sie müsse gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO unter Berücksichtigung von Art. 4 Z 11 und

Erwägungsgrund 43 freiwillig erfolgen und dürfe nicht an die Erfüllung eines Vertrages gekoppelt sein, obwohl die Einwilligung zur Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sei. Unfreiwillig sei eine Einwilligung, wenn bei Nichtabgabe ein Nachteil zu erwarten sei. Sie müsse auch in informierter Weise erfolgen.

Die im Schreiben vom 07.05.2021 angegebene Information, wonach die gesetzliche Grundlage zusätzlich eine Einwilligung vorsehe, sei missverständlich. Es könne bei der betroffenen Person der Eindruck erweckt werden, dass eine gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung bestehe. Es könne daher nicht von einer informierten Einwilligung ausgegangen werden.

Im Übrigen müsste sich eine gesetzliche Grundlage im **XXXX** Gemeindegewässerleitungsgesetz 1971 finden, worin sich keine Bestimmung finde, die den Einbau digitaler Wasserzähler stützen könnte. Es habe in Niederösterreich 2021 die Bestrebung gegeben, das Gemeindegewässerleitungsgesetz 1978 zu novellieren, um den Einbau digitaler Wasserzähler zu ermöglichen. Dieses Gesetzesvorhaben sei bis dato nicht umgesetzt worden.

In Rz 76 der Leitlinie 5/2020 des Europäischen Datenschutzausschusses werde unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 42 festgehalten, dass das der Verantwortliche nachweisen müsse, dass es möglich sei, die Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile zu erleiden. Der BF habe im Schreiben vom 07.05.2021 den Nutzern eine Wassergutschrift angeboten. Um in den Genuss dieses Vorteils zu kommen, habe eine betroffene Person bis zu einem bestimmten Datum ihre Einwilligungserklärung abgeben müssen. Überdies sei mit Schreiben vom 20.10.2021 eine Frist für die Übermittlung der Einwilligungserklärung oder die Vereinbarung eines Termins für den Zählertausch gesetzt worden. Ein Zählertausch bedeute für eine betroffene Person naturgemäß einen Zeitaufwand. Die Freiwilligkeit der Einwilligung erscheine daher fraglich, zumal eine betroffene Person, die keine Einwilligung erteile, die Gutschrift nicht erhalten würde, sowie sich Zeit für einen Zählertausch nehmen müsse.

Im Übrigen müsse die Einwilligung jedenfalls eingeholt werden, bevor der Verantwortliche mit der Verarbeitung beginne. Letztendlich habe der BF im Jänner 2018 begonnen, den Wasserzähler sukzessive einzubauen und in Betrieb zu nehmen, wobei mit 31. Dezember 2020 7.250 Geräte – allerdings ohne flächendeckende Datenauslesung – in Verwendung gewesen seien.

**Aufgrund des Akteninhaltes im Zusammenhalt mit den vorgelegten Urkunden sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung steht folgender Sachverhalt fest:**

2.1. Der BF ist (laut seiner Satzung in der mit Bescheid der **XXXX** Landesregierung vom 09.09.2019 genehmigten Letztfassung) ein Verband nach dem Bestimmungen des 10. Abschnittes des

Wasserrechtsgesetzes 1959 (WRG), umfassend 6 Umlandgemeinden von **XXXX** als Mitglieder mit per Februar 2021 23.700 versorgten Einwohnern und 7.419 Hausanschluss-Leitungen/Wasserzählern (Beilage ./2). Der BF liefert lediglich Kaltwasser.

2.2. Gemäß § 2 der Satzung des Verbandes sind Zwecke des Verbandes unter anderem der Schutz von Wasservorkommen (Abs. 2), vorrangig die Versorgung mit Trink- und Nutzwasser (Abs. 3) und die Errichtung, Kontrolle, Betreuung und Instandhaltung wasserrechtlich bewilligter und sonstiger Verbandsanlagen (Abs. 5).

2.3. Gemäß Abs. 9 ermittelt der Wasserverband zur Erfüllung der Aufgaben gemäß § 2 Abs. 2 und Abs. 5 der Satzung sowie zur Erfassung und informativen Abrechnung des Wasserverbrauches und Messung des Wasserverbrauches in Haushalten, Wohnblocks und Gewerbebauten, sowie um Leckagen, Rohrbrüche und andere Unregelmäßigkeiten wie Manipulationsversuche oder Rückflüsse rasch zu erkennen, die zur Verfügung gestellte Wassermenge mittels dem Stand der Technik entsprechenden intelligenten Messsystemen/-vorrichtungen (individuelle und intelligente Verbrauchserfassungssysteme). Die Produktart samt ihren Funktionen sowie die Größe und Anzahl werden unter Einhaltung der technisch-organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der erhobenen Daten vom Wasserverband bestimmt und eingebaut.

2.4. Der BF als Wasserversorger schließt mit den Endkunden unter Zugrundelegung seiner Allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen für Wasser aus dem Versorgungsnetz des Wasserverbandes XXXX (Beilage ./11), zuletzt in der am **XXXX** .2021 in Kraft getretenen Fassung, Bezugsverhältnisse in Form von **Wasserlieferungsverträgen** (§ 47 dieser AVL).

2.5. Einige wesentliche Bestimmungen daraus lauten wie folgt:

§ 1: Der Wasserverband **XXXX** liefert im Rahmen der nachstehenden allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen zu den jeweils festgesetzten Tarifen Trinkwasser, soweit die Betriebsmittel ausreichen, die Wirtschaftlichkeit gesichert ist und die Lage des zu versorgenden Grundstücks nicht besondere Maßnahmen oder außergewöhnliche Aufwendungen erforderlich macht.

§ 5: Mit der Bezugsanmeldung entsteht für den Abnehmer die Verpflichtung zum Wasserbezug aus den Leitungsanlagen des Wasserverbandes und zur Erfüllung aller sich daraus ergebenden Pflichten im Sinne der vorliegenden allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen, allfälligen sonstigen Bezugsbedingungen, Tarifblätter und dergleichen.

§ 6: Mit der Annahme des vom grundbücherlichen Eigentümer des zu versorgenden Grundstücks unterfertigten Antrags und der Herstellung des Grundstücksanschlusses entsteht zwischen dem Abnehmer und dem Wasserverband ein Bezugsverhältnis ...

§ 26 Abs. 1: Zur Erfüllung der Aufgabe des Wasserverbandes gemäß seiner Satzung, insbesondere zur Ermittlung des Wasserverbrauchs und zur Ablesung des Zählerstandes, auch über Fernauslese, zu anlassbezogenen Auslesungen etwa zur Ermittlung von Wasserverlusten, zu Zwecken des Rohrnetzmanagements sowie zur Feststellung von Verkeimungsherden und anderen Unregelmäßigkeiten wie Manipulationsversuchen oder Rückflüssen, kann der Wasserverband die zur Verfügung gestellte Wassermenge mittels dem Stand der Technik entsprechenden intelligenten Messsystemen/-vorrichtungen (individuelle und intelligente Verbrauchserfassungssysteme) ermitteln. Die Produktart, samt ihren Funktionen, sowie die Größe und Anzahl werden unter Einhaltung der technisch-organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der erhobenen Daten vom Wasserverband bestimmt und eingebaut.

Folgende gegebenenfalls personenbezogene Daten werden dabei nach Einwilligung des Abnehmers bzw. auf einer sonstigen rechtlich zulässigen Basis verarbeitet:

jeweiliges Datum (JJ,MM,TT), Wasservolumen (aktueller Zählerstand), Betriebsstundenzähler (kumulierte Anzahl der Betriebsstunden), Infocodes (im Anlassfalls: LEAK, BURST, TAMPER, DRY, REVERSE, RADIO OFF sowie bei Betrieb zwei blinkende Vierecke), Wasservolumen rückwärts (Volumen während der falschen Durchflussrichtung), Datum des Höchstwasserdurchflusses, Wert des Höchstwasserdurchflusses, Datum des Mindestwasserdurchflusses, Wert des Mindestwasserdurchflusses, Wassertemperatur (Minimum, Maximum und volumengewichtete Mitteltemperatur des letzten Monats), Umgebungs-/Zählertemperaturen (Minimum, Maximum und zeitlich gewichtete Mitteltemperatur des letzten Monats).

Abs. 3: Eine diesbezüglich freiwillig erteilte Einwilligung kann jederzeit ohne Angabe von Gründen für die Zukunft durch postalisches Schreiben an den Wasserverband **XXXX** und **XXXX** widerrufen werden, wobei durch den Widerruf die Rechtmäßigkeit der bis dahin erfolgten Verarbeitung nicht berührt wird.

Abs. 4: Weitere Informationen dazu finden sich in der Datenschutzerklärung des Wasserverbandes unter **XXXX** welche auf Anfrage auch physisch zur Verfügung gestellt wird sowie auf der jeweiligen Einwilligungserklärung.

§ 28: Der Wasserverband stellt für jede Anschlussleitung einen Wasserzähler oder eine Wasserzählerkombination zur Ermittlung des Gesamtverbrauchs des Abnehmers zur Verfügung. Größe, Art und Anzahl der Wasserzähler werden vom Wasserverband bestimmt. Diese Geräte sind Eigentum des Wasserverbandes. Die Verwendung weiterer Wasserzähler in den Verbrauchsanlagen des Abnehmers ist zulässig, doch bleiben Beschaffung, Instandhaltung und Ablesung ausschließlich dem Abnehmer überlassen; die Ablesung dieser Zähler bildet jedoch keine Grundlage für die Verrechnung des Wasserverbrauchs mit dem Wasserverband **XXXX** .

§ 32 Abs. 1: Der Abnehmer ist verpflichtet, über Aufforderung unabhängig von der durch Beauftragte des Wasserverbandes vorgenommenen Ablesung dem Wasserverband den jeweiligen Zählerstand bekannt zu geben ...

§ 35: Dem Abnehmer wird in der Regel vierteljährlich Rechnung erteilt. Der Wasserverband **XXXX** kann für die Abrechnung der Wassermenge jedoch auch andere Zeitabschnitte wählen.

§ 36 Abs. 1: Die der Rechnung zugrundeliegenden Angaben des Wasserzählers werden in der Regel vom Wasserverband **XXXX** mit Fernablese ermittelt. Ist keine Fernablese möglich, ist der Zählerstand vom Abnehmer an den Wasserverband **XXXX** , am Ende jedes Quartals, schriftlich bekannt zu geben. ...

§ 42 Abs. 1: Der Wasserverband **XXXX** ist berechtigt, nach vorheriger schriftlicher Androhung und Setzung einer angemessenen Nachfrist im Fall der Nichteinhaltung der Vertragsbedingungen oder sonstiger die Wasserversorgung betreffenden Vorschriften die Belieferung des Abnehmers mit Wasser zu unterbrechen oder gänzlich einzustellen.

§ 44: Gerichtsstand für alle aus diesen Versorgungs- und Lieferbedingungen entstandenen Streitfälle ist das sachlich zuständige Gericht in **XXXX** .

§ 47: Diese allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen treten am **XXXX** .2021 in Kraft und bilden einen integrierenden Bestandteil der jeweiligen Wasserlieferungsverträge (Beilage ./11).

2.6. Der BF pflegte bis zur Umstellung auf das Gerät **XXXX** eine sogenannte „rollierende Ablesung“. Es wurden etwa 7.500 Zettel ausgesandt mit dem Auftrag, diese binnen zwei Monaten zurückzusenden. 2017 traf der BF die Entscheidung, auf neue Wasserzähler umzusteigen und entschied sich für das Gerät **XXXX** von **XXXX** im Sinne eines Systems, bestehend aus dem Zähler, einer Softwarelizenz und einer Supportlizenz (Zeuge **XXXX** , S 19, GF **XXXX** , S 6 und 7). Der BF fing an, mit 01.01.2018 **XXXX** Geräte bei den Endkunden einzubauen. Der Einbau war Ende 2020 abgeschlossen. Die erste anlassbezogene Auslesung fand im Jänner 2021 statt (Zeuge **XXXX** , S 21).

2.7. Vertragspartner des BF sind prinzipiell Eigentümer von Liegenschaften, wobei der BF folgenden Daten von diesen verarbeitet: Name, Adresse, wenn gewünscht E-Mail, teilweise auch Telefonnummern ( **XXXX** , S 7).

2.8.1. **XXXX** ist ein weltweit vertriebenes Produkt des dänischen Herstellers **XXXX** , nach der europäischen Messgeräte-richtlinie MID einsatzfähig, enthält in Österreich die Trinkwasserzulassung und erfüllt die Qualitätsmarke der ÖVGW (Zeuge **XXXX** , S 15).

2.8.2. Es enthält einen rein elektronischen (auf Ultraschall basierenden) Zähler, sodass ein freier Wasserdurchlauf besteht. Es ermöglicht eine Datenübertragung per Funk und enthält einen lokalen Datenspeicher zu Analysezwecken. **XXXX** speichert das Wasservolumen, die Temperatur des Wassers und der Umgebung sowie ein Mindest- und Maximalvolumen des Durchflusses. Das Durchflussvolumen und die Temperatur können auch als Durchschnittswerte angezeigt werden. Weiters werden Infocodes gespeichert (Ereignisse, die im Zeitablauf gespeichert werden). Ein Teil der gespeicherten Daten, nämlich das Volumen (aktueller Wert, der zur jeweiligen Auslesezeit auf dem Zähler steht), das Stichtagsvolumen, der Mindestwert der Wassertemperatur und der Maximalwert für die Umgebungstemperatur, (diese wird Tag für Tag gespeichert) und der monatlich höchste oder niedrigste Wert bleiben im Speicher stehen. Weiters wird die Uhrzeit und das Datum des Übertragungsvorganges gesendet sowie der Infocode.

2.8.3. Infocodes sind: Der Zähler ist trocken, der Zähler ist zerstört worden, der Zähler hat ein Burst erkannt, der Zähler hat eine Leckage erkannt sowie es besteht ein Rückfluss (Zeuge **XXXX** , S 17).

2.8.4. Die Auslesevorgänge im Unternehmen des BF finden so statt, dass vierteljährlich Fahrer des BF mit einem Konverter und einem Tablet sich auf Auslesetour begeben und anhand einer elektronischen Landkarte mit roten Punkten (stehend für die Wasserzähler) in räumlicher Nähe vorbeifahren und die Datenübertragung stattfindet. Im Rahmen der Auslesung entsteht eine Verbindung zur **XXXX** -Software.

2.8.5. Direkte Auslesungen vor Ort mit dem optischen Lesekopf finden im Einzelfall über Kundenwunsch statt, beispielweise bei als hoch empfundenem Wasserverbrauch. Bei einer Auslesung vor Ort ist der Mitarbeiter lediglich mit einem Tablet ausgestattet, das nur für die Funktion des Auslesens des Wasserzählers dient. Der Zugang zur **XXXX** Datenbank ist passwortbezogen, lediglich im Falle, dass der Mitarbeiter einen Laptop mit Internetverbindung vor Ort hätte, könnte er dort auch in die ausgelesenen Daten Einsicht nehmen (Zeuge **XXXX** , S 22).

2.8.6. Am Ende einer Auslesetour steht der Datenexport vom System **XXXX** in das Abrechnungssystem des BF (Zeuge **XXXX** , S 21, 22).

2.9. Der BF hat sich für eine Systemlieferung durch **XXXX** entschieden, die die Zähler, eine Softwarelizenz und eine Supportlizenz umfasst. Die in das System **XXXX** exportierten Daten, die über das Funkprotokoll übertragen werden, werden in verschlüsselter Form auf einem Server in Deutschland verarbeitet. Unabhängig vom System **XXXX** besteht bei der BF ein Abrechnungssystem (Zeuge **XXXX** , S 19 und 20).

2.10. Die näheren (nicht einsatzspezifischen) Produktspezifikationen von **XXXX** stellen sich dar, wie von der belangten Behörde zu C.3. (dort ab der 7. Zeile) bis einschließlich 6. des Bescheides

dargestellt. Diese Umstände sind oben zu 1.3. ab S 13 bis S 18 (bis vor 7.) dargestellt und bilden weitere Bestandteile der Feststellungen.

2.11. Zwischen dem BF als „Verantwortlichem“ und der 2.ASt als „Auftragsverarbeiterin“ besteht eine Vereinbarung über eine Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO vom 30.10.2018 bzw. 12.11.2018 (Beilage ./12) mit folgenden relevantem Inhalt:

„1.1. Gegenstand dieser Vereinbarung ist die Durchführung der folgenden Aufgaben durch den Auftragsverarbeiter:

Betrieb, Support und Hosting der Anwendung und des Datenbanksystems **XXXX** für den Verantwortlichen.

1.2. Der Auftragsverarbeiter verarbeitet Daten nur für die Zwecke, welche sich aus dem zwischen der Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter abgeschlossenen Hauptvertrag ergeben.

2.1. Die Vereinbarung betrifft die Verarbeitung folgender Kategorien personenbezogener Daten durch den Auftragsverarbeiter: - Zählnummer – Kundennummer – Name – Adresse – Postleitzahl – Stadt; Ort – (optional) Telefonnummer – GPS-Koordinaten der installierten Ausrüstung – Verbrauchsdaten – Zählertyp – Nutzungsart – (optional) Bemerkung/Kommentar (Freitext, z.B. „Der Kunde ist im Rückstand“).

Die folgenden Kategorien von Personen sind von der Datenverarbeitung betroffen: Mitarbeiter des Verantwortlichen – Kunden des Verantwortlichen – Mitarbeiter des Auftragsverarbeiters ...

3.3. Im Falle der Kündigung dieses Vertrages ist der Verantwortliche berechtigt, die Rückgabe der personenbezogenen Daten in einem vom Verantwortlichen festgelegten Medienformat zu verlangen oder zu bestimmen, dass die personenbezogenen Daten stattdessen gelöscht werden müssen.

5.1. Der Auftragsverarbeiter verpflichtet sich dazu, ausschließlich aufgrund von Weisungen des Verantwortlichen und des gegenständlichen Vertrages personenbezogene Daten zu verarbeiten und dabei sämtliche Datenschutzvorschriften einzuhalten ...

5.3. Der Auftragsverarbeiter setzt alle gemäß Art. 32 DSGVO vorgesehenen geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen im Sinne der Sicherheit der Datenverarbeitung ...

5.6. Nach Beendigung der Verarbeitung sowie auf Verlangen des Verantwortlichen hat der Auftragsverarbeiter die ihm vorliegenden personenbezogenen Daten zu löschen. Wenn der Verantwortliche dies verlangt, sind die personenbezogenen Daten an ihn zurückzugeben.“



Des Weiteren enthält die Vereinbarung Regeln über „technische und organisatorische Maßnahmen – Sicherheit der Verarbeitung“ sowie betreffend eine mögliche Sub-Auftragsverarbeitung.

2.12. Der BF trat (wohl in Folge des bekämpften Bescheides) schriftlich an alle Endkunden heran, entweder eine Einwilligungserklärung zur Verwendung von intelligenten Wasserzählern zu unterfertigen oder den Austausch dieses Geräts zu verlangen.

Nicht festgestellt werden konnte, dass bzw inwieweit der BF durch seine Mitarbeiter vor Ort bei Einbau des Wasserzählers **XXXX** auf die Möglichkeit bzw. Erforderlichkeit einer Einwilligungserklärung bzw. die Möglichkeit der Belassung des alten Gerätes hingewiesen hat. 29 Kunden haben allerdings offenbar anlässlich von Einbauversuchen des digitalen Wasserzählers mit Fernübertragung diesen abgelehnt, woraufhin der Wasserzähler belassen bzw. ein Wasserzähler ohne Fernübertragungsmöglichkeit eingebaut wurde.

Mit Schreiben vom 07.05.2021 wandte sich der BF an alle seine 7.565 Wasserkunden und teilte ihnen mit:

„Einwilligungserklärung

Sehr geehrter Kunde

Als ihr Wasserversorger sind wir stets bemüht, den Betrieb der Wasserversorgungsanlage für Sie so kostengünstig und energieeffizient wie möglich durchzuführen.

Der bei Ihnen im Einsatz befindliche neue, digitale Wasserzähler ermöglicht, eine exakte Wasserbilanz zu erstellen und Information über Leckagen, sowohl im öffentlichen Leitungsnetz als auch in der Hauswasserinstallation, frühzeitig zu erkennen und zu beheben. Damit können hohe Nachzahlungen vermieden und Betriebskosten langfristig reduziert werden.

Der Wasserzähler garantiert, dank Ultraschalltechnologie und digitaler Leckagenüberwachung, eine hohe Messgenauigkeit und kann durch den Wasserverband bequem per Funk ausgelesen werden. Die erfassten Daten werden mit Verschlüsselungscode „Advanced Encryption Standards“ (AES) verarbeitet und unterliegen der höchsten Geheimhaltungsstufe – ähnliche wie staatliche Dokumente oder Kredit- und Bankomatkartendaten.

**Die gesetzliche Grundlage sieht zusätzlich die Unterzeichnung einer Einwilligungserklärung vor. Daher bitten wir Sie, die beiliegende Einwilligungserklärung an uns bis XXXX .2021, per Post mittels beiliegendem, frankierten Rückkuvert, Mail oder Fax zu retournieren.**

**Als besonderes Dankeschön werden wir Ihrem Wasserkonto, bei fristgerechter Rücksendung der Erklärung, 1.000 Liter Wasser gutgeschrieben.**

Anbei erhalten Sie auch unsere aktualisierten Versorgungs- und Lieferbedingungen, die als anerkannt gelten, wenn nicht binnen 4 Wochen dagegen Einspruch erhoben wird.

Ihr Wasserverband“

Beigeschlossen war die im Folgenden (2.14.) wiedergegebene „Einwilligungserklärung zur Verwendung von intelligenten Wasserzählern“ und „Information und Bedingungen der Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler“ sowie die „Allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen für Wasser aus dem Versorgungsnetz des Wasserverbandes **XXXX** “ (siehe oben 2.4.).

Aufgrund dieses Schreibens wurden 5.315 Einwilligungserklärungen unterzeichnet an den BF retourniert und 7 Kunden wünschten ausdrücklich den Rückbau des digitalen Wasserzählers mit Fernübertragung, wobei dieser Rückbau durch den BF zwischenzeitlich erfolgt ist.

Mit Schreiben vom 20.10.2021 wandte sich der BF an 2.214 Wasserkunden, die auf das Schreiben vom 07.05.2021 nicht reagiert hatten mit folgendem Schreiben:

„Einwilligungserklärung

Sehr geehrter Kunde!

Sie haben die Ihnen übermittelte Einwilligungserklärung zur Verwendung von intelligenten Wasserzählern nicht an den Wasserverband retourniert. Daher müssen wir Ihnen folgendes mitteilen.

Die intelligenten Wasserzähler mit Fernzählerstandbekanntgabe funktionieren mit Verarbeitung sämtlicher der im Einwilligungsformular aufgelisteten Daten. Daher ist es erforderlich, für die Einwilligung der Fernzählerbestandsbekanntgabe die vollständige Einwilligungserklärung unterfertigt an uns zu retournieren.

Wenn Sie keine vollständige Einwilligung abgeben, dann muss der bei Ihnen eingebaute Zähler ausgebaut und bei Ihrem Objekt ein Zähler nach herkömmlicher Technik ohne Fernübertragung eingebaut werden.

Wir dürfen Sie daher auffordern, entweder die noch einmal beigefügte Einwilligungserklärung vollständig unterfertigt an uns zu retournieren oder einen Termin mit unserem Servicetechniker zum Zählertausch zu vereinbaren.

Bei Einbau eines Zählers mit herkömmlicher Technik ohne Fernübertragung sind Sie als Wasserabnehmer aufgefordert, dem Wasserverband regelmäßig den Zählerstand bei Ihrem Objekt bekannt zu geben. Dies muss vierteljährlich für die quartalsmäßige Abrechnung der Wassermenge zum Quartalsende erfolgen. Sie müssen daher dem Wasserverband den Zählerstand jeweils in der letzten Kalenderwoche eines jeden Quartals mitteilen.

**Wir merken für Ihre Übermittlung des vollständigen unterfertigten Einwilligungsfornulars oder die Rückmeldung zum Zählertausch den Mittwoch, XXXX 2021; vor.**

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Wasserverband“

Auch diesem Schreiben waren die bereits dem Schreiben vom 07.05.2021 angeschlossenen Beilagen beigelegt.

Aufgrund dieses Schreibens langten weitere 1.485 Einwilligungserklärungen beim BF ein. 35 Kunden wünschten ausdrücklich einen Zähler ohne Fernübertragung, woraufhin bei diesen 35 Kunden ein Wasserzähler ohne Fernübertragung eingebaut wurde.

Betreffend 688 Kunden erfolgte bisher keine Reaktion. Die geäußerte Vorgangsweise des BF in diesem Zusammenhang ist, jederzeit zu einem kostenfreien Austausch des Wasserzählers gegen einen solchen ohne Fernübertragung bereit zu sein und insbesondere bei persönlichem Kundenkontakt nach einer Retournierung der Einwilligungserklärung bzw. einem Rückbauwunsch nachzufragen.

2.13. Auf der Homepage des BF findet sich auf der Hauptseite unten ein prominent gestalteter Bereich „Kundenerfahrungen zum digitalen Wasserzähler“. Darunter finden sich in bewegter Darstellung jeweils abwechselnd mit Namen versehene (positive) Kundenrückmeldungen betreffend des digitalen Wasserzählers (Einsicht in die Homepage der BF am 31.01.2023).

2.14. Im Downloadbereich (Downloads und Formulare) findet sich im Menü „Wasseranschluss“ neben der Wasserleitungsanschlussvereinbarung, allgemeinen Versorgungs- und Lieferbedingungen, Preisinformationen und ähnlichem eine „Einwilligungserklärung Wasserzähler“ zum Ausfüllen.

2.15. Diese stellt sich dar wie folgt:

**Beweiswürdigung:**

3.1. Die Feststellungen beruhen einerseits auf den jeweils in Klammer angegeben unbedenklichen Urkunden und in Vorlage gebrachten Beilagen.

3.2. Die Feststellungen betreffend die Einführung des gegenständlichen Wasserzählers beim BF, die Handhabung dieses Wasserzählers und die jeweiligen technischen Umstände beruhen auf den diesbezüglich im Wesentlichen übereinstimmenden, glaubwürdigen und mit der Lebenserfahrung im Einklang stehenden Angaben des Geschäftsführers des BF **XXXX** sowie der Zeugen **XXXX** und **XXXX**, denen gegenteilige Beweisergebnisse nicht entgegenstehen.

Darüber hinaus werden auch die bereits von der Behörde zu C.3. ab der 7. Zeile bis einschließlich 6. des Bescheides festgestellten einsatzunabhängigen Geräteeigenschaften (Produktspezifikationen), deren Feststellung durch den BF nicht in Zweifel gezogen wurde, den Feststellungen zu Grunde gelegt (sich oben 2.10.).

3.3. Die detaillierten Feststellungen zur Vorgangsweise des BF im Zusammenhang mit der Einholung von Einwilligungserklärungen bzw. dem Rückbau auf nicht fernablesbare Zähler erfolgten aufgrund des grundsätzlich glaubwürdigen und teilweise durch Beilagen untermauerten ergänzenden Vorbringens im Rahmen des Schriftsatzes vom 07.02.2023.

Eine Negativfeststellung hatte in Bezug auf das systematische Einholen freiwilliger Einwilligungserklärungen im Rahmen des Einbaus zu erfolgen, zumal die Angaben des GF des BF hierzu zu vage waren (NS S 13) und solche Umstände der Aussage des Zeugen **XXXX**, der selbst mit dem Geräte austausch befasst war, nicht zu entnehmen waren. Schon der Umstand, dass aufgrund der beiden Anschreiben vom 07.05.2021 und 20.10.2021 sich Kunden für einen Rückbau aussprachen, spricht dagegen, dass die Kunden vollumfänglich bereits beim Einbau aufgeklärt wurden und ihnen Gelegenheit zu entsprechenden Einwilligungserklärungen gegeben wurde.

Keine Bedenken bestanden hingegen in Bezug auf die Angaben zu den beiden vorgelegten Anschreiben, insbesondere in Hinblick auf die detaillierten Angaben betreffend des Rücklaufes. Die festgestellte Vorgangsweise in Bezug auf jene Kunden, betreffend derer bislang keine Reaktion erfolgte, ist insbesondere auch im Hinblick auf die Darstellungen auf der Homepage des BF glaubwürdig.

3.4. Die Feststellungen zur Verfügbarkeit von Informationen auf der Homepage des BF erfolgten aufgrund der Einsicht des Gerichts zum angegebenen Datum.

**Rechtlich folgt:**

## **Zu Spruchpunkt I.**

4.1.1. Gemäß § 1 Abs. 1 hat jedermann, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.

(2) Soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt, sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.

4.1.2. Der Begriff der Zustimmung des Betroffenen ist nunmehr deckungsgleich zur Einwilligung im Sinne von Art. 4 Z 11 DSGVO auszulegen. Es handelt sich um die höchstpersönliche, freiwillige, für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willenserklärung des Betroffenen (Thiele/Wagner, Praxiskommentar zum Datenschutzgesetz, DSG § 1 Rz 66, Stand 1.1.2020 rdb.at).

Die wesentliche Voraussetzung für eine solche Einwilligung ist ein ausreichender Grad an Informiertheit (wie oben, Rz 68).

Die rechtliche Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung hängt unter anderem davon ab, dass diese vor Beginn der Verarbeitung der personenbezogenen Daten, für die die Einwilligung benötigt wird, durch den Verantwortlichen eingeholt wird (wie oben, Rz 69).

Darüber hinaus ist das Bestehen einer Wahlfreiheit zu prüfen, wobei diese dann zu verneinen ist, wenn in Anbetracht aller Umstände des Einzelfalls nicht anzunehmen ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde. Besaß der Betroffene keine echte Wahl, da er

andernfalls Nachteile zu befürchten hatte, stellt die Einwilligung keine gültige Grundlage für die Datenverarbeitung dar (wie oben, Rz 72).

4.1.3. Gemäß Artikel 6 Abs. 1 DSGVO ist eine Verarbeitung nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben.

b) Die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;

c) Die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;

...

e) Die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;

f) Die Verarbeitung ist zur Wahrung der Berechtigten Interessen des Verantwortliche oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen ...

Gemäß Abs. 2 können die Mitgliedstaaten spezifischere Bestimmung zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung in Bezug auf die Verarbeitung zur Erfüllung von Abs. 1 Buchstaben c und e beibehalten oder einführen, in dem sie spezifische Anforderungen für die Verarbeitung sowie sonstige Maßnahmen präzise bestimmen, um eine rechtmäßig und nach Treu und Glauben erfolgende Verarbeitung zu gewährleisten, einschließlich für andere besondere Verarbeitungssituationen gemäß Kapitel 9.

Gemäß Abs. 3 wird die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung gemäß Abs. 1 Buchstaben c und e festgelegt durch

a) Unionsrecht oder

b) das Recht der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt. Der Zweck der Verarbeitung muss in dieser Rechtsgrundlage festgelegt oder hinsichtlich der Verarbeitung

gemäß Abs. 1 Buchstabe e für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich sein, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde ....

#### 4.1.4. Zu § 1 DSG:

Eingriff durch Behörden und staatliche Stellen:

Eine Behörde ist im Sinne des § 1 Abs. 2 im funktionellen Sinn zu verstehen. Auch Selbstverwaltungskörper und alle Stellen der Hoheitsverwaltung; die dem Legalitätsprinzip des B-VG unterliegen, sind hievon erfasst (Thiele/Wagner, Praxiskommentar zum DSG § 1, Stand 01.01.2020 rdb.at, Rz 49).

Artikel 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist nicht auf Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben anwendbar (wie oben, Rz 55).

Die Satzung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die sie sich selbst gegeben hat, ist keine gesetzliche Regelung im Sinne von § 1 Abs. 2 und bildet damit keine taugliche Eingriffsgrundlage (wie oben, Rz 60).

Eine analoge Anwendung des EIWOG 2010 auf den Einsatz von intelligenten Wasserzählern durch die Körperschaft des öffentlichen Rechts im Sinne des § 87 Abs. 1 WRG, die als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 gilt und in Erfüllung ihrer satzungsgemäßen Aufgaben gemäß § 89 WRG im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig ist, ist nicht zulässig (wie oben, Rz 61).

4.1.5. Gemäß Art. 58 Abs. 2 DSGVO verfügt jede Aufsichtsbehörde über sämtliche folgenden Abhilfebefugnisse, die es ihr gestatten, ....

f) eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots zu verhängen ...

Die Aufzählung der einzelnen Abhilfebefugnisse als eine Art „Eskalationsstufe“- aufsteigend von der bloßen Warnung bis hin zur Untersagung der Datenverarbeitung – bedeutet nicht, dass die Aufsichtsbehörde nach der DSGVO verpflichtet wäre, mit der mildesten Maßnahme zu beginnen, vielmehr muss die Maßnahme im jeweiligen Einzelfall verhältnismäßig sein. Im österreichischen Datenschutzrecht gilt jedoch mit § 11 DSG der Grundsatz „verwarnen statt strafen“ (Wilk-Rostenstingl in Knyrim, DatKomm, Art. 58 DSGVO, Rz 29, Stand 1.10.2018 rdb.at).

Erwägungsgrund 129 sieht pflichtgemäßes Ermessen vor, sodass die Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Maßnahme sorgfältig zu prüfen ist. Die Schwere des Verstoßes und die Beeinträchtigung der Rechte der betroffenen Personen sind mit den Folgen, die den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeitern durch die Maßnahme voraussichtlich entstehen, gegeneinander abzuwägen. Zweckentsprechenden gelinderen Mitteln ist der Vorzug zu geben (wie oben, Rz 36).

Ein „Verbot“ ist ein unbefristetes gänzlich Ausnehmen von der Verarbeitung (wie oben, Rz 37).

4.1.6. Nach nunmehriger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (Ro 2020/04/0032, 14. Dezember 2021), enthält Artikel 58 DSGVO keine ausdrückliche rechtliche Grundlage für eine selbständige Feststellung über die allfällige Rechtswidrigkeit eines datenschutzrelevanten Verarbeitungsvorgangs in einem amtswegig eingeleiteten Verfahren durch die belangte Behörde. Ein Verbot setzt nicht den gesonderten Abspruch in Form der Feststellung der anlassgebenden Rechtsverletzung voraus. Mangels Feststellungskompetenz der Datenschutzbehörde im Rahmen eines amtswegig eingeleiteten Verfahrens führt daher die Feststellung der anlassgebenden Rechtsverletzung zu einer diesbezüglichen Aufhebung (Rz 30, 32 und 41).

4.2.1. Gemäß § 73 Wasserrechtsgesetz 1959 – WRG 1959 können Wassergenossenschaften zur Verfolgung wirtschaftlich bedeutsamer Zielsetzungen gebildet werden. Zweck einer Wassergenossenschaft kann insbesondere sein:

...

b) die Versorgung mit Trink- Nutz- und Löschwasser....

Gemäß § 87 Abs. 1 können zu den im § 73 genannten Zwecken, wenn sich die vorgesehenen Maßnahmen über den Bereich mehrere Gemeinden erstrecken, auch Wasserverbände als Körperschaften öffentlichen Rechts gebildet werden. Die Beschränkung auf einzelne der genannten Zwecke oder die Vereinigung verschiedener Zwecke ist zulässig.

Gemäß Abs. 2 kommen als Mitglied eines Wasserverbandes in Betracht:

a) Gebietskörperschaften, ...

Gemäß § 88 Abs. 1 wird ein Wasserverband gebildet durch

...



### c) Bescheid des Landeshauptmanns (Zwangsverband)

Gemäß § 88 c Abs. 1 haben die Satzungen die Tätigkeit des Wasserverbandes zu regeln; sie sind von den Mitgliedern eines Wasserverbandes mit Beitrittszwang vor dem Antrag auf Beiziehung der wiederstrebenden Minderheit zu beschließen.

Gemäß § 89 Abs. 1 WRG obliegt den Wasserverbänden die Erfüllung der satzungsgemäßen Aufgaben ...

Gemäß § 95 Abs. 1 kann ein Wasserverband durch Verordnung des Landeshauptmanns berufen werden, solche Aufgaben der Aufsicht über Wassergenossenschaften, über Gewässer oder über den Bau und Betrieb von Wasseranlagen wahrzunehmen, die er zweckmäßigerweise besorgen kann.

Wasserverbände sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungsträger mit Behördenqualität (Berger in Oberleitner/Berger, WRG-ON 4.00 Vor § 87, Rz 1, Stand 15.07.2018, rdb.at).

Da beim Verbandswesen das öffentliche Interesse im Vordergrund steht, ermöglicht das WRG auch eine Bildung von Verbänden mit Beitrittszwang. Die Rechtsbeziehungen der Verbandsmitglieder untereinander werden durch die Satzungen bestimmt. Wasserverbänden können auch behördliche Aufgaben übertragen werden (§ 95, Rz 2).

Haben sich Gemeinden zu einem Wasserverband zusammengeschlossen und diesem unmittelbar hoheitliche Aufgaben (z.B. Betrieb der Sammelkanäle) übertragen, liegt immer noch die Vollziehung der Gesetze durch den Rechtsträger Gemeinde vor; eine Ausgliederung macht die öffentliche Aufgabe noch zu keiner privatwirtschaftlichen Tätigkeit (Rz 4).

Die Bestimmungen des F-VG finden auf Wasserverbände keine Anwendung. Aus diesem Grund haben Wasserverbände keine Abgabenhoeheit (Rz 5).

4.2.2. Gemäß der Trinkwasserverordnung – DWV (Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch) hat gemäß § 5 der Betreiber einer Wasserversorgungsanlage die Wasserversorgungsanlage dem Stand der Technik entsprechend zu errichten, im ordnungsgemäßen Zustand zu halten und vorzusorgen, dass eine negative Beeinflussung des Wassers hinten angehalten wird; ...

4.2.3. Der Themenbereich „Wasserversorgung“ ist in Österreich im Wesentlichen auf landesgesetzlicher Ebene geregelt. Die meisten Wasserverbraucher werden über öffentliche

Wasserleitungsnetze versorgt, die im Regelfall von den Gemeinden oder durch Wasserverbände betrieben werden. Die einschlägigen Wasserversorgungs- oder Wasserleitungsgesetze enthalten Regelungen über die Anschlusspflicht von Gebäuden, Anlagen und Liegenschaften an die öffentliche Wasserversorgung sowie über für den Bezug des Wassers zu entrichtete Gebühren (im Regelfall durch eine Verordnungsermächtigung für den Betreiber der öffentlichen Wasserversorgungsanlage). Beim Gebührenrecht ist zwischen einmalig zu entrichtenden Anschlussgebühren und den laufenden Zahlungen für den jeweiligen Wasserverbrauch zu unterscheiden.

4.2.4. Für die **XXXX** besteht das Gesetz vom 13.03.1962 über die Erhebung von Wasserleitungsbeiträgen durch die Gemeinden des Landes **XXXX** mit Ausnahme der Landeshauptstadt **XXXX** (Wasserleitungsbeitragsgesetz).

Auf Wasserverbände ist dieses Gesetz nicht anwendbar.

Weiters besteht das Gesetz vom 16. Februar 1971 über die von Gemeinden entrichteten öffentlichen Wasserleitungen (Steiermärkisches Gemeindewasserleitungsgesetz 1971) als Ausführungsbestimmung zu § 36 Abs. 1 WRG 1959, das ebensowenig auf Wasserverbände anzuwenden ist.

4.3. Die **belangte Behörde** stellte am Ende ihres amtswegigen Prüfverfahrens spruchmäßig fest, dieses sei berechtigt gewesen und es werde festgestellt, dass die Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler des Typus **XXXX** bzw. vergleichbare Typen unrechtmäßig sei (Spruchpunkt 1.). Den Verantwortlichen werde die Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler mit sofortiger Wirkung untersagt (Spruchpunkt 2.). Sie traf im Wesentlichen Feststellungen zur Gerätespezifikation aufgrund der Typenblätter und zum Einsatz durch den BF hinsichtlich einer geplanten Fernauslese sowie zur Datenschutzerklärung. Rechtlich qualifizierte die belangte Behörde die Datenverarbeitung des BF mit Hilfe des intelligenten Wasserzählers **XXXX** als Verarbeitung personenbezogener Daten, wobei aufgrund des Vertrages mit dem Kunden davon auszugehen sei, dass dieser in der Regel auch Verbraucher sei. Der BF werde beim Betrieb der Verbandsanlagen in Erfüllung seiner satzungsgemäßen Aufgaben gemäß § 89 WRG im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig, weshalb die Verwendung personenbezogener Daten nur auf Basis einer ausreichenden determinierten Rechtsgrundlage gemäß § 1 Abs. 2 DSGVO erfolgen dürfe. Auch unionsrechtlich sei dies im Fall von Art. 6 Abs. 1 lit. c und e DSGVO erforderlich. In der Versorgung der Öffentlichkeit mit Trinkwasser lasse sich zwar ein öffentliches Interesse erkennen, weshalb der Einsatz intelligenter Wasserzähler grundsätzlich im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK als erforderlich gewertet werden könne. Er

dürfe aber nur auf Grundlage eines hinreichend bestimmten Gesetzes erfolgen. Weder in den Bestimmungen des WRG noch jenen der Trinkwasserverordnung sei aber eine derartige ausreichend determinierte gesetzliche Grundlage für den Einsatz von intelligenten Wasserzählern, die (täglich) die festgestellten personenbezogenen Daten erfassen und speichern, zu erkennen. Die Energieeffizienzrichtlinie sei nicht direkt anwendbar. Die Umsetzung durch das EEffG beziehe sich ausschließlich auf Warmwasserzähler. Die zu prüfende Datenverarbeitung lasse sich daher auf keine geeignete Rechtsgrundlage stützen. Da die gegenständliche Datenverarbeitung nicht nur beabsichtigt sondern seit 2018 schrittweise eingeführt worden sei, sei der BF nicht lediglich zu warnen gewesen. Es komme lediglich die Abhilfebefugnis gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO in Betracht.

4.4. Dem hält der **BF** entgegen, die belangte Behörde habe sich zu wenig mit der tatsächlichen Notwendigkeit des Einsatzes derartiger intelligenter Wasserzähler befasst und hätte auch lediglich eine Verwarnung aussprechen können. Er stellte ausführlich die Funktionsweise des gegenständlichen Messgerätes dar und führte aus, dass aufgrund dessen keine Rückschlüsse auf das Verbrauchsverhalten gezogen werden könnten und insbesondere sich kein Tätigkeitsprotokoll erstellen lasse. Aus Sicht des BF würden keine personenbezogenen Daten verarbeitet, die Anschlussnummer werde nur einem Liegenschaftsobjekt und nicht einer natürlichen Person zugeordnet und das Verfahren sei in Bezug auf die beantragten Zeugen und ein Sachverständigengutachten mangelhaft geblieben. Der BF räume ein, die Wasserverbände seien Selbstverwaltungskörper, somit Körperschaften öffentlichen Rechts und Behörde im Sinne des Datenschutzrechtes. Mangels Verarbeitung personenbezogener Daten sei aber weder die DSGVO noch das DSG anzuwenden. Der BF sei aufgrund seiner Satzung (§ 2 Z 9) ausdrücklich ermächtigt, für die Messung des Wasserverbrauchs auch intelligente Messsysteme/-Vorrichtungen einzusetzen. § 22 EEffG regle den Einsatz intelligenter Messgeräte und sei nicht nur für Warmwasserzähler anzuwenden. Nach richtlinienkonformer Auslegung dieser Bestimmung sei eine Zuordnung des Wasserzählers in die Kategorie Messgeräte zur Messung des Kalt- und Warmwasserverbrauchs erforderlich, um im Sinne der Richtlinienvorgabe der Fernablese gerecht zu werden. Intelligente Messgeräte gemäß § 7 Abs. 2 Z 31 EIWOG 2010 hätten Mindestfunktionsanforderungen zu enthalten, die sinngemäß der Produktbeschreibung des **XXXX** gleichzusetzen zu seien. Der BF verfolge Aufgaben im öffentlichen Interesse. Die eingesetzten Geräte seien für die Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. c und e DSGVO notwendig und gerechtfertigt. Es bestehe kein Anschlusszwang, weshalb die Verarbeitung von Daten rechtmäßig sei, wenn sie für die Erfüllung oder den geplanten Abschluss eines Vertrags erforderlich sei. Die Leistungserbringung durch den BF erfolge aufgrund einer

privatrechtlichen Vereinbarung. Die Vertragserfüllung erfolge auf Basis einer öffentlich zugänglichen Satzung, somit sei der Einsatz von intelligenten Wasserzählern ex lege Vertragsbestandteil.

Der BF habe auch von der Möglichkeit der Einholung der Zustimmung der Kunden im Sinne des § 1 Abs. 2 DSGVO und der Einwilligung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a Gebrauch gemacht. Der BF werde unpräjudiziell entsprechende Einwilligungen gemäß Art. 4 Ziffer 11 DSGVO einholen, was insofern als freiwillig anzusehen sei, als die Verwendung des intelligenten Wasserzählers auch abgelehnt oder die Einwilligung widerrufen werden könne, ohne dass dies mit Nachteilen des Kunden verbunden wäre.

#### **4.5. Daraus folgt:**

4.5.1. Gemäß Art. 4 Z 1 DSGVO sind personenbezogene Daten alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person (im Folgenden: „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Onlinekennung oder zu einem oder mehreren Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.

Eindeutig identifiziert ist eine Person idR dann, wenn die Identität der Person unmittelbar aus der Information selbst hervorgeht, also eine Person direkt namentlich bekannt ist, bzw. jene Fälle, in denen weitere Merkmale vorliegen, wie das Geburtsdatum, die eindeutig auf eine Person hinweisen. Es handelt sich um sogenannte primäre Identifikationsmerkmale (Hödl in Knyrim, DatKomm Art. 4 DSGVO, Rz 11, Stand 01.12.2018, rdb.at).

Identifizierbar ist eine Person dann, wenn die Information zwar für sich genommen nicht ausreicht, um sie einer Person zuzuordnen, dies aber gelingt, sobald die Information mit weiteren Informationen verknüpft wird. Auch pseudonymisierte Daten zählen zu den personenbezogenen Daten. Pseudonymisierung ist die Verarbeitung von Daten in einer Weise, dass die Daten ohne zusätzliche Information nicht mehr einer spezifischen Person zugeordnet werden können (wie oben, Rz 12).

Zwar verneint der BF aufgrund der vorliegenden Konstellation bereits das Vorliegen personenbezogener Daten im Hinblick auf durch den Wasserzähler erhobene Verbrauchsdaten und damit im Zusammenhang stehende Daten. Richtig ist, dass prinzipiell solcherart erhobene Daten zunächst mit einem Wasseranschluss und somit mit einem

Vertragspartner in Verbindung stehen und der tatsächliche „Wasserverbraucher“ nicht notwendigerweise mit dem Vertragspartner ident sein muss. Im Hinblick auf das lediglich erforderliche Kriterium der Identifizierbarkeit, um den unionsrechtlich gebotenen weiten Umfang des Begriffes personenbezogene Daten zu erfüllen, geht der erkennende Senat aber – entgegen dem Standpunkt des BF – grundsätzlich im hier zu beurteilenden Fall vom Vorliegen personenbezogener Daten aus.

4.5.2.1. Die belangte Behörde knüpfte die Berechtigung zur Verhängung aufsichtsbehördlicher Maßnahmen im Sinne des Art. 58 Abs. 2 lit. f an das Nichtvorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für die Verwendung der Daten im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG im Hinblick auf die von der belangten Behörde angenommene und vom BF im Wesentlichen zugestandene Behördenqualität der BF. Allerdings ist dem diesbezüglichen Erfordernis gemäß § 1 Abs 2 DSG das weitere Erfordernis vorgelagert, dass die Verwendung personenbezogener Daten nicht mit Zustimmung des Betroffenen erfolgt, worauf die belangte Behörde im Rahmen ihrer allgemeinen rechtlichen Erwägungen (Bescheid S 14, letzter Absatz) ohnehin hinwies.

Die ausführlichste verfügbare Darstellung des § 1 DSG in Thiele/Wagner, Praxiskommentar zum Datenschutzgesetz, Stand 1.1.2020, rdb.at, enthält – soweit ersichtlich – keine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage, in welchem Verhältnis § 1 Abs 2 erster Halbsatz (Verwendung von personenbezogenen Daten im lebenswichtigen Interesse bzw mit Zustimmung des Betroffenen) und zweiter Halbsatz (Beschränkungen zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen bei Eingriffen einer Behörde und durch Private) stehen. Grammatikalisch beschreibt jedenfalls der erste Halbsatz Ausnahmen vom Regelungsbereich der weiteren Bestimmung (Beschränkungen). Thiele/Wagner beschreiben die Voraussetzungen für einen Eingriff nach Abs 2 durch Private einerseits und Behörden andererseits als „Eingriffsvorbehalt“ (wie oben, Rz 38) gegenüber dem – beinahe – umfassenden Geheimhaltungsanspruch des Abs 1. Demgegenüber werden die Tatbestandsvoraussetzungen der Lebenswichtigen Interessen und der Zustimmung des Betroffenen als „Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff“ (fälschlich bezeichnet als Rechtfertigungsgründe) bezeichnet (Rz 62f). Schon daraus folgt, dass die (wirksame) Zustimmung daher den Eingriff ohne weitere Voraussetzungen rechtfertigt.

Auch aus dem dargestellten Prüfungsschema zum Erlaubnistatbestand der berechtigten Interessen zu Rz 42 in der Reihenfolge

- im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder
- mit seiner Zustimmung,

- bei überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen oder
- bei Vorhandensein einer qualifizierten gesetzlichen Grundlage,

ergibt sich, dass das Vorliegen einer Zustimmung die Prüfung weiterer Tatbestandsvoraussetzungen des Eingriffsvorbehalts entbehrlich macht.

Der erkennende Senat vermag sich daher der Rechtsansicht der belangten Behörde, selbst im Falle einer wirksamen Zustimmung bedürfe ein Eingriff durch eine Behörde weiterer Voraussetzungen, nicht anzuschließen.

4.5.2.2. Nach den nunmehrigen auch aufgrund einer ergänzenden Beweisführung im Rahmen einer mündlichen Verhandlung sowie weiterer Urkundenvorlagen und Einsichtnahmen in die Homepage des BF ergänzten Feststellungen gab der BF zwischenzeitlich all seinen Vertragspartnern (nachdem ursprünglich offenbar die Wasserzähler ohne näheres formales Prozedere ausgetauscht wurden) Gelegenheit, zu der in den Feststellungen dargestellten Datenverarbeitung durch intelligente Wasserzähler, die ausführliche Informationen und Bedingungen der Datenverarbeitung in diesem Zusammenhang enthält, eine Einwilligung zu erteilen oder – im Falle einer Nichterteilung - diese auszutauschen zu lassen. Der BF tauschte und tauscht diesfalls diese Wasserzähler aus.

4.5.2.3. Wie dargestellt, bedarf die Zustimmung im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG eines ausreichenden Grades an Informiertheit im Sinne einer Freiwilligkeit und einer Wahlfreiheit. Von einer Informiertheit der Kunden ist im Hinblick auf die auf der Rückseite der Einwilligungserklärung dargestellte Beantwortung der Fragen „Wie wird der Schutz der Daten gewährleistet? Welche Daten werden verarbeitet? Zu welchem Zweck werden die Daten verarbeitet? Wie wird der intelligente Wasserzähler ausgelesen? Wie oft werden die Daten ausgelesen und übertragen? Wie lange werden die Daten gespeichert? An wen werden die Daten weitergegeben? Wo finde ich weitere Informationen? Muss ich einen intelligenten Wasserzähler verwenden? Welche Rechte habe ich?“ und „Wer hilft mir bei Fragen?“ im ausreichenden Maße auszugehen. Die diesbezüglichen Antworten stehen nicht im Widerspruch mit den Ergebnissen des durchgeführten Verfahrens und insbesondere den Befragungsergebnissen des Geschäftsführers des BF, der Zeugen sowie den Typenblättern. Die diesbezüglichen Informationen sind auch leicht auf der Homepage des BF zu finden. Die Wahlfreiheit ist im Hinblick darauf gegeben, als es tatsächlich in Fällen mangelnder Einwilligung – wie festgestellt – zu einem Rücktausch der Zähler kam und kommt.

4.5.2.4. Zwar bedarf es in der Regel zur Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung deren Einholung vor Beginn der Verarbeitung der personenbezogenen Daten. Gegenständlich ist aber nicht die Frage der Rechtmäßigkeit einer konkreten Datenverarbeitung zu beurteilen, sondern die Berechtigung einer von der belangten Behörde gemäß Art. 58 verhängten Aufsichtsmaßnahme. Konkret wurde durch die belangte Behörde (ausschließlich auf die aktuelle Rechtslage bezogen) eine unbefristete und somit dauerhafte Untersagung der Datenverarbeitung - ganz generell durch - intelligente Wasserzähler ausgesprochen. Die Berechtigung dieser Maßnahme ist aufgrund der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der nunmehrigen Entscheidung zu prüfen.

4.5.2.5. Nach den Feststellungen hat der BF allen seinen Vertragspartnern und Kunden gegenüber zwischenzeitlich Informationsmaßnahmen gesetzt, um in der Lage zu sein, wirksame Einwilligungen zur Verwendung des intelligenten Wasserzählers **XXXX** zu geben. Hievon hat nach den Feststellungen die überwältigende Mehrheit der Kunden zwischenzeitlich Gebrauch gemacht. Betreffend jene Vertragspartner, die ihre Einwilligung nicht erteilt haben, wurde der gegenständliche Wasserzähler ausgebaut, sind die diesbezüglichen Maßnahmen im Gange bzw ist der BF austauschbereit (gegenüber jenen, die nicht reagiert haben).

4.5.2.6. Die gegen die Wirksamkeit der Maßnahmen des BF zur Einholung von Einwilligungserklärungen in Bezug auf das hier zu beurteilende amtswegige Prüfverfahren von der belangten Behörde ins Treffen geführten Erwägungen sind nicht zu teilen:

Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Einwilligungen in der hier zu beurteilenden Konstellation siehe oben zu 4.5.2.1.

Zu den Zweifeln der belangten Behörde, dass Kunden des BF durch die Anschreiben vom 07.05.2021 und vom 20.10.2021 freiwillige Erklärungen abgeben konnten:

Art. 7 DSGVO regelt die Bedingungen für die Einwilligung.

Gemäß Abs. 1 muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat, wenn die Verarbeitung auf einer Einwilligung beruht.

Gemäß Abs. 2 muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache vorliegen, sodass es von anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist, wenn die Einwilligung durch eine schriftliche Erklärung erfolgt, die noch andere Sachverhalte betrifft.

Gemäß Abs. 3 hat die betroffene Person das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf verfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hievon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.

Gemäß Abs. 4 muss bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand im größtmöglichen Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderen die Erfüllung eines Vertrages, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist.

Art. 7 Abs. 4 DSGVO normiert ein allgemeines Koppelungsverbot als besondere Ausprägung des Merkmals der Freiwilligkeit. Zweck des Koppelungsverbots ist der Schutz der freien Willensbildung des Betroffenen im Rahmen einer Einwilligung, womit eine faktisch erzwungene Einwilligungserteilung, die unter anderem beim Vorliegen eines klaren Ungleichgewichts zwischen Betroffenen und Verantwortlichen vorliegen kann, aber nicht muss, verhindert werden soll. Dadurch kann im Ergebnis ein Eingriff in die Vertragsfreiheit erfolgen. Ein Koppelungsverbot wird dadurch charakterisiert, dass es das Abhängigmachen eines Vertragsabschlusses bzw. die Erbringung einer Leistung von der Erteilung einer Einwilligung der betroffenen Person in eine sachfremde, nicht für die Abwicklung des Geschäfts erforderliche Datenverarbeitung, untersagt. Eine Einwilligung soll dann nicht freiwillig sein, wenn die betroffene Person faktisch keine andere Wahl hat, als der Datenverarbeitung zuzustimmen. Laut DSB ist eine Einwilligung insbesondere dann unfreiwillig, wenn bei Nichtabgabe der Einwilligung ein Nachteil zu erwarten ist (Kasteliz in Knyrim, DatKomm Art. 7 DSGVO, Rz 33, Stand 07.05.2020, rdb.at).

Die belangte Behörde meint, die Ausführung des BF im Schreiben vom 07.05.2021, wonach die gesetzliche Grundlage zusätzlich eine Einwilligung vorsehe, sei missverständlich. Hiedurch könne der Eindruck erweckt werden, dass eine gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung bestehe.

Zusammengefasst wirbt der BF im Schreiben vom 07.05.2021 unter Verweis auf technische Vorteile für den digitalen Wasserzähler und führt sodann fettgedruckt aus, die gesetzliche Grundlage sehe zusätzlich die Unterzeichnung einer Einwilligungserklärung vor.

Durch diese Form der Darstellung ist in noch ausreichendem Maß erkennbar, dass der Einbau des digitalen Wasserzählers datenschutzrechtlich einer Einwilligungserklärung bedarf. Eine



solche mit Ausfüllfunktion war dem Schreiben angeschlossen und enthält eine deutliche und verständliche Widerrufserklärung in Schriftgröße der gesamten Einwilligungserklärung, sodass die diesbezüglichen Zweifel der Behörde im Sinne einer Missverständlichkeit nicht zu teilen sind.

Soweit die belangte Behörde meint, jene Kunden, die keine Einwilligungserklärung abgeben, würden durch die Nichterlangung einer Wassergutschrift von 1.000 Litern einen Nachteil erleiden, so handelt es sich dabei jedenfalls um keinen die Freiwilligkeit ausschließenden Nachteil: Es muss dem Einwilligungswerber unbenommen sein, mit der Bereitschaft des Kunden zum Einbau des digitalen Wasserzählers und der damit verbundenen Einwilligungserklärung einen Vorteil im Sinne eines Rabattes oder einer Gutschrift zu erhalten. Es ist nicht ersichtlich, dass jene Kunden, die keine Einwilligungserklärung erteilen, gemessen am Wasserbezugsvertrag Nachteile erleiden. Der Umstand, dass diesen Kunden der Vorteil der Wassergutschrift nicht zukommt, kommt einem Nachteil iSd dargestellten Rechtsprechung der Datenschutzbehörde nicht gleich.

Letztlich kann auch in einem allenfalls durch einen Zählertausch verbundenen Zeitaufwand kein relevanter Nachteil liegen, zumal es in der Natur der Sache liegt, auch im Falle eines Widerrufs der Einwilligung den Austausch des Zählers auf ein Gerät zu dulden, das datenschutzrechtlich geringere Anforderungen stellt.

4.5.2.7. Abhilfemaßnahmen, wie die von der belangten Behörde getroffene, können keine Sanktion im Sinne einer Bestrafung für eine allenfalls in der Vergangenheit liegende nicht eingeholte Zustimmung bzw Einwilligung sein, wenn diese zwischenzeitlich nachgeholt wurde.

4.5.2.8. Anhaltspunkte dafür, dass der gegenständliche Wasserzähler generell gravierende datenschutzrechtliche Bedenklichkeiten technischer Natur aufweisen würde, weil er weit über den einsatzspezifischen Nutzen hinaus Daten erheben, verarbeiten und/oder speichern würde, weshalb diesfalls von einer wirksamen Zustimmung grundsätzlich nicht ausgegangen werden könne, kamen im Verfahren nicht hervor.

4.5.3. Zum nunmehrigen Beurteilungszeitpunkt liegt daher keine Sachlage mehr vor, die eine Abhilfe im Sinne des Art. 58 DSGVO generell und insbesondere im Sinne des Art. 58 Abs. 2 lit. f erfordert, sodass Spruchpunkt 2. ersatzlos zu beheben war.

Gleiches gilt für Spruchpunkt 1., der bereits aufgrund der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, wonach im amtswegigen Prüfungsverfahren kein Abspruch in Form

einer Feststellung der anlassgebenden Rechtsverletzung erforderlich und zulässig ist, zu beheben war.

4.5.4. Ein weiteres Eingehen auf die Frage, ob aufgrund der besonderen Rechtsbeziehungen des BF zu den Endverbrauchern im Sinne privatrechtlicher Verträge auch in Ansehung von dessen grundsätzlicher Behördeneigenschaft im Einzelfall die Voraussetzung der ausreichend determinierten Rechtsgrundlage im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG besteht und allenfalls Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO anwendbar sein könnte, kann insofern dahinstehen. Jedenfalls ist dem BF zu entgegen, dass sich sowohl die Energieeffizienzrichtlinie als auch das in Österreich ergangene EEffG lediglich auf die Warmwasserversorgung beziehen und daher gegenständlich nicht von Relevanz sind.

Im Ergebnis kommt der Beschwerde aber aus den dargestellten Gründen Berechtigung zu.

4.6. Der **Ausspruch der Unzulässigkeit der Revision** folgt dem Umstand, dass das Erfordernis der Zustimmung im Sinne des § 1 Abs. 2 erster Satz DSG bereits auf Sachverhaltsebene erfüllt war und eine Zustimmung einen Rechtfertigungsgrund unabhängig vom Vorliegen eines Eingriffsvorbehalts bildet. Sihin waren keine höchstgerichtlich nicht oder uneinheitlich beantworteten Rechtsfragen zu beurteilen.

#### **Zu Spruchpunkt II.:**

4.7.1. Die diesbezüglichen Beschwerdeführer, bezeichnet nunmehr als Erstantragsteller (1. ASt) und Zweitantragsteller (2.ASt), stützten ihre Legimitation auf ihre Stellung als Messgerätehersteller, - Exporteur bzw. - Importeur und Handelsunternehmen. In Bezug auf den Vertrieb und den Einsatz von Messgeräten und eine hierdurch gemäß § 8 AVG rechtlich geschützte Position durch den Spruch der belangten Behörde würde die gesamte Wasserwirtschaft inklusive Messgerätehersteller mit einem unzulässigen und bedenklichen Technologieverbot und einem Berufsausübungsverbot belegt. Dies widerspreche unter anderem der Dienstleistungs- und der Erwerbsfreiheit. Die ASt als übergangene Parteien seien daher direkt beschwerdelegitimiert. Ferner seien die ASt Auftragsverarbeiter gemäß Art. 4 Z 8 DSGVO.

4.7.2. Gemäß § 8 AVG sind Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, Beteiligte und, insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruchs oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien.

4.7.3. Das bloß faktische insbesondere auch wirtschaftliche Interesse vermittelt noch nicht die Parteistellung. Anderes gilt, wenn die Interessen (Dritter) zu rechtlichen erhoben werden,

wenn also die anzuwendenden Normen erkennen lassen, dass sie insofern nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im Interesse des jeweiligen Privaten erlassen wurden. Im aufsichtsbehördlichen und im verwaltungspolizeilichen Verfahren kommt nur den Adressaten des aufsichtsbehördlichen Bescheides bzw. des Polizeibefehls, nicht aber Dritten Parteistellung zu. Auch der Mieter hat im baubehördlichen (insbesondere Abbruchs-) Verfahren grundsätzlich (das heißt, sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt wird) keine Parteistellung (Hengstschläger/Leeb AVG § 8 Rz 7, Stand 1.1.2014, rdb.at, mwN).

4.7.4. Hier liegt eine einem aufsichtsbehördlichen Verfahren zumindest gleichzuhaltende Konstellation vor, in der die Datenschutzbehörde ihre Aufsichtsbefugnisse gemäß Art. 58 DSGVO ausübt. Adressat ist der BF, der ein Produkt der 1.ASt- bzw. des 2.ASt einsetzt. Zwar sind die 1.ASt und der 2.ASt als Herstellerin, Lieferantin bzw. Vertragspartnerin im Sinne eines Softwarelizenzvertrages wirtschaftlich von der aufsichtsbehördlichen Maßnahme betroffen. Die Vermittlung einer Rechtsposition konnten sie jedoch ebensowenig darlegen wie die Verletzung eines eigenen tatsächlich bestehenden subjektiven Rechts.

Betreffend das von ihnen unmittelbar gegen den Bescheid erhobene Rechtsmittel (wie oben, Rz 21) kam ihnen mangels Parteistellung daher keine Rechtsmittelberechtigung zu, sodass dieses zurückzuweisen war.

4.7.5. Die ASt konnten auch nicht darlegen, dass ihnen (allein) aus ihrer Eigenschaft als Auftragsverarbeiter des BF eine Parteistellung im gegenständlichen amtswegigen Prüfverfahren der DSB zukommt: Der allgemeine Hinweis, ihre Parteistellung ergäbe sich direkt aus den Bestimmungen des DSG bzw der DSGVO, ist dazu keineswegs hinreichend. Anhaltspunkte dafür, dass die hier gegenständliche Abhilfemaßnahme der DSB (auch) auf Umständen gründet, die sich auf die Auftragsverarbeitung durch die ASt beziehen, kamen nicht hervor und wurden explizit durch die ASt nicht behauptet. Auch aus diesem Titel lässt sich daher eine Parteistellung der ASt nicht begründen.

4.8. Der **Ausspruch der Unzulässigkeit der Revision** folgt auch im Bezug auf Spruchpunkt II. dem Umstand, dass eine Einzelfallbeurteilung der Parteistellung der ASt vorzunehmen war und auch diesbezüglich keine höchstgerichtlich nicht oder uneinheitlich beantworteten Rechtsfragen zu beurteilen sind.