

Claudia Keller, Lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M. Tätig in einer Wirtschaftskanzlei in Zürich. Jurastudium an der Universität Basel, LL.M. Studium am UC Hastings College of the Law (San Francisco, 2003/2004) und nicht juristische Ausbildungen an der Hochschule Luzern (CAS Brand Management, 2007) sowie bei Somexcloud (Social Media Management, 2011).

AGB von Social-Media-Plattformen

Dem geschenkten Gaul ins Maul geschaut

Résumé Le nombre des usagers suisses, personnes privées ou entreprises, des réseaux sociaux est toujours plus grand. Pour s'inscrire sur un réseau social, l'utilisateur conclut un contrat avec l'exploitant du réseau, contrat que le plus souvent, l'utilisateur n'a même pas lu. Les conditions générales sont très semblables d'un réseau à l'autre. On notera en particulier l'absence de garantie pour certaines fonctionnalités, voire pour tout usage, la possibilité pour l'exploitant de modifier à sa guise les conditions d'exploitation, l'octroi de diverses licences d'utilisation en faveur de l'exploitant et de nombreuses restrictions d'usage en défaveur de l'utilisateur. A quoi s'ajoute l'élection d'un droit et d'un for étrangers. On serait tenté de dénoncer un crasse déséquilibre entre les droits et les obligations de l'utilisateur si l'usage n'était pas gratuit. Cela dit, s'il n'y pas de contre-prestation pécuniaire, il y a cession de droits sur les contenus et sur les images. Reste que ces conditions générales sont en grande partie acceptables, même à l'aune du droit suisse.

I. Einleitende Bemerkungen

Der Begriff Social Media bezeichnet digitale Medien und Technologien, die es Nutzern ermöglichen, sich untereinander auszutauschen und mediale Inhalte einzeln oder in Gemeinschaft zu gestalten (Definition gemäss Wikipedia¹). Social-Media-Plattformen können in verschiedene Gruppen eingeteilt werden, die unterschiedliche Charakteristika aufweisen. Neben den sozialen Netzwerken wie Facebook, Google+, Xing und LinkedIn haben sich auch Crowdsourcing- und -funding-Plattformen etabliert (Wikipedia, Wemakeit, Atizo). Weitere Kategorien bilden Blogs und Mikroblogs (bspw. Twitter) sowie Content Communities (YouTube, Flickr, Instagram).

Facebook hat gemäss eigenen Angaben Anfang Oktober 2012 die Milliardengrenze an Nutzern erreicht. Gemäss Schätzungen zählt die Schweiz ca. 3 Millionen Nutzer². Diese Zahlen überraschen nicht. Die Nutzung von Social-Media-Plattformen gehört mittlerweile zum Alltag, und Social Media sind längst nicht mehr nur Spielwiese zur privaten Unterhaltung, sondern auch aus Unternehmenskommunikation und -marketing kaum mehr wegzudenken. Zwar ist immer wieder

von der Allmacht der Anbieter und der Machtlosigkeit der Nutzer zu lesen, sowohl Private wie Unternehmen unterstellen sich jedoch in der Regel mehr oder weniger blindlings den allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend «AGB») der Anbieter, ohne sich mit den konkreten Nutzungsbedingungen auseinanderzusetzen. Dieser Beitrag analysiert eine Auswahl der für Social Media typischen AGB-Bestimmungen und setzt sich mit den möglichen Folgen von Verletzungen sowie der Frage der Gültigkeit und Durchsetzbarkeit der AGB auseinander.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf kostenlose Plattformen und nicht auf Plattformen, die ihre Dienstleistungen gegen Entgelt erbringen. Bewusst nicht berücksichtigt sind die (eigentlich auch zu den AGB im weiteren Sinne zählenden) Datenschutzbestimmungen und -erklärungen, welche üblicherweise in separaten Dokumenten zu finden sind.³ Das Verhältnis Social Media und Datenschutzrecht bietet ausreichend Stoff für weitere eigenständige Abhandlungen.⁴

II. Social-Media-Plattformen und ihre AGB

1. Ausgangslage

Die Registrierung für die für diesen Beitrag analysierten Plattformen und deren Nutzung ist grundsätzlich kostenlos⁵. Selbst wenn die Nutzung kostenlos ist, zahlen die Mitglieder einen Preis in Form von Nutzungsrechten an ihren Inhalten und Daten. Diese Gegenleistungspflichten sind in den AGB der Plattformanbieter enthalten.

1 http://de.wikipedia.org/wiki/Social_Media.

2 20 Minuten Digital, Wo die Facebook-Freunde der Schweiz leben, 9. Oktober 2012, www.20min.ch/digital/news/story/Wo-die-Facebook-Freunde-der-Schweiz-leben-14172715.

3 Google+: www.google.com/intl/de/policies/privacy/, Facebook: www.facebook.com/about/privacy/ (richtigerweise Datenverwendungsrichtlinie und nicht Datenschutzrichtlinie genannt), Twitter: <http://twitter.com/privacy>, Xing: www.xing.com/privacy.

4 An dieser Stelle sei aber auf das am 16. Oktober 2012 von der ARTICLE 29 Data Protection Working Party publizierte Papier zur Google Privacy Policy (abrufbar unter www.cnll.fr/fileadmin/documents/en/GOOGLE_PRIVACY_POLICY_RECOMMENDATIONS_FINAL-EN.pdf, letztmals besucht am 29. Oktober 2012) sowie die Untersuchungsergebnisse der irischen Datenschutzbehörde zu den Facebook-Dienstleistungen (abrufbar unter http://dataprotection.ie/documents/press/Facebook_Ireland_Audit_Review_Report_21_Sept_2012.pdf, letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012) verwiesen.

5 Insbesondere berufliche Social Networks bieten kostenlose Basiskonten und kostenpflichtige Premiumkonten an (beispielsweise Xing und LinkedIn).

AGB von Social-Media-Plattformen zeichnen sich einerseits durch eine hohe Änderungsrate aus.⁶ Des Weiteren wird keine Garantie für bestimmte Funktionalitäten oder gar die Erreichbarkeit, Verfügbarkeit und den fortwährenden Bestand der Plattform übernommen. Damit einhergehend fehlt es auch an einer Verpflichtung, die von den Nutzern hochgeladenen Inhalte und Daten zu sichern. Für die Datensicherung sind die Nutzer verantwortlich. Die Plattformbetreiber lassen sich sodann ein jederzeitiges, bedingungsloses Eingriffsrecht in die Aktivitäten der Nutzer auf der Plattform einräumen. Weiter ist charakteristisch, dass sich die Plattformbetreiber Nutzungsrechte an den Inhalten der Nutzer einräumen lassen, typischerweise einschliesslich Sublizenzierungs- und sogar Abtretungsrecht. Die Plattformnutzer sehen sich ausserdem umfangreichen Nutzungsbeschränkungen und -regeln ausgesetzt, und einer nutzerseitig sehr strengen Haftungsregelung steht eine weitestgehende Freizeichnung der Plattformbetreiber gegenüber. Das Gros der Anbieter ist darüber hinaus im Ausland domiziliert.⁷ Entsprechend untersteht das Rechtsverhältnis zwischen den Nutzern und diesen Anbietern laut AGB ausländischem Recht und ausländischer Gerichtsbarkeit.

Anhand konkreter AGB-Bestimmungen ist im Nachfolgenden zu untersuchen, welche Fallstricke und Probleme sich aus diesen Regelungen ergeben. Ebenfalls wird im Anschluss der Frage nachgegangen, ob diese AGB gegenüber Schweizer Nutzern überhaupt durchsetzbar sind.

2. Typische Bestimmungen

A. Betrieb «as is» und ohne Verpflichtungen

Die populären Plattformen bieten ihre Dienstleistungen dem Nutzer kostenlos an. Entsprechend übernehmen sie auch keine Garantien für den Inhalt und den Fortbestand bestimmter Funktionalitäten. Eine typische AGB-Formulierung, die den «as is»-Betrieb ohne Verpflichtungen verdeutlicht, findet sich in den Nutzungsbedingungen von Twitter. Der Plattformanbieter schreibt: «Die von Twitter angebotenen Dienste werden kontinuierlich weiterentwickelt, sodass die Form und Art der bereitgestellten Dienste jeweiligen Änderungen unterliegen können, die keiner Vorankündigung bedürfen. Twitter behält sich darüber hinaus vor, die Bereitstellung der Dienste (oder Funktionen innerhalb der Dienste) für einzelne oder alle Benutzer zeitweise oder dauerhaft einzustellen. Es ist Twitter gegebenenfalls nicht möglich, dies vorher anzukündigen. Wir behalten uns ausserdem das Recht vor, nach eigenem Ermessen jederzeit und ohne Vorankündigung Einschränkungen in Bezug auf die Nutzung und Speicherkapazitäten festzulegen.»⁸

Die auch in der Schweiz immer beliebter werdende Foto-Sharing-Applikation Instagram hält es ganz knapp und kurz und sagt in ihren Nutzungsbedingungen: «We reserve the right to modify or terminate the Instagram service for any reason, without notice at any time.»

Es besteht folglich kein Anspruch der Nutzer, auf bestimmte Funktionalitäten oder den Dienst überhaupt zurückgreifen zu können. Faktisch gesehen haben die Nutzer als Masse unter Umständen dennoch ein gewisses Mitspracherecht. Proteste von Nutzern gegen die Abschaffung von bestehenden oder die Einführung neuer Funktionalitäten haben in der Vergangenheit dazu geführt, dass Plattformbetreiber Änderungen wieder rückgängig gemacht oder geplante Änderungen gar nicht eingeführt haben.⁹ Facebook hat aufgrund von Protesten zu vergangenen Änderungen eine Mitsprachemöglichkeit betreffend Änderungen der Nutzungsbedingungen eingeführt. So informiert Facebook die Nutzer über geplante Änderungen über die «Facebook Site Governance»-Seite und räumt ihnen die Möglichkeit ein, die geplanten Änderungen zu kommentieren. Hinterlassen mehr als 7000 Nutzer einen inhaltlichen Kommentar zu einer geplanten Änderung, führt Facebook eine Abstimmung durch, an welcher auch Alternativen präsentiert werden. Das Ergebnis erachtet Facebook als verbindlich, wenn sich mehr als 30% der aktiven registrierten Nutzer an der Abstimmung beteiligen. Ob Nutzer mit diesem Instrument ein wirkliches Mitspracherecht erhalten, bleibt fraglich. Offenbar gelingt es Facebook, die Ankündigung der Änderungen so zu platzieren, dass davon nur wenige Kenntnis nehmen und das Quorum von 30% der aktiven registrierten Nutzer nur schwer zu erreichen ist.¹⁰

Änderungen können auch von Behörden aufgezwungen werden. Facebook hatte die Funktion der automatischen Gesichtserkennung gestützt auf den Bericht der irischen Datenschutzbehörde¹¹ zumindest für einen Teil der Nutzer deaktiviert und die entsprechenden Daten gelöscht.¹²

Für die Nutzer entstehen aus dieser Freiheit des Plattformbetreibers, seine Plattform weiterzuentwickeln, wie er es für richtig hält und solange dies für ihn wirtschaftlich sinnvoll ist, Probleme, wenn sie Inhalte nur über die betreffende Plattform bewirtschaften und nicht anderswo zusätzlich sichern. Eine Datensicherung und die Möglichkeit eines Datenexports bie-

6 Twitter verlinkt am Ende der aktuellen AGB die archivierten Vorgängerversionen (www.twitter.com/tos).

7 Ausnahmen sind die Crowdsourcing- bzw. -funding-Plattformen Atizo AG (www.atizo.ch) mit Sitz in Zürich und wemakeit.ch GmbH (www.wemakeit.ch) mit Sitz in Bern sowie die ebenfalls in Zürich domizilierte Social-Gaming-Plattform der Questli AG (www.questli.com).

8 Ziffer 1 der Nutzungsbedingungen von Twitter www.twitter.com/tos (Version gültig ab 25. Juni 2012).

9 Im Februar 2009 hatte Facebook eine Änderung ihrer Nutzungsbedingungen eingeführt, die Facebook ein fortwährendes Nutzungsrecht an Inhalten auch nach Löschung des Kontos durch den Nutzer einräumte. Aufgrund zahlreicher Proteste aus der Community wurde diese Änderung wieder rückgängig gemacht. Vgl. Erklärung Mark Zuckerberg vom 17. Februar 2009 auf dem Facebook-Blog, abrufbar unter http://blog.facebook.com/blog.php?post_start=280 (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

10 Vgl. Berichterstattung Spiegel.de vom 8. Juni 2012; Ole Reissmann, Wahlfarce – Facebook-Abstimmung ist gescheitert; abrufbar unter www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/wahlfarce-facebook-abstimmung-ist-gescheitert-a-837827.html (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

11 Siehe FN 4.

12 Vgl. Re-Audit Report vom 21. September 2012 der irischen Datenschutzbehörde, Abschnitt 2.8., abrufbar unter http://dataprotection.ie/documents/press/Facebook_Ireland_Audit_Review_Report_21_Sept_2012.pdf (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

ten die wenigsten Plattformen an.¹³ Nebst der Sicherung der eigenen Inhalte können bei der Abschaffung von Funktionalitäten oder einem Dienst als solches auch die durch die Aktivität gewonnenen Kontakte (Freunde, Follower, Likers etc.), d. h. Reichweite verloren gehen. Wer solche Plattformen für sein Unternehmensmarketing und Branding benutzt, tut folglich gut daran, entsprechende Massnahmen zu ergreifen, um im Ernstfall einen totalen Verlust von Daten und Kontakten zu verhindern.

Einen Anspruch gegen den Plattformbetreiber auf Weiterführung einer Funktionalität bzw. des Dienstes als Ganzes oder auf Schaffung einer Möglichkeit des Datenexports existiert bei kostenlosen Plattformen nicht.¹⁴

B. Zugriffsrechte auf Konten und Inhalte

Die Plattformbetreiber können nicht vorab prüfen, ob alle hochgeladenen Inhalte und Informationen rechtskonform oder konform mit ihren Nutzungsbedingungen sind. Die Plattformbetreiber haben jedoch ein Interesse, Inhalte, welche ein Haftungs- oder Reputationsrisiko darstellen könnten, löschen oder modifizieren zu können. Eine entsprechende Erlaubnis ist in den Nutzungsbedingungen enthalten und genügend offen formuliert, um den Plattformbetreibern Eingriffe nach eigenem Gutdünken und ohne Not zu ermöglichen. Facebook beispielsweise führt in den Nutzungsbedingungen folgende Regelung auf: «Wir können sämtliche Inhalte und Informationen, die du auf Facebook gepostet hast, entfernen, wenn wir der Ansicht sind, dass diese gegen diese Erklärung bzw. unsere Richtlinien verstossen.»¹⁵ Bei Twitter findet sich eine praktisch gleichlautende Regelung, die lautet: «Wir behalten uns im Zusammenhang mit den Diensten jederzeit das Recht vor (sind jedoch nicht verpflichtet), Inhalte zu löschen oder deren Verbreitung zu verweigern, Benutzer zeitweilig auszuschliessen oder ihnen zu kündigen und den Benutzernamen zu entziehen, ohne dass wir ihnen gegenüber haftpflichtig sind.»¹⁶

Dieselbe Regelung findet sich in Ziffer 5 des Abschnitts «General Conditions» der Nutzungsbedingungen von Instagram, worin der Plattformbetreiber ausführt: «We may, but

have no obligation to, remove Content and accounts containing Content that we determine in our sole discretion are unlawful, offensive, threatening, libellous, defamatory, obscene or otherwise objectionable or violates any party's intellectual property or these Terms of Use.»¹⁷

Nutzer bekommen unter Umständen gar nicht mit, haben also letztlich nach dem Hochladen keine absolute Kontrolle über ihre Inhalte. Dies wiederum kann für Nutzer ein Reputationsrisiko darstellen.

Wie im nachfolgenden Abschnitt zu den Nutzungsbeschränkungen erläutert, enthalten die Nutzungsbedingungen auch offene, interpretationsbedürftige Regelungen. Für Nutzer ist es mitunter nicht einfach, sicherzustellen, dass deren Nutzung stets den AGB entspricht. Vermeintliche Verstösse gegen die Nutzungsbedingungen können von anderen Nutzern gemeldet oder aber durch automatisierte Überwachung der Plattformen gemeldet werden. Der (angeblich) fehlbare Nutzer bekommt keine Gelegenheit zur Stellungnahme oder Berichtigung allfälliger Verfehlungen, sondern ist in der Regel unangekündigt von einer Sanktion betroffen. Häufig ist es für Nutzer im ersten Moment gar nicht nachvollziehbar, welche Handlung die Sanktion ausgelöst hat. Sehr schön illustriert wird dies am Beispiel eines grossen Schweizer Detailhändlers, dessen Grill-Plausch-Aktion von Facebook abrupt gestoppt und erst durch Beizug eines Beraters wieder aktiviert wurde.¹⁸

C. Nutzungsbeschränkungen

Die Plattformbetreiber stellen den Nutzern Platz für die Veröffentlichung von Inhalten zur Verfügung. Aufgrund der grossen Masse kann der Plattformbetreiber die individuelle Nutzung nicht vorgängig auf Rechtskonformität und Einhaltung der Nutzungsbedingungen kontrollieren. Da sich aus der Nutzung seiner Plattform mitunter aber Haftungsrisiken¹⁹ ergeben können, muss die Nutzung entsprechenden Regeln unterstellt werden. Gewisse Nutzungsbeschränkungen können durchaus als selbstverständlich und zu erwarten gewertet werden. Andere hingegen treffen die Nutzer wohl eher unerwartet und führen bei Sanktionierung durch die Plattformbetreiber zu entsprechender Irritation.

a) Zu erwartende Nutzungsbeschränkungen

Als zu erwartende Nutzungsbeschränkungen können wohl alle Beschränkungen qualifiziert werden, die eine Nutzung verbieten, die gegen geltende Gesetze oder ethische Grundsätze verstösst. Die Nutzungsbedingungen für Google-Dienste (einschliesslich Google+) halten entsprechend fest, dass die Dienste «nur in dem gesetzlich zulässigen Rahmen genutzt

13 In den Nutzungsbedingungen von Google ist dies wie folgt geregelt: «Ihre Daten gehören Ihnen und wir halten es für wichtig, dass Sie auf diese Daten zugreifen können. Sollten wir einen Dienst einstellen, werden wir, sofern vernünftigerweise möglich, Sie im Voraus angemessen darüber informieren und Ihnen die Möglichkeit geben, Ihre Daten aus diesem Dienst zu exportieren.» Vgl. Nutzungsbedingungen für Google-Dienste, abrufbar unter www.google.com/intl/de/policies/terms/ (Version gültig ab 1. März 2012). Im der geplanten EU-Datenschutzverordnung wurde ein Recht auf Datenportabilität gefordert.

14 Ein Anspruch auf Datenlöschung gestützt auf das Datenschutzrecht hingegen wohl schon. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung in der Datenschutzrichtlinie von Twitter, die diesen erlaubt, Daten im Falle der Insolvenz (unter Weiterleitung der von Twitter abgegebenen Zusicherungen betreffend Datenbearbeitung) zu verkaufen.

15 Ziffer 5.2. der Nutzungsbedingungen von Facebook <http://www.facebook.com/legal/terms> (Version gültig ab 8. Juni 2012).

16 Ziffer 8 der Twitter-Nutzungsbedingungen (FN 6) sowie mit leicht modifiziertem Wortlaut wiederholt in Ziffer 9 (Urheberrechtsrichtlinien).

17 Abrufbar unter <http://instagram.com/about/legal/terms/> (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

18 Blogbeitrag von Leila Summa mit dem Titel «Facebook: Plattform Policy & Promotion Guidelines: Migros' lessons learned» auf Thomas Hutter's Facebook Marketing und Social Media Blog <http://www.thomashutter.com/index.php/2011/06/facebook-platform-policy-promotion-guidelines-migros-lessons-learned/>.

19 Verbreitung strafrechtlich relevanter Inhalte, Urheberrechts- oder Markenrechtsverletzungen etc.

werden dürfen»²⁰. Auch bei Facebook verpflichten sich die Nutzer, keine Inhalte auf Facebook hochzuladen oder Handlungen auf Facebook durchzuführen, «welche die Rechte einer anderen Person oder das Gesetz verletzen». Facebook darf weiter nicht verwendet werden, «um rechtswidrige, irreführende, böseartige oder diskriminierende Handlungen durchzuführen»²¹.

Ebenfalls zu erwarten sind Einschränkungen, die in Zusammenhang mit Datensicherheit und Betriebssicherheit der Plattform stehen. Facebook verbietet unter diesem Titel das Hochladen von Viren oder anderen böseartigen Codes, das Zugreifen auf ein Konto einer anderen Person sowie das Vornehmen von Handlungen, «welche das einwandfreie Funktionieren bzw. Erscheinungsbild von Facebook blockieren, überbelasten oder beeinträchtigen könnten, wie etwa Denial-of-Service-Attacken»²².

Carsten Ulbricht, Anwalt und Autor des Buches «Social Media und Recht – Praxiswissen für Unternehmen», hat eine Checkliste zur Gestaltung von Nutzungsbedingungen erstellt, die illustriert, welche Bedingungen aus Sicht der Plattformbetreiber unerlässlich sind und aus Sicht der Nutzer wohl auch erwartet werden.²³

b) Unerwartete Nutzungsbeschränkungen

Die vorgenannten Nutzungsbeschränkungen dürften die Nutzer als vorausgesetzt betrachten und auch ohne vorgängige Lektüre der Nutzungsbedingungen annehmen, dass solche Handlungen untersagt sind.

Anders sieht es bei Nutzungsbeschränkungen aus, die nicht gegen geltende Gesetze verstossen und auch nicht in einer gesellschaftlich anerkannten Verhaltensnorm gründen. So würde der Grossteil der Nutzer zu Recht davon ausgehen, dass das Hochladen pornografischer Inhalte bei den gängigen Plattformen untersagt ist, da deren Nutzung auch unter 18-Jährigen offensteht. Nun verbietet Facebook in ihren Nutzungsbedingungen jedoch nicht nur das Verbreiten von pornografischem Material, sondern generell das Hochladen von Inhalten, die «Nacktheit» enthalten.²⁴ Der Begriff «Nacktheit» ist jedoch nicht weiter definiert. Diese offene Regelung hat dazu geführt, dass zahlreiche Fotos stillender Mütter von der Plattform entfernt wurden²⁵ und ein grosser Schweizer Detailhändler ein Musikfestival nicht wie geplant über seine Facebook-Seite mit

dem aus dem Jahre 1741 stammenden Bild «Apollo und die zwei Musen» des Künstlers Pompeo Batoni bewerben konnte²⁶.

Ein weiteres Beispiel, welches in der anwaltlichen Beratungspraxis immer wieder zum Thema wird, sind die Einschränkungen von Facebook in Bezug auf Wettbewerbe und Promotions. Unternehmen gehen grundsätzlich davon aus, dass sie die Facebook-spezifischen Funktionen ihrer Facebook-Seiten wie «Liken» auch für diese Art von Marketingmassnahmen verwenden können. Konsultiert man jedoch die Nutzungsbedingungen für Facebook-Seiten²⁷, wird klar, dass der Ausgestaltung solcher Promotions enge Grenzen gesetzt sind. So darf die Registrierung für eine Promotion bzw. die Teilnahme daran für Nutzer nicht davon abhängig gemacht werden, dass sie durch die Nutzung von Facebook-Funktionen eine Handlung durchführen. Beispielsweise darf ein Seiteninhaber die Registrierung für eine Promotion bzw. die Teilnahme daran nicht davon abhängig machen, dass dem Nutzer ein Pinnwandeintrag gefällt, der Nutzer ein Foto kommentiert oder ein Foto auf einer Pinnwand postet. Des Weiteren dürfen keine Facebook-Funktionen als Registrierungs- oder Einstiegsmechanismen für eine Promotion verwendet werden. So darf das Anklicken von «Gefällt mir» auf einer Seite bzw. das Einchecken an einem Ort nicht zur automatischen Registrierung für bzw. Teilnahme an einer Promotion führen. Insbesondere die Regelung, dass Facebook-Funktionen wie beispielsweise die «Gefällt mir»-Schaltfläche nicht zur Abstimmung über eine Promotion verwendet werden dürfen, trifft Seiteninhaber immer wieder unerwartet. Diese gehen in der Regel auch davon aus, dass sie bei Promotions und Wettbewerben die Gewinner über Facebook-Funktionen wie Facebook-Nachrichten, Facebook-Chat oder -Posts in Nutzerprofilen oder direkt auf der Facebook-Seite benachrichtigen dürfen. Auch dies ist in den Nutzungsbedingungen untersagt.²⁸

Die Plattformbetreiber sanktionieren solche Verstösse gegen Nutzungsbeschränkungen in der Regel mit einer (temporären, im Wiederholungsfalle unter Umständen auch permanenten) Sperrung des betreffenden Nutzers bzw. dessen Seite. Verwendet ein Unternehmen diese Plattform für Marketingmassnahmen, kann die Unkenntnis solcher Nutzungsbeschränkungen bei Sanktionierung einer Verletzung zu einem Verlust von Erstellungskosten und Folgeschäden führen, die nicht unbeträchtlich sein können. Diese Risiken sind auch in Verträgen zwischen Werbeagenturen und Kunden zu berücksichtigen und die Verantwortlichkeiten in Bezug auf Sicherstellung der Konformität der Massnahme mit den Nutzungsbedingungen zu klären.

20 FN 13.

21 Ziffer 5.1. sowie Ziffer 3.10. der Facebook-Nutzungsbedingungen, abrufbar unter: www.facebook.com/page_guidelines.php (Version gültig seit 29. Februar 2012).

22 Ziffern 3.4., 3.5. und 3.11. der Facebook-Nutzungsbedingungen (FN 21).

23 Carsten Ulbricht, Social Media und Recht – Praxiswissen für Unternehmen, Freiburg i. Br. 2012, S. 102–104.

24 Ziffer 3.7. der Facebook-Nutzungsbedingungen (FN 21).

25 Vgl. Beitrag www.huffingtonpost.com vom 18. Februar 2012, Katherine Bindley, Breastfeeding Photos On Facebook Removed From «Respect the Breast» Page, abrufbar unter www.huffingtonpost.com/2012/02/18/breastfeeding-photos-facebook-respect-the-breast_n_1285264.html (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

26 Vgl. Beitrag «20 Minuten Online» vom 21. Dezember 2011, N. Riegg, Migros-Plakat zu sexy für Facebook, abrufbar unter www.20min.ch/life/musik/story/12157128 (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

27 FN 21.

28 Massgeblich ist Abschnitt E. der Nutzungsbedingungen für Facebook-Seiten (vgl. FN 27). Siehe auch Übersicht bei Carsten Ulbricht, S. 93–95 (vgl. FN 23).

D. Einräumung von Nutzungsrechten

Grosse Unsicherheiten bestehen bei den Nutzern auch in Bezug auf die Verwendung der von ihnen hochgeladenen Inhalte (nachfolgend «User Generated Content» oder «UGC») durch die Plattformbetreiber oder Dritte. Die in den AGB vorgesehenen Rechteeinräumungen können, wie das Beispiel von Facebook zeigt, sehr weit gehen. Facebook weist die Nutzer zunächst darauf hin, dass sie Eigentümer aller Inhalte und Informationen, die sie auf Facebook hochladen, bleiben. Ob die Person, die einen Inhalt hochlädt, tatsächlich auch deren «Eigentümerin» ist, bleibt an dieser Stelle dahingestellt. Die Nutzer bestätigen aber gleichzeitig, dass sie Facebook für auf oder im Zusammenhang mit Facebook gepostete IP-Inhalte (gemäss Facebook «Inhalte wie Fotos und Videos, die unter die Rechte an geistigem Eigentum fallen») eine «nicht exklusive, übertragbare, unterlizenzierbare, gebührenfreie, weltweite Lizenz für die Nutzung jeglicher IP-Inhalte» einräumen. Diese Lizenz endet gemäss Nutzungsbedingungen von Facebook, wenn der betreffende Nutzer diese IP-Inhalte oder sein Konto löscht. Es sei denn, andere Nutzer, mit denen die Inhalte geteilt wurden, haben sie nicht gelöscht. Diese letztgenannte Einschränkung führt wohl in den meisten Fällen zu einer unkontrollierbaren Verlängerung der Lizenz, denn die Funktion des Teilens von Inhalten ist eine Kernfunktion von Facebook, und Inhalte, welche gerade nur auf dem eigenen Profil verbleiben, stellen eine Ausnahme dar.

Eine sehr ähnliche Regelung findet sich bei Twitter. Auch Twitter betont in seinen Nutzungsbedingungen, dass die Nutzer die Rechte an allen Inhalten, die sie über die Dienste veröffentlichen, behalten.²⁹ Allerdings gewähren auch Nutzer von Twitter diesen durch die Übermittlung von Inhalten eine «weltweite, nicht exklusive, unentgeltliche Lizenz (mit dem Recht zur Unterlizenzierung), diese Inhalte in sämtlichen Medien und über sämtliche Verbreitungswege, die gegenwärtig bekannt sind oder in Zukunft bekannt sein werden, zu verwenden, zu vervielfältigen, zu reproduzieren, zu verarbeiten, anzupassen, abzuändern, zu veröffentlichen, zu übertragen, anzuzeigen und zu verbreiten»³⁰. Twitter weist die Nutzer in einer erklärenden Notiz³¹ zu dieser Bestimmung darauf hin, dass mit dieser Lizenz Twitter die Erlaubnis erteilt wird, «Tweets weltweit verfügbar zu machen und dies auch Dritten zu ermöglichen». Twitter behält sich unter den Nutzungsbedingungen explizit vor, die über seine Plattform übermittelten Inhalte «anderen Unternehmen, Organisationen oder Einzelpersonen zur Verfügung zu stellen, die mit Twitter zwecks Syndizierung, Übertragung, Verbreitung oder Veröffentlichung dieser Inhalte in anderen Medien und Diensten im Rahmen einer Partnerschaft zusammenarbeiten»³². Die Bezahlung einer Vergütung für die Nutzung dieser Inhalte ist in Ziffer 5 der Twitter-Nutzungsbedingungen ebenfalls explizit ausgeschlossen.

Mit dieser Rechteeinräumung lässt sich auch die Frage beantworten, ob Tweets in Printmedien ohne Einholung der Er-

laubnis des Nutzers zitiert werden dürfen, ohne dass ein Umweg über das Zitatrecht des Urheberrechts notwendig wäre.³³ Sie dürfen gemäss Nutzungsbedingungen genutzt werden, sofern das zitierende Medium die für solche Fälle geltenden «Richtlinien zur Verwendung von Tweets in Rundfunk und anderen Offline-Medien»³⁴ beachtet. Gemäss diesen Bestimmungen dürfen Tweets grundsätzlich nicht anonymisiert, sondern der Nutzernamen muss zu jedem Tweet hinzugefügt werden. Eine Ausnahme (unter Genehmigungsvorbehalt von Twitter) besteht dann, wenn «Bedenken hinsichtlich der Privatsphäre der Benutzer- oder Broadcast-Standards» bestehen. Ausserdem muss der vollständige Text des Tweets verwendet werden.³⁵

Eine weitere «Falle», was die Einräumung von Rechten an Inhalten betrifft, sind die zahlreichen Anwendungen (Apps), die im Zusammenhang mit der jeweiligen Plattform angeboten werden.³⁶ Diese Anwendungen werden nicht vom Plattformbetreiber, sondern von Drittanbietern angeboten, und die Nutzung ist zusätzlich deren AGB unterstellt.

Die Rechteeinräumung kann auch das Recht beinhalten, die Inhalte zu verändern oder zu Werbezwecken zu verwenden. Instagram weist in Ziffer 2 seiner AGB darauf hin, dass gewisse Dienste durch Werbeanzeigen finanziert werden. Die Nutzer müssen im Rahmen der AGB folgender Klausel zustimmen: «Instagram may place such advertising and promotions on the Instagram Services or on, about, or in conjunction with your Content. The manner, mode and extent of such advertising and promotions are subject to change without specific notice to you.»³⁷

Die Lizenzierung der Rechte ist für die Plattformbetreiber in dem Umfang zwingend, wie sie zur Erbringung der Plattformfunktionalitäten notwendig ist, d. h. mindestens eine Lizenz, die dem Plattformbetreiber das Recht einräumt, Inhalte im Rahmen der bestehenden Funktionalitäten weiterverbreiten und duplizieren zu können.³⁸ Aus Sicht der Plattformbetreiber ist es im Hinblick auf eine Weiterentwicklung der Plattform auch sinnvoll, in der Rechteeinräumung nicht nur bestehende Funktionalitäten, sondern auch zukünftige Funktionalitäten abzudecken. Dass Plattformbetreiber kostenloser Dienste bei der Rechteeinräumung auch die Finanzierung der Plattform durch Nutzung des User Generated Content berücksichtigen,

33 Eine Frage, die von Twitter-Nutzern immer wieder aufgeworfen wird, beispielsweise im Zusammenhang mit den Tweets der Woche, die in der Zeitung «Der Sonntag» abgedruckt werden. Ein Beispiel dieser Rubrik ist abrufbar unter <http://m.sonntagonline.ch/ipad/articleView.htm?article=bGluZTJfTkFUX2xpbmUyLTASXzA5XzlwMTJfU29ubnRhZl95ZWZWRha3Rpb25fdjFFOTgNTY2> (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

34 Abrufbar unter <http://support.twitter.com/groups/33-report-abuse-or-policy-violations/topics/149-developer-and-media-guide-lines/articles/318867-richtlinien-zur-verwendung-von-tweets-in-rundfunk-und-anderen-offline-medien#> (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

35 FN 34.

36 Von Geburtstagskalender über diverse Spielapplikationen (bspw. Farmville bei Facebook).

37 Ziffer 2 des Abschnitts «Proprietary Rights in Content on Instagram» in den Instagram-Nutzungsbedingungen (FN 17).

38 Am Beispiel Facebook, das Recht durch die Funktionalität «Teilen» anderen Nutzern zu ermöglichen, Inhalte anderer ausserhalb deren Profil in seiner eigenen Timeline sichtbar zu machen.

29 Ziffer 5 der Nutzungsbedingungen von Twitter, abrufbar unter <http://twitter.com/tos> (Version gültig seit 25. Juni 2012).

30 FN 29.

31 «Tipps» genannt und innerhalb der Nutzungsbedingungen von Twitter visuell besonders hervorgehoben. Vgl. «Tipp» zu Ziffer 5, FN 29.

32 FN 29.

ist aus unternehmerischer Sicht verständlich und sollte die Nutzer eigentlich auch nicht überraschen. Es bedeutet aber wiederum, dass Nutzer die Kontrolle darüber verlieren, was mit ihren Inhalten geschieht.

Diese Rechteeinräumungen schaffen aus rechtlicher Sicht dann Probleme, wenn der Nutzer gar nicht frei ist, über die Rechte in diesem Umfang zu verfügen. In der Praxis dürfte dies häufig der Fall sein. Beispielsweise weil der User Generated Content gar nicht vom Nutzer geschaffen wurde, sondern es sich um ein Werk eines Dritten handelt, oder weil anderweitig Rechte eines Dritten tangiert sind (bspw. Recht am eigenen Bild und fehlende Zustimmung der abgebildeten Person). Das damit zusammenhängende Haftungsrisiko für Nutzer, aber auch Plattformbetreiber ist evident. Entsprechend sind auch die Haftungsregelungen ausgestaltet.

E. Haftungsbestimmungen

Nicht überraschend sind die Haftungsbestimmungen derart gestaltet, dass der Plattformbetreiber seine eigene Haftung so weit wie möglich einschränkt und jene des Nutzers so weit fasst wie möglich. Twitter übernimmt keine Garantie und lehnt jede Verantwortung und Haftung in Bezug auf «Vollständigkeit, Richtigkeit, Verfügbarkeit, Aktualität, Sicherheit oder Zuverlässigkeit der Dienste oder Inhalte» sowie «Datenverlust oder andere Schäden, die durch Zugang zu den Diensten und Inhalten oder deren Nutzung entstehen» und «Löschung, Nichtspeicherung oder Nichtübertragung von etwaigen, mit den Diensten verbundenen Inhalten und anderen Mitteilungen» ab³⁹.

Facebook-Nutzer stimmen in den AGB zu, Facebook «von sämtlichen Schäden, Verlusten und Ausgaben (einschliesslich angemessener Anwaltshonorare und Rechtskosten)» schadlos zu halten, wenn jemand einen Anspruch gegen Facebook erhebt, der sich auf Handlungen, Inhalte oder Informationen des Nutzers auf Facebook stützt.⁴⁰ Ebenfalls typisch ist eine Zusage in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Verwendung von Immaterialgüterrechten.⁴¹ Die Nutzungsbedingungen von Instagram können hierfür als Beispiel angeführt werden. Nutzer erklären sich mit folgender Gewährleistung einverstanden: «You represent and warrant that (i) you own the Content posted by you on or through the Instagram Services or otherwise have the right to grant the license set forth in this section, (ii) the posting and use of your Content on or through the Instagram Services does not violate the privacy rights, publicity rights, copyrights, contract rights, intellectual property rights or any other rights of any person, and (iii) the posting of your Content on the Site does not result in a breach of contract between you and a third party.» Weiter erklärt sich der Nutzer zur Haftung im folgenden Umfang bereit: «You agree to pay for all royalties, fees, and any other monies owing any person by reason of Content you post on or through the Instagram Services.»

Inwiefern solche weitgehenden Haftungsklauseln für Schweizer Nutzer gültig und gegen diese durchsetzbar sind, ist

im Anschluss an das letzte Beispiel typischer Klauseln, den Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln zu klären.

F. Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln

Wie eingangs erwähnt, werden die meisten Plattformen von ausländischen, typischerweise in den USA (Silicon Valley und Umgebung) angesiedelten Unternehmen erbracht. Gegenüber Facebook verpflichten sich die Nutzer, sämtliche Ansprüche, Klagegegenstände oder Streitfälle, die sie gegenüber Facebook geltend machen wollen, ausschliesslich vor einem Staats- oder Bundesgericht in Santa Clara County, Kalifornien, klären zu lassen. Die Nutzungsbedingungen und alle zwischen den Nutzern und Facebook allenfalls entstehenden Ansprüche unterliegen sodann den Gesetzen des Bundesstaates Kalifornien, unter Ausschluss der Bestimmungen des internationalen Privatrechts.⁴² Das gleiche Bild ergibt sich bei den anderen im Ausland domizilierten Plattformbetreibern (Twitter: San Francisco/Recht des Bundesstaates Kalifornien;⁴³ Google: Santa Clara County/Recht des Bundesstaates Kalifornien⁴⁴ und, um noch ein deutsches Beispiel zu bringen, Xing: Deutsches Recht/Sitz von Xing im kaufmännischen Verkehr⁴⁵).

Ob diese Klauseln gegenüber Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten gültig und durchsetzbar sind, ist fraglich.

3. Gültigkeit und Durchsetzbarkeit der AGB gegenüber Schweizer Nutzern

Die Klärung der Frage der Gültigkeit und Durchsetzbarkeit von AGB gegenüber Schweizer Nutzern hängt vom anwendbaren Recht ab. Wie soeben erläutert, enthalten AGB von im Ausland domizilierten Plattformbetreibern entsprechende Klauseln, die ausländisches Recht für anwendbar erklären.

Schiessen in der Schweiz domizilierte Nutzer einen Vertrag mit einem ausländischen Plattformbetreiber, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht IPRG geht grundsätzlich davon aus, dass die Vertragsparteien wählen können, welchem Recht das Vertragsverhältnis unterstellt werden soll.⁴⁶

Gemäss Art. 120 IPRG⁴⁷ ist jedoch bei Verträgen über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder

42 Ziffer 16.1. der Facebook-Nutzungsbedingungen, siehe FN 15.

43 Ziffer 12. B. der Twitter-Nutzungsbedingungen, siehe FN 6.

44 Siehe FN 13.

45 Ziffern 12.5. und 12.6. der AGB von Xing, abrufbar unter www.xing.com/terms#12 (letztmals abgerufen am 29. Oktober 2012).

46 Art. 116 IPRG.

47 Bei Anwendbarkeit des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vgl. Art. 16 LugÜ, wonach die Klage eines Verbrauchers gegen den Vertragspartner entweder vor den Gerichten des durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates erhoben werden kann, in dessen Hoheitsgebiet der Vertragspartner seinen Wohnsitz hat, oder vor dem Gericht des Ortes, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Die Klage gegen den Verbraucher wiederum kann nur vor den Gerichten des durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat.

39 Ziffer 11. A. der Twitter-Nutzungsbedingungen, siehe FN 6.

40 Ziffer 16.2. der Facebook-Nutzungsbedingungen, siehe FN 15.

41 Vgl. oben II.2.D.

familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen, eine Rechtswahl ausgeschlossen, und die Verträge unterstehen unter gewissen Voraussetzungen dem Recht des Staates, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Wenn man bei Verträgen mit Plattformbetreibern das Eröffnen des Profils und die Annahme der Nutzungsbedingungen als im Inland vorgenommene zum Vertragsabschluss erforderliche Rechtshandlung qualifiziert, kommt Art. 120 IPRG zum Tragen, und die Rechtswahlklausel wäre ungültig. Für die Klagen eines Konsumenten aus einem Vertrag, der den Voraussetzungen von Artikel 120 IPRG entspricht, sind gemäss Art. 114 IPRG nach Wahl des Konsumenten die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten, oder am Wohnsitz des Anbieters oder, wenn ein solcher fehlt, an dessen gewöhnlichem Aufenthalt zuständig. Der Konsument kann nicht zum Voraus auf den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt verzichten. Damit wäre auch die Gerichtsstandsklausel unzulässig.

Geht man von einer Ungültigkeit der Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln aus, käme im Bereich des Konsumentenrechts Schweizer Recht zur Anwendung. Vorausgesetzt, die AGB wurden dem Nutzer so zur Kenntnis gebracht, dass sie auch tatsächlich Vertragsbestandteil wurden, wäre zu prüfen, welche typischen Bestimmungen unter Anwendung von Schweizer Recht nicht gültig und durchsetzbar wären. Im Streitfall würden sicherlich die Haftungsregelungen angepasst und die Haftung der Nutzer auf das zulässige Mass reduziert bzw. der zu weit gehende Haftungsausschluss des Plattformbetreibers teilweise aufgehoben.⁴⁸ Fraglich ist, ob auch weitere typische Bestimmungen im Rahmen einer AGB-Kontrolle dahinfielen. Gemäss dem seit 1. Juli 2012 geltenden Art. 8 UWG handelt unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzenderweise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.⁴⁹ In Bezug auf Konsumenten und Konsumentinnen wäre zu klären, ob die AGB in einer Treu und Glauben verletzenden Weise zum Nachteil derselben ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Hierbei sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass die hier diskutierten Plattformanbieter ihre Leistungen kostenlos erbringen, d. h. ohne einen finanziellen Beitrag von den Nutzern zu fordern. Der finanzielle Beitrag wird sozusagen substituiert

durch die Rechteinräumung an Inhalten und Verwendung der Nutzerdaten für Werbemassnahmen. Es ist fraglich, ob unter diesen Voraussetzungen überhaupt ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten vorliegt, das ja zugleich ein Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen muss.⁵⁰ Sodann kann argumentiert werden, dass ein allfälliges Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Nutzer durch das Recht zur kostenlosen Nutzung der Plattform kompensiert wird.⁵¹

Selbst wenn in einem konkreten Fall Schweizer Recht zur Anwendung kommen und die AGB-Kontrolle in einer Ungültigkeit von einer oder mehrerer weiterer Bestimmungen führen sollte, so bleibt anzuzweifeln, ob Ansprüche gegen die Plattformbetreiber in der Schweiz faktisch durchgesetzt werden können. In einem Jusletter-Beitrag mit dem treffenden Titel «Facebook, Twitter & Co: Imperium in imperio» werden die Hürden illustriert, denen sich ein Schweizer Kläger (allerdings im Zusammenhang mit einem ausservertraglichen Anspruch) ausgesetzt sah.⁵²

III. Abschliessende Bemerkungen

Das in den Medien zuweilen perpetuierte Bild solcher Plattformen als böse Datenkrallen darf durchaus auch kritisch hinterfragt werden. Die Nutzer (Konsumenten und Konsumentinnen wie auch Unternehmen) verwenden Social-Media-Plattformen oft und gerne und finden an den wachsenden Möglichkeiten, die ihnen geboten werden, offenkundig auch Gefallen. Zu glauben, dass Plattformbetreiber ihre kostenlosen Angebote ohne jegliche Gegenleistung anbieten, wäre blauäugig. Entwicklung und Unterhalt einer solchen Plattform bedeuten einen enormen finanziellen Aufwand. Aus rechtlicher Sicht ist zunächst relevant, dass die Plattformbetreiber ihre Nutzer vorgängig transparent über die von ihnen zu erbringenden Gegenleistungen informieren. Nicht alle Plattformbetreiber tun dies gleich transparent und in verständlicher Sprache. Die Nutzungsbedingungen von Twitter können hier als gutes Beispiel genannt werden. In kurzen, verständlichen Sätzen und mit erklärenden «Tipps»⁵³ angereichert, erläutern sie den Nutzern, was ihnen geboten und was im Gegenzug dafür verlangt wird. Um sich ein Bild von den geforderten Leistungen und Gegenleistungen machen zu können, müssen die Nutzungsbedingungen aber auch tatsächlich gelesen werden, idealerweise vor der Zustimmungserteilung durch Aktivieren des bekannten Kästchens. Wer sich aber bewusst blindlings ins Abenteuer Social Media stürzt und gleichzeitig von der Vorstellung ausgeht, das Angebot werde kostenlos und ohne nennenswerte Gegenleistungen erbracht, der kann von einigen Regelungen in den Nutzungsbedingungen überrascht werden. Inwieweit Nutzer in ei-

48 Art. 100 Obligationenrecht.

49 Nutzer, die nicht als Konsumenten/Konsumentinnen zu qualifizieren sind, können Art. 8 UWG nicht in Anspruch nehmen. Unternehmen und Personen, welche die sozialen Medien für ihre geschäftliche Zwecke nutzen (d. h. beispielsweise Nutzung eines Twitter – Unternehmensaccounts oder Facebookseite eines Unternehmens), müssen die AGB folglich in der von ihnen akzeptierten (rechtsgültiger Akzept vorausgesetzt) Form gelten lassen, es sei denn, die Rechtswahl und allfällige weitere Bestimmungen könnten über eine andere UWG-Bestimmung «gekippt» werden, vgl. hierzu die Ausführungen von Eugénie Holliger-Hagmann, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter 20. Februar 2012, Ziffer VI, S. 5 f.

50 Vgl. Florent Thouvenin, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in Jusletter 29. Oktober 2012, S. 6 f.

51 Zur Kompensation vgl. Florent Thouvenin, a. a. O., S. 9 ff.

52 Karl-Jascha Schneider-Marfels, Facebook, Twitter & Co: «Imperium in imperio», in Jusletter 20. Februar 2012. Welcher im Übrigen ohne Weiteres davon auszugehen scheint, dass die Rechts- und Gerichtsstandswahl Gültigkeit hat (RZ 29, S. 6).

53 Vgl. FN 31.

nem Streitfall gegen Plattformbetreiber rechtlichen Beistand durch ein Schweizer Gericht erwarten können, ist noch weitgehend ungeklärt. Zumindest die Datenschutzbehörden nehmen eine aktive Rolle bei der Überwachung der Aktivitäten der Plattformbetreiber wahr und weisen diesen gewisse Schranken⁵⁴.

Zusammenfassung Auch Schweizer Nutzer – Privatpersonen wie Unternehmen – machen sich gerne die nach wie vor wachsende Anzahl von Social-Media-Plattformen zunutze. Bei der Registrierung für eine Plattform schliessen die Nutzer einen entsprechenden Vertrag mit dem Plattformbetreiber ab. Dies wiederum geschieht zum grössten Teil wohl blindlings, sprich ohne dass sie die für die Nutzung massgeblichen Nutzungsbedingungen lesen. Ein Vergleich verschiedener AGB zeigt, dass diese Nutzungsbedingungen sehr ähnlich sind und nach einem gewissen Schema operieren. Die hohe und frei vom Plattformbetreiber bestimmbare Änderungsrate, die fehlende Garantie für bestimmte Funktionalitäten oder gar den Betrieb der Plattform als solches, die Verpflichtung der Nutzer, dem Plattformbetreiber weitgehende Nutzungsrechte an den Nutzerinhalten einzuräumen, sowie umfangreiche Nutzungsbeschränkungen und -regeln sind typisch. Ebenfalls typisch ist, dass das Rechtsverhältnis zwischen Nutzern und Anbietern laut AGB ausländischem Recht und ausländischer Gerichtsbarkeit unterstellt ist. Auf den ersten Blick klingt dies nach einem krassen Missverhältnis zwischen Rechten und Pflichten des Nutzers. Hierbei darf aber nicht vergessen werden, dass die Nutzung der Plattformen in der Regel kostenlos angeboten wird. Die Nutzer leisten keine Geldleistung, jedoch Leistung in Form von Nutzungsrechten an Inhalten und Daten. Aufgrunddessen dürften diese AGB selbst unter Anwendung von Schweizer Recht grösstenteils Bestand haben.

Summary The number of Swiss users of social networking platforms, be they persons or companies, is continuously rising. In order to join such a platform, the user must conclude a contract with the platform operator. In most cases, users decide to join and agree to the terms and conditions without even reading them. Said terms and conditions are similar amongst most social networks and almost always include a limitation or exclusion of warranty concerning certain or all functionalities, the possibility for the platform operator to modify the terms of use at will, the grant of multiple licences in favour of the operator, and multiple restrictions against the user. Another issue for the user that often appears is the fact that the legal relationship between parties is governed by foreign law and choice of forum. At first glance, one could be tempted to think that such terms entail a gross discrepancy between the rights and obligations of the parties. One must however bear in mind that the use of most platforms is free. Hence, rights to exploit the images and content of his account are assigned to the operator. Still, under Swiss law, most of the aforementioned terms and conditions would be acceptable.

54 Vgl. FN 4.