

Wie Social-Media-Anbieter ihre AGBs auf den Schweizer Markt ausrichten

1. Nutzungsbedingungen

Die Nutzung von Social-Media-Dienstleistungen erfordert oft (aber nicht immer) eine vorgängige Registrierung der Benutzer. Im Rahmen dieser Registrierung müssen die Benutzer regelmässig die vorformulierten Nutzungsbedingungen der Anbieter anerkennen.

Diese Nutzungsbedingungen enthalten in der Regel nur wenige Bestimmungen, welche die Dienstleistung selbst beschreiben. Sie dienen vor allem dazu, die Pflichten und Verantwortlichkeiten der Benutzer zu regeln (z.B. Verhaltensregeln, verbotene Inhalte, Bezahlpflichten, Sicherung der Nutzerdaten), die Rechte des Anbieters festzuhalten (z.B. geistiges Eigentum, Bearbeitung von Daten, Eingriffsrecht in Nutzeraktivität mit Ausschluss von Benutzern) und festzuhalten, wozu der Anbieter nicht verantwortlich gemacht werden kann (z.B. Verfügbarkeit sowie fortwährender Bestand von Daten und Dienstleistung, Haftung), sowie bestimmte Abläufe und Formalien zu definieren (z.B. Kündigung, Bezug weiterer Dienstleistungen, Änderung der Bestimmungen).

Die Nutzungsbedingungen schützen in der Praxis in erster Linie den Anbieter und nicht die Benutzer. So werden die Benutzer mit weitreichenden Nutzungsbeschränkungen und strengen Haftungsregelungen konfrontiert, wohingegen sich die Social-Media-Anbieter von ihrer Verantwortlichkeit weitgehend freizeichnen. In zweiter Linie jedoch kommen Nutzungsbedingungen gerade im Falle von Social-Media-Plattformen auch deren Mitgliedern zugute, da diese naturgemäss selbst für einen erheblichen Teil der Inhalte und Aktivitäten auf diesen Plattformen verantwortlich sind, und die Nutzungsbedingungen letztlich die Spielregeln untereinander festlegen. Immerhin hängt dies in der Praxis davon ab, wie strikte die Anbieter der Plattformen diese gegenüber einem fehlbaren Benutzer durchsetzen (z.B. im Falle einer Persönlichkeitsverletzung) und somit eine Aufsichtsfunktion übernehmen. Die Spielregeln regeln typischerweise auch die Einräumung von Nutzungsrechten an den auf einer Plattform verfügbaren Inhalten, wovon Benutzer ebenfalls profitieren können.

Da diese Nutzungsbedingungen für eine Vielzahl von Nutzern vorformuliert sind und nicht individuell ausgehandelt werden, handelt es sich in rechtlicher Hinsicht um sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen (**AGB**), die den entsprechenden Regelungen des Schweizer Rechts unterliegen, soweit es zur Anwendung gelangt.

Auf vielen Plattformen werden zahlreiche besondere Anwendungen ("Apps") präsentiert und beworben. Diese Apps werden allerdings nicht von den Social-Media-Anbietern, sondern von Drittanbietern angeboten. Dadurch können zu den eigentlichen Nutzungsbedingungen der Social-Media-Anbieter – im Falle der Nutzung von Apps – noch weitere AGB hinzutreten.

2. Anwendbarkeit des Schweizer Rechts

Die Nutzungsbedingungen verweisen in ihren Rechtswahlklauseln zwar regelmässig auf das nationale bzw. lokale Recht des Anbieters (z.B. kalifornisches Recht), der in aller Regel seinen Sitz nicht in der Schweiz hat, selbst wenn Gruppengesellschaften des Anbieters hierzulande präsent sind. Auch als Gerichtsstand sehen die Nutzungsbedingungen regelmässig die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte am Sitz des Anbieters vor.

Inwieweit sich diese Rechtswahl und Vereinbarung eines Gerichtsstands durchsetzen lässt, ist eine andere Frage. Hier ist auf die zwingenden Bestimmungen des Schweizer Internationalen Privatrechts zu verweisen. Daraus ergibt sich für Anbieter von Social-Media-Plattformen zweierlei:

- Erstens kann die Rechtswahl von vornherein nur dort gelten, wo überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Zwar wird hierfür eine Benutzer-Registrierung typischerweise genügen, doch soweit eine Plattform die Rechte von "Nicht-Benutzern" verletzt, wird sich der Anbieter nicht auf die Rechtswahl in seinen Nutzungsbedingungen berufen können. Verletzt er beispielsweise die Persönlichkeit einer Person, wird letztere vor einem Schweizer Gericht nach den allgemeinen Regeln zur Bestimmung eines Gerichtsstands für Ansprüche aus unerlaubter Handlung in internationalen Sachverhalten klagen und gestützt auf die allgemeinen Regeln des internationalen Privatrechts Schweizer Recht zur Anwendung bringen können. Dasselbe gilt für Verletzungen des Lauterkeitsrechts: Hier genügt zur Anknüpfung an das Schweizer Recht eine Auswirkung auf den Schweizer Markt, für die es typischerweise genügt, dass ein Anbieter die fragliche Tätigkeit (auch) auf Schweizer Kunden ausrichtet (Art. 136 IPRG). An die Bestimmungen des Lauterkeitsrechts, einschliesslich Art. 8 UWG, welcher den Inhalt von AGB regelt (dazu unten mehr), wird sich ein ausländischer Anbieter einer Social-Media-Plattform für Schweizer Kunden somit halten müssen, gleichgültig, was seine Nutzungsbedingungen vorsehen. Das gilt ebenso für den Datenschutz: Auch registrierte Benutzer können sich ungeachtet der Nutzungsbedingungen und einer darin enthaltenen Wahl ausländischen Rechts vor einem Schweizer Gericht darauf berufen, dass Datenschutzverletzungen nach DSG beurteilt werden, wenn sie dies möchten (Art. 139 IPRG);
- Die Klauseln zum Gerichtsstand und zur Rechtswahl in den Nutzungsbedingungen spielen zweitens dort keine Rolle, wo das internationale Privatrecht, einschliesslich etwaiger völkerrechtlicher Verträge, den Gerichtsstand und das zwischen Benutzer und Anbieter anwendbare Vertragsrecht zwingend oder halbzwingend vorschreiben. Dies tut es mit Bezug auf den Schutz von Konsumenten auch im Falle von Verträgen, die ein solcher von der Schweiz aus über eine Website abschliesst, auch wenn sich der Anbieter im Ausland befindet: In solchen Fällen wird der Konsument mit Wohnsitz in der Schweiz Ansprüche gegenüber dem Anbieter grundsätzlich vor einem Schweizer Gericht geltend machen (Art. 15 Ziff. 1 Bst. c Lugano Übereinkommen; Art. 114 Abs. 1 Bst. a IPRG), welches wiederum Schweizer (Vertrags-)Recht zur Anwendung bringen wird (Art. 120 Abs. 1 Bst. c IPRG). Ähnliche Regelungen bestehen im Übrigen auch in den europäischen Nachbarstaaten bzw. der EU. So sieht die Rom-I-Verordnung über das auf Vertragsverhältnisse anwendbare Recht zwar vor, dass selbst in Verbraucherverträgen das anwendbare Recht zwar grundsätzlich gewählt werden kann. Allerdings darf einem Verbraucher durch die Rechtswahl nicht der Schutz entzogen werden, der ihm durch das Recht an seinem Wohnsitz gewährt wird.

Die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts und der schweizerischen Gerichtsbarkeit im Hinblick auf das Nutzungsverhältnis ändert allerdings nichts am Umstand, dass Ansprüche gegen ausländische (insb. amerikanische) Social-Media-Anbieter de facto kaum vollstreckbar sind. Der Benutzer müsste hierzu ein Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren vor den Gerichten im Land des betreffenden Anbieters führen. Selbst wenn eine Anerkennung und Vollstreckung grundsätzlich möglich ist, bietet ein entsprechendes Verfahren dem Anbieter in oft (erneut) die Möglichkeit, sich zumindest die Zuständigkeit des Schweizer Gerichts (das typischerweise in Abweichung der vereinbarten Gerichtsstandsklausel entschieden haben wird) zu wehren. Welche Möglichkeiten er hat, hängt vom ausländischen Recht ab. Mitunter kann es sinnvoller sein, etwaige Ansprüche direkt vor Ort geltend zu machen und auf den Schutz des Schweizer Rechts zu verzichten. In beiden Fällen werden die damit verbundenen Kosten aber viele der Benutzer abschrecken. Umgekehrt gibt es auch ausländische Social-

Media-Anbieter, die gegen sie in der Schweiz ergangene Entscheide "freiwillig", d.h. auch ohne Vollstreckungsverfahren im Ausland akzeptieren und erfüllen. Insgesamt sind gerichtliche Streitigkeiten aus dem Nutzungsverhältnis von Social-Media-Plattform in der Schweiz allerdings eine Seltenheit.

3. Rechtliche Rahmenbedingungen

Kommt Schweizer Recht zur Anwendung, müssen die Social-Media-Anbieter für die Ausarbeitung ihrer Nutzungsbedingungen verschiedene Rahmenbedingungen beachten:

- Der Betrieb einer Social-Media-Plattform unterliegt als solcher rechtlichen Rahmenbedingungen. Dies sind primär das Urheber- und Markenrecht, der Persönlichkeitsschutz inklusive das Datenschutzrecht, das Lauterkeitsrecht und die Bestimmungen des Straf- und Verwaltungsrechts, welche die öffentliche Verbreitung bestimmter Inhalte oder Aktivitäten verbieten oder einschränken (z.B. Pornographie, Rassismus, Werbung für regulierte Produkte wie Alkohol, Tabak, Arzneimittel). In allen genannten Bereichen sind selbst dann, wenn der Anbieter der Plattform sich nicht in der Schweiz befindet, Konstellationen denkbar, in denen eine Verletzung dieser Bestimmungen direkt und indirekt Haftungs- und andere Rechtsfolgen für den Anbieter mit sich bringen kann. Er wird daher ein Interesse an deren Beachtung haben;
- Nutzungsbedingungen gelten nicht schon, weil sie auf einer Website aufgeführt sind oder vor dem Zugriff auf sie hingewiesen wird. Sie müssen zunächst gültig vereinbart werden (Art. 1 OR). Die Benutzer einer Social-Media-Plattform müssen dazu im Rahmen der Registrierung deutlich auf die Nutzungsbedingungen und ihre Geltung (als Teil der mit der Registrierung geschlossenen Vereinbarung zwischen Nutzer und Betreiber der Plattform) hingewiesen werden und die Nutzungsbedingungen in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen können. Ob die Nutzer sie lesen, spielt keine Rolle, aber sie müssen sie mühelos abrufen und einsehen können (z.B. über einen Hyperlink auf der Registrieremaske vor dem Knopf zur Bestätigung der Registrierung). Bundesgerichtliche Urteile dazu gibt es in der Schweiz nicht, aber in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung (welche der Sache nach auch von einem kantonalen Entscheid gestützt wird) wird heute verlangt, dass die Nutzungsbedingungen ausgedruckt werden können, dass sie übersichtlich gegliedert und gut lesbar und verständlich sind. Auf einer Bildschirmseite müssen sie nicht Platz haben, doch sind sie zu lang, besteht das Risiko, dass sie als unzumutbar qualifiziert werden. In der Praxis programmieren viele Social-Media-Anbieter die Registrieremaske aus Beweisgründen so, dass eine Registrierung erst möglich ist, wenn der Nutzer durch Setzen eines Kreuzes mit der Maus ("Check-Box") auf der Website die Nutzungsbedingungen bestätigt hat ("Click-Wrap-Vertrag");
- Social-Media-Anbieter müssen die Nutzungsbedingungen in einer für den Nutzer verständlichen Sprache abfassen. Das ist sowohl für ihre Geltung als auch die Auslegung der Nutzungsbedingungen entscheidend. Dies ist zwar nicht explizit gesetzlich geregelt, jedoch nach herrschender Lehre unumstritten. In welcher Sprache die Nutzungsbedingungen abgefasst sein müssen, hängt davon ab, in welcher Sprache die Plattform geführt wird, für welche sie gelten sollen. Entscheidend ist insbesondere die Sprache der Registrieremaske. Eine rein englischsprachige Plattform kann somit auch englische Nutzungsbedingungen vorsehen, auch wenn sie sich nur an ein Publikum in der Schweiz richtet. In der Praxis sehen die meisten Social-Media-Anbieter ihre Nutzungsbedingungen in verschiedenen Sprachen vor;
- In inhaltlicher Sicht gilt zunächst festzuhalten, dass auch Nutzungsbedingungen von Social-Media-Dienstleistungen den Grenzen des zwingenden Rechts unterliegen (vgl. insb. Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB). Entsprechende Bestimmungen sind im Bereich der Social-

Media-Plattformen allerdings nicht zahlreich. Zu erwähnen ist aus dem Vertragsrecht beispielsweise die zwingende Haftung für grobe Fahrlässigkeit und vorsätzliches Verhalten des Anbieters bzw. seiner Organe (Art. 100 OR). Ein anderer, wichtiger Bereich ist der Datenschutz. Ausdrücklich zwingend ist hier zwar primär das Auskunftsrecht (Art. 8 DSGVO), doch indirekt können auch die Bearbeitungsgrundsätze des DSGVO (Art. 4 ff.), welche beispielsweise vorgeben, dass Personendaten nur verhältnismässig und nicht zweckentfremdet benutzt werden dürfen, zwingend sein. Die Social-Media-Anbieter postulieren in ihren Nutzungsbedingungen daher regelmässig die Einwilligung der betroffenen Personen in die vorgesehene Datenbearbeitung. Doch Einwilligungen sind indes nur dann gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt sind (Art. 4 Abs. 5 DSGVO), auch können sie grundsätzlich jederzeit für die Zukunft widerrufen werden und schliesslich gelten sie nicht für Daten Dritter, die z.B. ebenfalls auf Fotos abgebildet sind, die auf einer Social-Media-Plattform veröffentlicht werden. Ungewöhnliche Datenschutzregelungen in Nutzungsbedingungen können zudem an den für AGB geltenden Auslegungsregeln scheitern (siehe unten);

- Mit einer Neufassung von Art. 8 UWG (in Kraft getreten am 1. Juli 2012) hat der Gesetzgeber weiter eine wirksamere Bestimmung gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB geschaffen, wie dies die Rechtslehre seit Jahrzehnten mit Blick auf entsprechende Regelungen in der EU gefordert hatte. Die Neufassung strich das in Art. 8 UWG bisher geltende Erfordernis der Irreführung (Nachweis der Täuschungsgefahr), so dass nun eine offene Inhaltskontrolle von AGB durch die schweizerischen Gerichte für den Konsumentenverkehr möglich erscheint. Dies bedeutet, dass sich seit Juli 2012 auch die Nutzungsbedingungen von Social-Media-Anbietern an Art. 8 UWG messen lassen müssen: Sehen sie zum Nachteil des Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten vor, gelten sie somit als unlauteres Verhalten nach Art. 8 UWG. Welche Klauseln tatsächlich Art. 8 UWG verletzen, werden die Gerichte allerdings noch zu entscheiden haben. Obgleich gesetzlich nicht explizit erwähnt, ist sich ein beachtlicher Teil der Lehre einig, dass für die Beurteilung von Art. 8 UWG der Massstab des dispositiven Rechts herangezogen werden muss. Als weitere Leitlinie und zur Konkretisierung mögen nach diversen Lehrmeinungen insbesondere der Klauselkatalog der Europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG) dienen, allerdings ist umstritten, wie streng Art. 8 UWG tatsächlich sein soll. Zu beachten ist auch, dass viele Social-Media-Plattformen ihre Dienstleistungen gratis anbieten, weshalb die Hürden für einen Verstoß gegen Art. 8 UWG höher als in entgeltlichen Verträgen sein müssen.

Verstösst eine bestimmte Nutzungsbedingung gegen Art. 8 UWG, so ist sie nach überwiegender aber nicht unumstrittener Auffassung insgesamt nichtig. Eine Reduktion auf das erlaubte Mass würde in solchen Fällen somit nicht stattfinden, es sei denn, sie würde dem Konsumenten dienen. Allerdings führt diese Unwirksamkeit nicht zur Nichtigkeit der ganzen Nutzungsvereinbarung. Im Zuge der Revision wurde neu auch dem Bund die Befugnis eingeräumt, nebst den konkret betroffenen Personen und Konsumentenschutzorganisationen Verletzungen von Art. 8 UWG zu verfolgen. In der Praxis wird jedoch erwartet, dass vor allem die beiden letztgenannten Kreise gegen nach ihrer Ansicht missbräuchliche AGB vorgehen werden. Wie jedoch eine "abstrakte" gerichtliche Überprüfung von AGB (d.h. eine Klage gegen bestimmte AGB als solche ohne einen konkreten Fall) in der Praxis genau funktionieren wird, ist bisher nicht klar;

- Das in der Schweiz bis zur Revision von Art. 8 UWG wichtigste AGB-Kontrollinstrument war die sog. Ungewöhnlichkeitsregel. Sie gilt auch heute noch: Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden demnach global übernommene AGB soweit nicht zum Vertragsbestandteil, als dass sie für einen geschäftsunerfahrenen Kunden ungewöhnlich (d.h. unerwartet, untypisch, überraschend) sind. Eine Bestimmung ist gemäss der Rechtsprechung und Lehre in

erster Linie dann als ungewöhnlich zu werten, wenn sie einen geschäftsfremden Inhalt aufweist, v.a. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Bisweilen wurde in der Lehre kritisiert, das Bundesgericht lasse mit Hilfe der Ungewöhnlichkeitsregel auch Kriterien der Inhaltskontrolle einfließen, in dem es die Ungewöhnlichkeit umso eher bejaht, je stärker eine Bestimmung die Rechtstellung des Vertragspartners beeinträchtigt (sog. verdeckte Inhaltskontrolle). Im Hinblick auf die Nutzungsbedingungen von Social-Media-Anbietern werden mitunter die häufig anzutreffenden Klauseln als ungewöhnlich eingestuft, wonach der Anbieter das Recht hat, die Nutzungsbedingungen einseitig und teilweise sogar ohne aktive Mitteilung an die Nutzer zu ändern (vgl. im Zusammenhang mit einem einseitigen Anpassungsrecht eines Versicherungsunternehmens ohne Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers, BGE 135 III 1, E. 3). Allerdings kann der Anbieter nach der Rechtsprechung die Ungewöhnlichkeit einer Klausel verhindern, indem er den Benutzer auf die ungewöhnliche Bestimmung besonders aufmerksam macht (z.B. durch optische Hervorhebung/Fettdruck);

- Für die Auslegung von AGB gelten in ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die allgemeinen Auslegungsregeln wie sie auch für individuelle Verträge gelten. Ergänzend dazu haben Rechtsprechung und Lehre zwei besondere Regeln entwickelt: Zunächst gilt der Vorrang der Individualabrede. Die Individualvereinbarung wird von den beteiligten Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt und geht etwaigen AGB vor. Nach der zweiten Regel – der Unklarheitenregel – sind AGB-Klauseln im Zweifel zu Ungunsten des Verwenders auszulegen ("interpretatio contra proferentem" oder "in dubio contra stipulatorem", vgl. die spezialgesetzliche Regelung in Art. 33 VVG). Führt demnach die Auslegung einer Nutzungsbedingung nicht zu einem klaren Ergebnis, so ist sie in dem für den Nutzer günstigsten Sinne auszulegen. Mit der Unklarheitenregel eng verbunden ist das Restriktionsprinzip, wonach vom dispositiven Recht abweichende Klauseln restriktiv, d.h. einschränkend zu interpretieren sind. Beide Regeln schützen letztlich den Konsumenten;
- Davon abzugrenzen ist das Prinzip der "geltungserhaltenden Reduktion", dem im Schweizer Recht nach wie vor eine hohe Bedeutung zukommt. Geht eine Klausel weiter als das, was das Recht zulässt, soll sie nicht einfach nichtig sein, sondern vom Richter in ihrer Bedeutung auf das erlaubte Mass reduziert werden. Wird beispielsweise die Haftung für entgangenen Gewinn und Folgeschäden in einem Vertrag (wie allgemein üblich) pauschal wegbedungen, soll dies nur (aber immerhin) für Fälle leichtfahrlässigen Verhaltens des Haftpflichtigen gelten, da ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz nicht zulässig ist (Art. 100 OR). Die geltungserhaltende Reduktion gilt allerdings nicht immer. Sie wird wie erwähnt für Art. 8 UWG heute von der überwiegenden Lehre abgelehnt (vgl. auch explizit keine geltungserhaltende Reduktion bei Art. 15 Abs. 2 KKG), aber auch in anderen Fällen von Verstössen gegen Bestimmungen zum Schutz von Konsumenten haben Gerichte sie bereits verweigert und entsprechende Klauseln als insgesamt für nichtig befunden.

Von rechtlicher Relevanz ist nicht nur der erstmalige Erlass von Nutzungsbedingungen. Sie können sich auch immer wieder ändern, was im Bereich Social Media häufig der Fall ist. Hierzu sehen die Nutzungsbedingungen von Social-Media-Plattformen – wie erwähnt – oft vor, dass solche Änderungen durch deren blosser Publikation auf den Webseiten der Plattformen, also ohne persönliche Information der Nutzer, möglich sind. Dies zwingt die Nutzer zur regelmässigen Prüfung der Nutzungsbedingungen. Dies geschieht jedoch nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn dem Nutzer ein Mitbestimmungsrecht eingeräumt wird, wie dies der Betreiber einer grossen Social-Media-Plattform zeitweise tat: Anpassungen der Nutzungsbedingungen konnten abgelehnt werden, wenn ein bestimmter Prozentsatz

an Benutzern opponiert hatte. Die Regelung wurde mangels Mitglieder-Beteiligung wieder abgeschafft.

Aus rechtlicher Sicht werden Klauseln, welche die einseitige Anpassung von Nutzungsbedingungen ohne Frist und ohne persönliche Mitteilung erlauben, mehrheitlich als unwirksam beurteilt (vgl. oben). Gefordert wird eine individuelle Mitteilung (samt daran anknüpfender angemessener Widerspruchsfrist) an den Kunden per E-Mail oder Anzeige beim Login. Allerdings ist offen, ob ein einseitiges, uneingeschränktes Änderungsrecht inhaltlich vor dem neuen Art. 8 UWG überhaupt standhält. Die Betreiber der Plattformen stellen sich freilich auf den Standpunkt, dass sie in der Lage sein müssen, ihre Nutzungsbedingungen neuen Entwicklungen oder erweiterten Funktionalitäten ihrer Plattformen anpassen zu können und es jedem Benutzer unbenommen sein muss, die Plattform nicht mehr zu nutzen.

4. Umgang in der Praxis

In der Praxis passen (ausländische) Anbieter von Social-Media-Plattformen ihre Nutzungsbedingungen an die vorstehenden Bestimmungen oft nur dann an, wenn es nicht anders möglich ist. Sie bevorzugen international möglichst einheitliche Regelungen. Diese Regelungen stammen häufig aus den USA, wo viele der Anbieter ihren Hauptsitz haben. Das US-Recht verlangt jedoch anders als das Schweizer Recht in Verträgen sehr viel detailliertere und umfassendere Regelungen. Die Folge davon sind äusserst umfangreiche, aus Sicht eines Durchschnittsbenutzers oftmals schwer verdauliche Bestimmungen, wie sie aus Sicht des Schweizer Rechts an sich nicht nötig wären: Die üblichen Enthaltungsklauseln könnten beispielsweise ohne inhaltlichen Verlust regelmässig auf einen Bruchteil ihrer Grösse gekürzt werden. Andere Regelungen sind gänzlich überflüssig, weil sie von Gesetzes wegen oder implizit ohnehin gelten. Hinzu kommt, dass der Konsumentenschutz in den USA wesentlich schlechter ausgebaut ist als in Europa und die Nutzungsbedingungen daher entsprechend einseitiger ausfallen können. Das wird besonders deutlich, wenn sie mit Nutzungsbedingungen von Social-Media-Anbietern mit Heimmärkten in Kontinentaleuropa verglichen werden, die wesentlich konsumentenfreundlicher ausfallen. Das gilt insbesondere für Nutzungsbedingungen aus Ländern wie Deutschland, die das Prinzip der geltungserhaltenden Reduktion nicht kennen und daher von vornherein wesentlich vorsichtiger formuliert werden müssen.

Umfangreiche Formulierungen aus den USA "schaden" allerdings häufig auch nicht, mit Ausnahme des Risikos, dass ein Schweizer Gericht sie als zu lang bzw. zu unverständlich und damit als unzumutbar qualifizieren könnte (so umfassen die Nutzungsbedingungen eines der bekanntesten Anbieter mittlerweile Text im Umfang von rund zwei Dutzend DIN-A4-Seiten). Dazu ist es bisher aber nicht gekommen, und die Erfahrung zeigt, dass die Nutzer auch kürzere, verständlichere Nutzungsbedingungen nicht lesen. Immerhin sind einzelne Anbieter inzwischen dazu übergegangen, ihren Benutzern kurze Zusammenfassungen ihrer Nutzungsbedingungen anzubieten, welche die materiell wesentlichsten Punkte enthalten. Das gilt vor allem für den Bereich des Datenschutzes, wo das mit (zu) langen Datenschutzerklärungen verbundene Risiko der Unwirksamkeit heute als am rechtlich und reputativ gewichtigsten empfunden wird.

Eine Verwendung von für jeden Markt bzw. jede Rechtsordnung eigenständig formulierten Nutzungsbedingungen ist trotzdem kaum ein Thema. Der Aufwand zur Koordination und Abstimmung der verschiedenen Versionen wird als zu gross erachtet. Dennoch lassen jedenfalls die international tätigen, etablierten Anbieter von Social-Media-Plattformen ihre Nutzungsbedingungen vor einer Einführung oder Anpassung regelmässig durch lokale Anwälte auf ihre Verträglichkeit mit zwingendem, nationalem Recht überprüfen. Das wird zwar nicht für jedes Land gelten, in welchem die Plattform zugänglich ist, ist für die Schweiz aber häufig der Fall, da die Schweiz in Europa als zwar kleiner aber trotz allem

wichtiger Markt gilt. Da er nicht Teil der EU ist und EU-Recht daher in der Schweiz nicht gilt, gehen viele Anbieter davon aus, dass eine separate Überprüfung ihrer Nutzungsbedingungen nach Schweizer Recht jedenfalls dann zwingend ist, wenn Schweizer Kunden gezielt angesprochen werden sollen (z.B. durch lokale Bewerbung oder Anlässe, Einsatz einer ".ch"-Domain, Werbeakquisition in der Schweiz).

Im Rahmen einer solchen Prüfung sind grundsätzlich fünf unterschiedliche Ergebnisse möglich:

- Eine bestimmte Klausel ist unproblematisch. Sie wird wie vorgeschlagen verwendet;
- Eine bestimmte Klausel ist zwar nicht durchsetzbar, sie schadet jedoch auch nicht, d.h. es bestehen weder ein Bussenrisiko, noch sonstige negative Folgen noch das Risiko einer Ungültigkeit der Vereinbarung oder wichtiger Teile davon, wenn sie belassen wird. In diesem Falle wird sie typischerweise ebenfalls belassen. Eine zu enge Gerichtsstandsklausel oder ein völliger Haftungsausschluss sind typische Beispiele. Auch im Bereich des Datenschutzes sehen Nutzungsbedingungen immer wieder zu weitgehende oder zu absolute Regelungen vor. Die Anbieter wissen, dass sie sich im Streitfall möglicherweise nicht auf die Klausel verlassen können, und sie "leben" solche Klauseln oft auch nicht in dieser Weise aus. Der Vorteil einer einheitlichen Regelung oder möglicherweise zu wenig differenzierenden Regelung wird jedoch als gewichtiger betrachtet; immerhin werden entsprechende Klauseln teilweise unter den Vorbehalt zwingenden Rechts gestellt, um eine geltungserhaltende Reduktion sicherzustellen;
- Eine bestimmte Klausel verstösst gegen zwingendes Recht und kann negative Konsequenzen wie etwa einen Verstoß gegen Art. 8 UWG oder die Ungültigkeit einer ansonsten wichtigen Regelung haben. Von Bedeutung kann auch sein, dass eine Bestimmung besonders negative Reaktionen beim Publikum auslösen kann, auch wenn sie an sich zulässig wäre. Solche Klauseln werden normalerweise angepasst. Ist die Klausel länderübergreifend problematisch, erfolgt die Anpassung international; ansonsten ist es nicht unüblich, mit landesspezifischen Nutzungsbedingungen oder Zusatzklauseln zu arbeiten;
- Es fehlt eine bestimmte Regelung, die aufgrund des lokalen Rechts angezeigt oder nötig ist. Die Nutzungsbedingungen werden in diesen Fällen je nach Risikobeurteilung ergänzt. Ein typisches Beispiel sind Bestimmungen im Bereich des Datenschutzes, die in vor dem Hintergrund US-amerikanischen Rechts formulierten Nutzungsbedingungen mitunter fehlen, in Europa, wo höhere Anforderungen an den Datenschutz gelten, aber faktisch zwingend sind und daher nachträglich eingefügt werden müssen (ggf. auch über separate Datenschutzerklärungen).
- Eine bestimmte Funktion oder ein bestimmter Aspekt der Social-Media-Plattform verstösst gegen zwingendes Recht oder birgt rechtliche Risiken, welche die Nutzungsbedingungen bisher nicht oder nicht genügend abdecken. In diesen Fällen werden nach einer Risikoabwägung die Nutzungsbedingungen (oder sogar die Plattform selbst) so ausgestaltet oder angepasst, dass sich entsprechende Verstöße oder zumindest die Verantwortlichkeit des Anbieters vermeiden oder reduzieren lassen. So enthalten Nutzungsbedingungen regelmässig ausführliche Regelungen über Inhalte und Aussagen, die auf der Plattform nicht erlaubt sind, und darüber, welche Schritte sich der Anbieter diesbezüglich vorbehält. Sie enthalten beispielsweise auch oft die Regelung, dass der Benutzer selbst dafür verantwortlich ist sicherzustellen, dass er über alle nötigen Einwilligungen und Rechte verfügt, bevor er Material auf einer Social-Media-Plattform veröffentlicht; eine andere Regelung wäre nicht praktikabel. Inwieweit solche Klauseln den Betreiber der Plattform tatsächlich vor Ansprüchen schützen, ist allerdings in der Schweiz nicht geklärt. Insbesondere grössere Anbieter solcher Plattformen verlassen sich daher oft nicht nur

auf ihre Nutzungsbedingungen, sondern sehen auch weitere Massnahmen vor, um die betreffenden Risiken zu reduzieren.

Wie weit ein ausländischer Betreiber einer Social-Media-Plattform sich an nationales Recht anpasst, ist in der Praxis einerseits das Ergebnis einer Risikobetrachtung und andererseits eine Frage des Prinzips.

Beschränken sich die Risiken auf den Umgang mit dem Einzelfall bzw. hängen sie davon ab, wird oft keine Anpassung erfolgen: Die Nutzungsbedingungen gehen dann zwar weiter, als sie sich nach Schweizer Recht generell durchsetzen liessen, doch werden sie im Einzelfall auch nicht entsprechend angewandt. Die Anbieter von Social-Media-Plattformen unterscheiden sich diesbezüglich nicht von anderen Unternehmen, deren AGB nicht in jedem Punkt durchsetzbar sind. Birgt eine Klausel ein reputatives oder über den Einzelfall hinausgehendes, rechtliches Risiko (insbesondere ein Bussenrisiko), ist es erfahrungsgemäss sehr viel wahrscheinlicher, dass sie angepasst wird. Die Verschärfung von Art. 8 UWG dürfte in diese Richtung wirken. In der Praxis sind aber immer wieder auch Reflexwirkungen des in der EU schon seit Jahren strengeren Rechts zu beobachten, indem die Möglichkeiten des Schweizer Rechts zugunsten europaweit einheitlicher Regelungen nicht vollständig ausgeschöpft werden.

Es trifft auch sonst nicht zu, dass Nutzungsbedingungen den Spielraum, den das lokale Recht bietet, jeweils soweit wie möglich zu Gunsten der Anbieter ausnutzen. Ein Beispiel sind die Regelungen über erlaubte Inhalte. Zwar finden sich in Nutzungsbedingungen regelmässig Formulierungen, wonach jeder Inhalt und jedes Verhalten, die gegen "anwendbares Recht" verstossen, auch eine Verletzung der Nutzungsbedingungen darstellen. So können die Nutzungsbedingungen offen formuliert werden und passen trotzdem. Viele dieser Bestimmungen schliessen jedoch auch eine Reihe konkreter Inhalte und Verhaltensweisen aus, die restriktiver als das geltende Recht formuliert sein können. So untersagen Anbieter die Werbung für bestimmte regulierte Produkte wie Alkohol oder Arzneimittel teilweise generell, obwohl sie (auch in der Schweiz) in gewissem Rahmen zulässig wären. Hierbei sind oft der Schutz der eigenen Reputation und opportunistische Motive massgebend: Die Betreiber einer Social-Media-Plattform wollen erfahrungsgemäss nach Möglichkeit nicht die Zulässigkeit von Inhalten und Aktivitäten ihrer Nutzer beurteilen müssen. Sind bestimmte Kategorien von Inhalten besonders kritisch oder kontrovers oder werden sie mutmasslich einen besonders hohen Betreuungsaufwand verursachen, kann es sinnvoller sein, sie generell zu untersagen, wenn ein vernünftiger Betrieb der Plattform auch ohne diese Inhalte möglich ist.

Ähnliches gilt für Regelungen und Funktionen, die vom Publikum oder von Meinungsträgern in der Öffentlichkeit als zu einseitig zugunsten des Anbieters oder sonst unangemessen beurteilt werden. Immer wieder wurden Anbieter von Social-Media-Plattformen in den letzten Jahren gezwungen, bestimmte Regelungen in ihren Nutzungsbedingungen (oder Datenschutzerklärungen) anzupassen, weil sie weitgehend als unanständig beurteilt wurden. Häufigster Stein des Anstosses sind in der Praxis wiederum Datenschutzbestimmungen sowie Regelungen zum Urheberrecht. Typische Beispiele der ersten Kategorie waren bisher Anpassungen, die einem Anbieter neue Möglichkeiten zur Bearbeitung von Nutzerdaten verschaffen sollten, indem versucht wurde, mit Hilfe einer neuen oder angepassten Klausel die Einwilligung des Benutzers in diese Bearbeitung zu konstruieren. In die zweite Kategorie gehörte zum Beispiel die Anpassung eines auf Fotos spezialisierten Social-Media-Anbieters, wonach er künftig angeblich Fotos von Mitgliedern ohne diese zu informieren und ohne Bezahlung sollte verkaufen können. Nach erheblichen Protesten zog der Anbieter die Klausel zurück und sprach von ei-

nem Missverständnis aufgrund einer unklaren Formulierung (seiner Juristen)¹; es habe nie eine entsprechende Absicht bestanden. Ob solche Bestimmungen im Schweizer Recht überhaupt durchsetzbar wären, ist eine andere Frage, die nicht zur Diskussion stand. Die fragliche Klausel wurde nicht durch rechtliche Schritte umgestossen, sondern auf Druck der Öffentlichkeit.

Schliesslich können Anpassungen der Nutzungsbedingungen auch von staatlichen Behörden aufgezungen werden. So hatte beispielsweise ein Social-Media-Anbieter die Funktion der automatischen Gesichtserkennung bei Fotos auf der Plattform gestützt auf den Bericht der irischen Datenschutzbehörde immerhin für einen Teil der Benutzer deaktivieren und die entsprechenden Daten löschen müssen.

5. Fazit

Das Schweizer Recht kennt verschiedene Konzepte und Bestimmungen, welche die Geltung von Nutzungsbedingungen von Social-Media-Anbietern inhaltlich und auch sonst einschränken. In den meisten Fällen handelt es sich um allgemeine Grundsätze, zu denen es auch entsprechende Rechtsprechung gibt – mit Ausnahme zum neuen Art. 8 UWG. Mit den Nutzungsbedingungen von Social-Media-Anbietern mussten sich Schweizer Gerichte bisher aber nicht beschäftigen. International tätige Anbieter lassen ihre "AGB" vor ihrem Einsatz dennoch regelmässig auf ihre Verträglichkeit auch mit dem Schweizer Recht prüfen. Die Bestimmungen stammen allerdings in aller Regel aus dem Ausland und erscheinen daher für Schweizer Verhältnisse oftmals unnötig lang und kompliziert. Allerdings schadet dies nicht unbedingt ihrer rechtlichen Geltung; auch dürfte die Schwelle zur Führung eines Zivilprozesses für die meisten Benutzer bzw. Konsumenten zu hoch sein. Da die Anbieter sehr daran interessiert sind, mit international möglichst einheitlichen Nutzungsbedingungen arbeiten zu können, kommt es oft nur dort zu Anpassungen, wo dies aus rechtlichen oder reputativen Gründen absolut zwingend erforderlich ist. Nutzungsbedingungen können somit typischerweise strenger oder einseitiger erscheinen als sie im Einzelfall (in der Schweiz) angewandt werden. Dieses Phänomen ist allerdings keineswegs auf Anbieter von Social-Media-Plattformen beschränkt.

¹ "Der Dienst kann teilweise oder ganz von Werbeeinnahmen unterstützt werden. Um uns zu helfen, interessante bezahlte oder gesponserte Inhalte oder Werbung zu platzieren, erklären Sie sich damit einverstanden, dass ein Unternehmen oder eine andere Einrichtung uns dafür bezahlt, Ihre Benutzernamen, Ihr Abbild, Ihre Fotos (zusammen mit allen anhängenden Metadaten) und/oder Ihre Aktionen, die sie vornehmen, im Zusammenhang mit bezahlten oder gesponserten Inhalten oder Werbekampagnen anzuzeigen, ohne jede Vergütung für Sie."