



Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und  
Kommunikationsrecht der Universität Zürich

**Manuel Bucher**

# **Spyware**

**Rechtliche Würdigung ausgewählter Fragen  
sowie Empfehlungen an die Praxis  
unter besonderer Berücksichtigung  
des Eidgenössischen Datenschutzgesetzes**

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	XIII
Abbildungsverzeichnis.....	XIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis .....	XXIX
Materialienverzeichnis.....	LIX
1 Einführung .....	1
1.1 Einleitung und Thematik.....	1
1.2 Aufbau der Arbeit.....	2
2 Begriffsdefinition Spyware.....	9
2.1 Spyware.....	9
2.1.1 <i>Begriff in der Computerpraxis</i> .....	9
2.1.1.1 Kriterium der Datensammlung und Weitergabe an Dritte.....	10
2.1.1.2 Kriterium der Heimlichkeit .....	10
2.1.1.3 Kriterium der „Offline-Installation“ .....	10
2.1.2 <i>Begriff in der Schweizer Rechtspraxis</i> .....	11
2.1.2.1 Kriterium des Datensammlungsvorganges und Weiterleitung an Dritte .....	11
2.1.2.2 Kriterium der Heimlichkeit .....	11
2.1.2.1 Kriterium der „Offline-Installation“ .....	12
2.1.3 <i>Spyware im Sinne der vorliegenden Arbeit</i> .....	12
2.2 Abgrenzung zu verwandten Begriffen.....	15
2.2.1 <i>Malware</i> .....	15
2.2.1.1 Computerviren & Würmer .....	16
2.2.1.2 Dialer .....	16
2.2.1.3 Trojanische Pferde.....	16

## Inhaltsverzeichnis

2.2.2	<i>Adware</i> .....	17
2.2.3	<i>Grayware</i> .....	17
2.2.4	<i>Cookies</i> .....	18
2.3	Zusammenfassung .....	18
3	Problemstellung .....	21
3.1	Das Internet und die Schweiz .....	21
3.2	Wirtschaftliche Interessen .....	23
3.2.1	<i>Zusätzliche Umsätze</i> .....	23
3.2.2	<i>Marktforschung</i> .....	24
3.2.2.1	Klassische Marktforschung .....	24
3.2.2.2	Marktforschung im Internet.....	26
3.3	Umsetzung des wirtschaftlichen Potentials .....	26
3.3.1	<i>Einführungsbeispiel behavioral targeting</i> .....	27
3.3.2	<i>Klassifikation der hinterlassenen Daten</i> .....	27
3.3.2.1	Offline-Datenspuren .....	28
3.3.2.2	Online-Datenspuren.....	30
3.3.2.3	Zusammenhang Online-/Offline-Spuren .....	33
3.3.3	<i>Vorgang der Datensammlung</i> .....	35
3.3.3.1	Sammlung von Offline-Spuren.....	35
3.3.3.2	Sammlung von Online-Spuren .....	37
3.3.4	<i>Nützliche Daten für die Wirtschaft?</i> .....	40
3.3.4.1	Allgemein .....	40
3.3.4.2	Exkurs: Ahndung von Urheberrechtsverletzungen.....	43
3.3.5	<i>Zusammenfassung</i> .....	45
3.4	Fazit und Problemstellung der Arbeit.....	47
4	Rechtslage im Ausland .....	53
4.1	USA .....	53
4.1.1	<i>I Spy Act</i> .....	54
4.1.2	<i>Spy Act</i> .....	55

4.2	EU / Europa.....	57
4.2.1	<i>EU-Datenschutz-Richtlinie RL 95/46/EG</i> .....	58
4.2.2	<i>EU-Elektronische Kommunikations-Richtlinie RL 2002/58/EG</i> .....	61
4.2.3	<i>Spyware im Lichte der RL 95/46/EG sowie der RL 2002/58/EG</i> .....	64
4.2.4	<i>Exkurs: Convention on Cybercrime (CCC)</i> .....	66
4.3	Selbstregulierung im Internet.....	68
4.4	Fazit.....	71
5	Rechtslage in der Schweiz.....	75
5.1	Schutz durch das Völkerrecht.....	76
5.2	Grundrechtsschutz in der Schweizerischen Bundesverfassung...	78
5.2.1	<i>Persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)</i> .....	79
5.2.2	<i>Schutz von Kommunikationsgeheimnis, der Wohnung und des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV)</i> .....	80
5.2.3	<i>Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten (Art. 13 Abs. 2 BV)</i> .....	83
5.2.4	<i>Exkurs: Verwirklichung der Grundrechte zwischen Privaten (Art. 35 BV)</i> .....	85
5.2.5	<i>Zusammenfassung</i> .....	86
5.3	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG).....	86
5.3.1	<i>Entstehungsgeschichte</i> .....	87
5.3.2	<i>Zweck des DSG</i> .....	89
5.3.3	<i>Geltungsbereich des DSG</i> .....	91
5.3.4	<i>Exkurs: Geltungsbereich im internationalen Verhältnis</i> ....	92
5.3.5	<i>Begriffe gemäss Art. 3 DSG</i> .....	96
5.3.5.1	Allgemein.....	96
5.3.5.2	Personendaten gemäss lit. a.....	97
5.3.5.3	Betroffene Person gemäss lit. b.....	99
5.3.5.4	Besonders schützenswerte Daten gemäss lit. c.....	99

## Inhaltsverzeichnis

5.3.5.5	Persönlichkeitsprofil gemäss lit. d.....	102
5.3.5.6	Bearbeiten gemäss lit. c.....	103
5.3.5.7	Bekanntgeben gemäss lit. f.....	104
5.3.5.8	Datensammlung gemäss lit. g.....	105
5.3.6	<i>Zwischenfazit: Anwendung des DSG im Falle des Spyware-Einsatzes .....</i>	<i>106</i>
5.3.7	<i>Grundsätze der Datenbearbeitung.....</i>	<i>111</i>
5.3.7.1	Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung .....	111
5.3.7.2	Bearbeitung nach Treu und Glauben sowie Verhältnismässigkeit .....	113
5.3.7.3	Zweckbindung .....	116
5.3.7.4	Erkennbarkeit der Datenbeschaffung und des Zwecks .....	119
5.3.7.5	Voraussetzungen der Einwilligung.....	121
5.3.7.6	Weitere Grundsätze der Datenbearbeitung.....	126
5.3.8	<i>Persönlichkeitsverletzung und Rechtfertigungsgründe.....</i>	<i>131</i>
5.3.8.1	Persönlichkeitsverletzung durch Datenbearbeitung ..	131
5.3.8.2	Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 13 DSG .....	135
5.4	Weitere rechtliche Grundlagen.....	142
5.4.1	<i>Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 ff. ZGB.....</i>	<i>142</i>
5.4.2	<i>Daten auf fremden Geräten nach Art. 45c FMG .....</i>	<i>144</i>
5.4.3	<i>Weitere Grundlagen.....</i>	<i>145</i>
5.5	Fazit.....	147
6	Empfehlungen an die Praxis .....	151
6.1	Rechtmässigkeit beachten .....	151
6.2	Verhältnismässigkeit beachten .....	152
6.3	Betroffene ausgiebig informieren.....	153
6.4	Explizite Einwilligung einholen .....	156
6.5	Vorsicht beim Einsatz von AGB .....	158

6.6	Datenschutzverantwortlichen bestimmen und Zertifizierung nutzen .....	160
6.7	Begrenzte Wirkung bezüglich Vereinbarungen des Gerichtsstands und des anwendbaren Rechts.....	162
6.8	Datensicherheit kann Vertrauen schaffen.....	163
6.9	Datenbearbeitung durch Dritte immer mittels Vertrag regeln...	165
6.10	Rechtfertigung kann möglich sein, muss aber nicht.....	166
6.11	Zusammenfassung: Framework.....	168
7	Offene Fragen .....	173
7.1	Schadensbegriff.....	173
7.2	Selbstkontrolle: Zertifizierung und Datenschutzverantwortliche .....	174
7.3	Internationales Privatrecht.....	175
7.4	Umgang mit „Zufallsfunden“ .....	176
7.5	Weitere gesetzliche Grundlagen für Spyware .....	176
7.6	Exkurs: Immaterialgüterrechtlicher Schutz von Spyware .....	177
8	Zusammenfassung und abschliessende Würdigung.....	181
Anhang:	Checkliste bei einer Datenbearbeitung mittels Spyware-Einsatz .....	187

# Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Aufbau der Arbeit (Eigene Darstellung) .....	5
Abbildung 2:	Zugriff auf Online-Spuren (eigene Darstellung).....	33
Abbildung 3:	Datenspuren, -sammlung und -verwendung (Eigene Darstellung) .....	46
Abbildung 4:	Prüfung der Rechtmässigkeit nach Art. 4 Abs. 1 DSGVO (Eigene Darstellung) .....	113
Abbildung 5:	Persönlichkeitsverletzung und Rechtfertigung nach DSGVO (Eigene Darstellung) .....	141
Abbildung 6:	Framework der Empfehlungen an die Praxis (eigene Darstellung).....	169