

Community Management, fremde Markenbotschafter und Account Squatters: markenrechtliche Herausforderungen in Social Media

CLAUDIA KELLER*

Social Media ist heute für viele Unternehmen Teil der Markenkommunikation. Aber nicht nur Markeninhaber nutzen für ihre Marken Social-Media-Plattformen, sondern viele Nutzer drücken auf Social Media ihre Begeisterung für Marken aus und verwenden Drittmarken für ihre Social-Media-Profilen und -Seiten. Dem Bedürfnis, sich über Marken auszutauschen, kommen sodann auch Betreiber von Bewertungsportalen nach. Für Markeninhaber kann es schwierig sein, sich über die Fremdnutzung ihrer Marke informiert zu halten und gegebenenfalls gegen diese vorzugehen. In welchen Fällen sich ein solches Vorgehen auf markenrechtliche Ansprüche stützen lässt, sollen die nachfolgenden Ausführungen skizzieren. Die Tatsache, dass die Geltendmachung des markenrechtlichen Ausschliesslichkeitsanspruchs einen kennzeichenmässigen Gebrauch der Marke im geschäftlichen Verkehr voraussetzt, erweist sich im Zusammenhang mit Social Media als echter Stolperstein. Dafür bieten die Meldestellen der Plattformbetreiber in vielen Fällen ein Instrument zur relativ unkomplizierten und schnellen Beseitigung unerwünschter Drittnutzungen.

Les entreprises sont nombreuses, de nos jours, à avoir recours aux médias sociaux dans la communication et la promotion de leurs marques. Mais les titulaires ne sont pas les seuls à les utiliser. Les internautes expriment aussi de la sorte leur sympathie pour des marques – des plateformes d'évaluation répondent d'ailleurs à ce besoin d'échanger des informations sur des marques – et font usage de marques de tiers sur leurs profils et leurs pages Internet. Il peut dès lors s'avérer difficile pour les détenteurs de marques de se faire une idée de l'usage de leurs marques par des tiers et d'agir, le cas échéant, pour l'interdire. L'article qui suit passe en revue les cas dans lesquels il est possible de faire valoir les droits à la marque pour engager une action. L'exercice des droits exclusifs présuppose un usage de la marque à des fins distinctives dans les affaires. Cette condition se révèle être une véritable pierre d'achoppement en relation avec les médias sociaux. Dans de nombreux cas, les services de réclamation des opérateurs de plateformes constituent toutefois un moyen relativement simple et rapide pour les titulaires de marques afin de faire cesser un usage non autorisé.

I. Social Media als Alltagsinstrument für Markeninhaber

II. Unautorisierte Nutzung von Marken auf Social Media: Typische Formen und deren rechtliche Würdigung

1. Voraussetzungen für Geltendmachung einer Markenrechtsverletzung
2. Fanseiten
3. Marken am «Pranger»
4. Automatisch generierte Profile

III. Markenmanagement und -verteidigung in Social Media

1. Gerichtliche Durchsetzung
2. Meldestellen der Plattformen
3. Verifizierung von Seiten

IV. Empfehlungen

1. Status quo evaluieren
2. Entscheid betreffend freie Profil-/ Seitennamen treffen
3. Nutzung der Marke durch Dritte für Profile und Seiten prüfen
4. Kontaktnahme mit dem Nutzer oder dem Plattformbetreiber
5. Anwaltliches/gerichtliches Vorgehen

Zusammenfassung / Résumé

* 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).

I. Social Media als Alltagsinstrument für Markeninhaber

Social Media¹ ist zum alltäglichen Mittel für die Unternehmenskommunikation und -werbung geworden². Firmen kommunizieren und bewerben ihre Dienstleistungen und Produkte über alle möglichen Plattformen. Nach wie vor die meistgenutzte (und wohl bekannteste) Plattform ist Facebook³, als weitere Beispiele können Twitter, Pinterest, Instagram, YouTube oder Google Plus (G+) genannt werden⁴. Als weiteres Instrument dienen Blogs⁵. Wer sich für ein Beispiel einer umfassenden Social-Media-Nutzung interessiert, dem sei ein Besuch der verschiedenen Auftritte des Unternehmens Starbucks empfohlen. Deren Social-Media-Präsenz illustriert die Möglichkeiten für ein breit abgestütztes Branding via Social Media⁶. Für Statistikfans lohnt sich zudem ein Besuch der Seite «Facebook Pages Statistics» von Socialbakers⁷. Diese illustriert und dokumentiert die Nutzung von Facebook durch Markeninhaber in Form einer Hitparade.

Nicht nur Markeninhaber nutzen Marken auf Social-Media-Plattformen sondern auch Dritte. Ausgewählte Formen solcher Drittnutzung sollen nachfolgend aus markenrechtlicher Sicht analysiert werden.

II. Unautorisierte Nutzung von Marken auf Social Media: Typische Formen und deren rechtliche Würdigung

Social Media erfreuen sich nicht nur bei Unternehmen grosser Beliebtheit, sondern auch bei Nutzern⁸. Marken sind nicht nur ein immaterielles, sondern auch ein emotionales Gut. Ein Blick in die verschiedenen Plattformen offenbart denn auch eine Fülle von Seiten, die Unternehmen und deren Marken gewidmet sind und nicht von den Unternehmen selber stammen. Die Grosszahl dieser fremdinitiierten Seiten und Profile sind als «Fanseiten» zu qualifizieren, sprich ein oder mehrere Anhänger der Marke berichten im positiven Sinne über die Marke und tauschen sich mit Gleichgesinnten aus⁹. Daneben gibt es die aus dem Bereich Domains bekannte Missbrauchsform des «Squatting» sowie die Nutzung von Social Media zur kritischen Auseinandersetzung mit Unternehmen und deren Marken (bspw. Bewertungsseiten). Im Nachfolgenden soll analysiert werden, wie ausgewählte Beispiele solcher fremden Markennutzung markenrechtlich zu qualifizieren sind und welche Instrumente dem Markeninhaber gegen diese Fremdnutzung zur Verfügung stehen. Abschliessend finden sich 5 Empfehlungen zum Umgang mit Social Media für Markeninhaber.

1. Voraussetzungen für Geltendmachung einer Markenrechtsverletzung

Nicht jede von einer Markeninhaberin nicht autorisierte Nutzung einer Marke stellt eine Markenverletzung dar. Der dem Art. 13 Markenschutzgesetz (MSchG) innewohnende Ausschliesslichkeitsanspruch ist bei der durchschnittlichen Marke grundsätzlich auf die Verwendung der Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, beschränkt. Bei berühmten Marken erweitert sich dieser Ausschliesslichkeitsanspruch gemäss Art. 15 MSchG auf jede Art von Waren

¹ Definition gemäss www.wikipedia.org: «Social Media (auch Soziale Medien) bezeichnen digitale Medien und Technologien (vgl. Social Software), die es Nutzern ermöglichen, sich untereinander auszutauschen und mediale Inhalte einzeln oder in Gemeinschaft zu gestalten» (de.wikipedia.org/wiki/Social_Media).

² Vgl. Studie der HWZ zu Schweizer Grossunternehmen im Social Web 2012, abrufbar unter www.marketing-more-effective.com/wp-content/uploads/2012/02/Folgestudie_Schweizer_Grossunternehmen_im_Social_Web_2012.pdf; Bernet ZHAW Studie Social Media Schweiz 2012, abrufbar unter bernet.ch/studie/studie-social-media-schweiz-2012/ oder der GFM Social Media Report 2012, abrufbar unter www.gfm.ch/files/marke_ting_wissen/forschung/2012/gfm_swiss_social_media_report_2012.pdf, sowie Bernet ZHAW Studie Social Media Schweiz 2013, abrufbar unter bernetblog.ch/wp-content/uploads/2013/04/Bernet-ZHAW-Studie-Social-Media-Schweiz-2013.pdf. Siehe auch das Social Media Ranking Schweizer Marken der Bilanz, abrufbar unter www.bilanz.ch/digital/social-media-lovestorm.

³ www.facebook.com, vgl. in Fn. 2 zitierte Studien.

⁴ Für eine umfassende Zusammenstellung der existierenden Social-Media-Plattformen siehe en.wikipedia.org/wiki/List_of_social_networking_websites.

⁵ Abkürzung für Web Log. Ein Blog ist ein elektronisches Tagebuch im Internet. Typische Anwendung des Web 2.0. um ständig aktualisierte und kommentierte Tagebuchbeiträge, die mittels der RSS-Technologie (RSS) abonniert werden können.

⁶ www.facebook.com/starbucks, www.instagram.com/starbucks, www.twitter.com/starbucks, www.pinterest.com/starbucks, plus.google.com/+starbucks/posts sowie den Blog www.starbucks.com/blog/.

⁷ www.socialbakers.com/facebook-pages/brands/.

⁸ Zahlen zur Nutzung in der Schweiz finden sich bspw. auf dem Blog von Bernet PR, abrufbar unter bernetblog.ch/category/social-media/nutzerzahlen-social-media/ oder auf einer interaktiven Karte bei www.socialswitzerland.ch/.

⁹ Vgl. beispielsweise diverse Fanseiten auf Facebook die bekannten Consumer Brands wie Coca-Cola.

oder Dienstleistungen, wenn ein solcher Gebrauch die Unterscheidungskraft der Marke gefährdet oder deren Ruf ausnützt oder beeinträchtigt.

Die Geltendmachung des Ausschliesslichkeitsanspruchs setzt einen *kennzeichenmässigen Gebrauch* der Marke *im geschäftlichen Verkehr* voraus¹⁰. Als Kennzeichen sind alle Zeichen zu qualifizieren, die «geeignet sind, ein Objekt oder Subjekt im Verkehr zu bezeichnen und durch diese Bezeichnung von anderen Objekten oder Subjekten zu unterscheiden»¹¹. Als typische Beispiele für einen kennzeichenmässigen Gebrauch können der Gebrauch als Marke, Name, Firma, Enseigne, Geschäftsbezeichnung oder Domain Name genannt werden¹². Im Bereich von Social Media unterscheidet sich die Möglichkeit, ein Profil oder eine Seite mit einer bestimmten Bezeichnung zu versehen, von Plattform zu Plattform. Profilnamen wie «Starbucks Loves»¹³, sogenannte Handles wie @Starbucks¹⁴ oder die Vanity URL für Facebook wie www.facebook.com/starbucks¹⁵ können als Kennzeichen qualifiziert werden, wenn sie vom Plattformbetreiber nur einmal vergeben werden und damit geeignet sind, diese Seiten und Profile von anderen Seiten und Profilen zu unterscheiden. Twitter Handle und Facebook Vanity URL beispielsweise werden nur einmal und grundsätzlich nach dem Prinzip «first come, first served» vergeben¹⁶.

Ob im Einzelfall aber ein kennzeichenmässiger Gebrauch vorliegt, hängt von den konkreten Umständen und dem tatsächlichen Gebrauch ab. Kein kennzeichenmässiger Gebrauch liegt bei rein informativem Markengebrauch, auch sachlicher Markengebrauch genannt, vor¹⁷. Dies ist dann der Fall, wenn die Marke «in nicht kennzeichenmässiger Weise zum Zweck der Informationsvermittlung verwendet wird»¹⁸. Ein Gebrauch im geschäftlichen Verkehr ist immer zu bejahen, wenn die verletzende Handlung auf eine wirtschaftliche Betätigung gerichtet ist, ungeachtet dessen, ob die Handlung entgeltlich erfolgt oder mit einer Gewinnabsicht verknüpft ist¹⁹. Auch die Verwendung für ideelle Zwecke kann als gewerbsmässig qualifiziert werden, für den Fall, dass die Marke in einer Weise verwendet wird, die einer wirtschaftlichen Betätigung gleichkommt²⁰. Der Markeninhaber kann einen bloss privaten Gebrauch einer Marke nicht untersagen²¹.

2. Fanseiten

Fanseiten dienen typischerweise dem Zweck, Informationen zur Marke und der Markeninhaberin zu aggregieren und sich darüber mit anderen Nutzern auszutauschen. In einem solchen Fall wird die Geltendmachung einer Markenrechtsverletzung in der Regel an der fehlenden gewerbsmässigen Nutzung scheitern, es sei denn, mit dem Betrieb der Seite ist eine gewerbsmässige Tätigkeit verbunden²². Bei Verwendung von Bildelementen oder Logos kann mangels eines markenrechtlichen Anspruchs das Urheberrecht greifen und zumindest die Verwendung dieser urheberrechtlich geschützten Werke untersagt werden. Sodann kann auch das Namensrecht greifen, sofern sich der Inhaber auf entsprechende Namensrechte berufen kann²³.

Greift keine gesetzliche Anspruchsgrundlage, so kann eine Markeninhaberin unter Umständen direkt über den Plattformbetreiber gestützt auf dessen Nutzungsbedingungen die Verwendung ihrer Marke unterbinden. Die Plattformbetreiber geben in ihren Nutzungsbedingungen in der Regel vor, unter welchen Bedingungen Drittmarken für solche Seiten verwendet werden dürfen. Insbesondere regeln die

¹⁰ F. THOUVENIN/L. DORIGO, in: M. Noth/G. Bühler/F. Thouvenin (Hg.), Kommentar zum Markenschutzgesetz, MSchG (454–511), 2009 Bern, MSchG 13 N 13 m.w.V.

¹¹ THOUVENIN/DORIGO (Fn. 10), N 14.

¹² Vgl. THOUVENIN/DORIGO (Fn. 10), N 15.

¹³ Offizieller Starbucks Pinterest Profilname, pinterest.com/starbucks/.

¹⁴ Twitter Handle eines offiziellen (verifizierten) Starbucks-Twitter-Kontos, twitter.com/Starbucks.

¹⁵ Offizielle Facebook Seite von Starbucks. Seit April 2012 erstellt Facebook für private Nutzer automatisch Vanity URLs. Unternehmen müssen/können ihre Vanity URL selber einrichten (vgl. www.facebook.com/help/409473442437047/). Vor Einrichtung einer Vanity URL besteht die URL der Seite/des Profils aus einer automatisch generierten Zahlen- und Buchstabenfolge. Die Möglichkeit, Vanity URLs einzurichten, besteht auch bei G+, plus.google.com/+starbucks.

¹⁶ Das gilt bei Facebook- oder G+-Seiten nur für die Vanity URLs, nicht aber allgemein für Namen für Gruppen oder Seiten.

¹⁷ THOUVENIN/DORIGO (Fn. 10), N 29 ff.

¹⁸ THOUVENIN/DORIGO (Fn. 10), N 19.

¹⁹ THOUVENIN/DORIGO (Fn. 10), N 10.

²⁰ THOUVENIN/DORIGO (Fn. 10), N 10.

²¹ E. MARBACH, Markenrecht, SIWR III, 2. Aufl., Basel 2009, N 1528.

²² Bspw. Fanseite betrieben von einem Unternehmen im Bereich Handel mit Merchandisingprodukten und Verknüpfung der Seite mit den entsprechenden Aktivitäten.

²³ Beispielsweise wenn die Marke dem Namen einer natürlichen Person oder einer juristischen Person des ZGB (Verein, Stiftung) entspricht.

Nutzungsbedingungen mitunter detailliert, welche Angaben Profilnamen und Seitenbezeichnungen enthalten dürfen bzw. müssen. Twitter beispielsweise schreibt in seinen Nutzungsbedingungen in Bezug auf «Fanseiten» vor, dass aus den Angaben im Profil eines jeden Accounts eindeutig hervorgehen muss, dass es sich bei dem Account nicht um das Unternehmen handelt, welches bzw. dessen Marke das Thema des betreffenden Kontos ist. Twitter empfiehlt Inhabern solcher Konten, für die Bezeichnung des Kontos bzw. für den Profilnamen nicht die Marke oder den anderweitig geschützten Namen des betreffenden Unternehmens zu verwenden. Twitter verlangt des Weiteren, dass in der Profilbeschreibung eine Erklärung angefügt wird, aus welcher hervorgeht, dass der entsprechende Account nicht versucht, sich die Identität eines anderen anzueignen. Als Beispiele für solche Formulierungen nennt Twitter: «Kein offizieller Account», «Fan Account», oder «Kein Bezug zu...». Es handelt sich hierbei nur um Vorschläge und gemäss den Nutzungsbedingungen von Twitter können Nutzer auch andere Bezeichnungen wählen, um eine Herkunftstäuschung oder Verwechslungsgefahr zwischen dem Account und einer Marke oder einem Unternehmen zu vermeiden²⁴.

Instagram führt in seinen Nutzungsbedingungen lediglich aus, dass die Benutzung einer markenrechtlich geschützten Bezeichnung keinen Verstoss gegen die Markenschutzrichtlinien von Instagram darstellt, wenn die Verwendung der Bezeichnung nicht mit dem Produkt oder der Dienstleistung in Zusammenhang steht, für die die Marke registriert ist. Streng genommen steht eine Fanseite für eine Marke in Zusammenhang mit dem betreffenden Produkt oder den betreffenden Dienstleistungen, das heisst, die Verwendung wäre nach den Nutzungsbedingungen eigentlich nicht zulässig.

3. Marken am «Pranger»

Nebst den oben erwähnten sozialen Netzwerken gibt es Bewertungsplattformen, welche Nutzer einladen, Unternehmen sowie deren Produkte und Dienstleistungen zu bewerten. Ein Beispiel ist die Xing zugehörige Plattform Kununu²⁵. Dort können Mitarbeiter und Bewerber das Unternehmen bewerten und ihre Erfahrungen vermerken. Solche Bewertungsplattformen sind typische Beispiele für einen nicht kennzeichenmässigen, informativen Markengebrauch, welcher die Rechte von Markeninhabern grundsätzlich nicht tangiert. Ansprüche können sich aber aus dem Lauterkeitsrecht, dem Strafrecht und/oder Persönlichkeitsrecht ergeben, wenn unrichtige, täuschende oder unnötig herabsetzende Informationen verbreitet werden²⁶.

4. Automatisch generierte Profile

Vereinzelte Plattformen erstellen automatisch Profilseiten für Unternehmen. Dies ist bei Facebook, aber auch bei sozialen Netzwerken zur Pflege von Geschäftskontakten wie LinkedIn²⁷ und Xing der Fall. Bei Xing wird ein automatisches Unternehmensprofil erstellt, sobald 5 oder mehr Mitarbeiter bei Xing angemeldet sind und das Unternehmen als Arbeitgeber angemeldet haben²⁸. Die Unternehmensinformationen werden jeweils aus den Informationen der Mitarbeiterprofile zusammengestellt.

Es stellt sich die Frage, ob im Zusammenhang mit automatisch generierten Profilen markenrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können. Bei automatisch generierten Unternehmensprofilen kann argumentiert werden, dass die Markenverwendung auf eine wirtschaftliche Betätigung gerichtet ist und deshalb eine gewerbsmässige Nutzung vorliegt. Es stellt sich aber die Frage, ob ein kennzeichenmässiger Gebrauch vorliegt. Sofern aus den Profilen klar hervorgeht, dass es sich um ein automatisch generiertes Profil handelt, dürfte ein nicht kennzeichenmässiger Gebrauch vorliegen, da die Marke lediglich zur Informationsvermittlung verwendet wird (ähnlich einem Eintrag in einem Telefonbuch/Branchenverzeichnis). Bei den Einträgen auf LinkedIn findet sich auf einer automatisch generierten Seite entsprechend der Vermerk: «Dieses LinkedIn Unternehmensprofil wurde von LinkedIn er-

²⁴ Der in der Schweizer Twitter-Community bekannte Account @CoopKinder verwendet beispielsweise keinen der von Twitter vorgeschlagenen Hinweise, sondern führt im Profil folgenden Beschrieb: «i Von CoopKindSM zu CoopKind – zwangsläufig – da #Coop auf SoMe inexistent ist. #Konsumentendienst ist Mo.–Fr. 9–18:30 Uhr über 0848888444 zu erreichen.» Gleichzeitig verweisen sie auf die Facebook-Seite facebook.com/CoopKinder.

²⁵ www.kununu.com

²⁶ Vgl. THOUVENIN/DORIGO (Fn. 10), N 34 zum redaktionellen Gebrauch.

²⁷ Beispiel: www.linkedin.com/company/dead-knife-records.

²⁸ Siehe www.xing.com/pdf/xing_companyprofiles_201207_de.pdf. Das Profil kann vom Unternehmen übernommen werden. Das Basisangebot ist kostenlos, daneben existieren zwei kostenpflichtige Abonnements.

stellt und bezieht sich auf [Unternehmen X]. Diese Seite wird nicht von [Unternehmen X] unterstützt bzw. ist nicht mit dem Unternehmen assoziiert»²⁹.

Automatisch generierte Profile können aber aus lauterkeitsrechtlicher Sicht problematisch sein, wenn die darin enthaltenen Informationen nicht der Wahrheit entsprechen oder Informationen enthalten, die sich nicht in öffentlich zugänglichen Basisinformationen zum Unternehmen erschöpfen, sondern aus weitergehenden unternehmensexternen Informationen zusammensetzen und dadurch ein falscher Eindruck über das Unternehmen geschaffen wird. Ein Gericht in Deutschland hat die automatische Erstellung von Unternehmensprofilen durch Xing aus wettbewerbsrechtlicher Sicht für problematisch eingestuft. Im konkreten Fall reagierte Xing nicht auf die Aufforderung eines betroffenen Unternehmens, das automatisch generierte Unternehmensprofil wieder zu löschen. Das Unternehmen störte sich insbesondere daran, dass private Informationen der Mitarbeiter (u.a. Hobbies) mit dem Unternehmensprofil verknüpft waren. Der Richter befand den automatischen Eintrag aus zweierlei Gründen für problematisch: Einerseits sei es wenig repräsentativ für das Unternehmen, wenn aus wenigen Einträgen von Mitarbeitern ein ganzer Firmenauftritt entwickelt werde. Eigenschaften, Talente und Hobbies der Mitarbeiter spiegelten nicht das Unternehmen wider. Des Weiteren setze Xing Unternehmen mit den automatisch generierten Profilen mittelbar unter Druck, selber Mitglied bei Xing zu werden, denn nur als Mitglied kann das Unternehmen das Profil selber bearbeiten und kontrollieren³⁰. Ein richterlicher Entscheid über die Frage erging jedoch nicht, denn der Prozess endete mit einem Vergleich³¹.

III. Markenmanagement und -verteidigung in Social Media

Social Media Monitoring dürfte immer mehr zum Bestandteil des alltäglichen Markenmanagements werden. Bei Feststellen einer Markenrechtsverletzung stellt sich die Frage, wie die Markeninhaberin ihr Recht am besten durchsetzen kann bzw. welche rechtlichen und faktischen Probleme ihr dabei begegnen.

1. Gerichtliche Durchsetzung

Anspruchsgegner ist grundsätzlich der direkte Verletzer, d.h. der Nutzer, der die Marke unzulässigerweise verwendet. Hier besteht häufig das Problem, dass der Markeninhaber die Identität des Nutzers nicht in Erfahrung bringen kann, weil nicht genügend Informationen im betreffenden Nutzer- oder Seitenprofil hinterlegt sind. Der Plattformbetreiber kann ebenfalls Anspruchsgegner sein³². Für Schweizer Markeninhaber hat dies regelmässig den Nachteil, dass das betreffende Unternehmen im Ausland ansässig ist und in der Schweiz über keine Niederlassung verfügt. Entsprechend umständlich und zeitaufwendig gestaltet sich ein gerichtliches Vorgehen. Ist der betreffende Markeninhaber zudem selber Plattformnutzer, so gelten für ihn die entsprechenden Gerichtsstandsklauseln in den AGB der Plattformbetreiber³³. Diese sehen ausnahmslos einen Gerichtsstand an ihrem Sitz und die Wahl ihres Heimatrechts vor. Im Beispiel von Facebook wird als zuständiges Gericht in den AGB das Gericht in Santa Clara County im Bundesstaat Kalifornien festgelegt, anwendbares Recht ist ebenfalls das entsprechende Recht des Bundesstaates Kalifornien³⁴.

2. Meldestellen der Plattformen

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Plattformbetreiber aus Haftungs- wie wohl auch Imagegründen kein Interesse an einer rechtsverletzenden Nutzung ihrer Plattform haben. Die sehr ausführlichen AGB und Nutzungsbedingungen bzw. -beschränkungen sind ein Beleg dafür. Die Masse der auf

²⁹ Siehe Fn. 27.

³⁰ Entscheid des Landgerichts Nürnberg-Fürth i.S. Tintschl vs. Xing, zusammengefasst in den Beiträgen «Erlanger Richter verwiesen Xing in die Schranken» der Nürnberger Nachrichten Online, abrufbar unter www.nordbayern.de/nuernberger-nachrichten/wirtschaft/erlanger-richter-verwiesen-xing-in-die-schranken-1.1229209 sowie «Gericht: Automatisches Unternehmensprofil in Xing muss nicht hingenommen werden» auf Heise Online, abrufbar unter www.heise.de/jobs/meldung/Gericht-Automatisches-Unternehmensprofil-in-Xing-muss-nicht-hingenommen-werden-1243749.html.

³¹ Fn. 30.

³² Vgl. BGer vom 14. Januar 2013, 5A_792/2011, i.S. Tribune de Genève.

³³ Gegenüber Unternehmen sind die AGB nach Ansicht der Autorin durchsetzbar (gültige Übernahme in den Vertrag vorausgesetzt), vgl. C. KELLER, AGB von Social-Media-Plattformen, medialex 2012, 193 f.

³⁴ Näheres zur «Gerichtsstandsklausel in den AGB von Facebook aus schweizerischer Sicht» im Beitrag von C. ARNOLD, SZIER 2012, 613.

den Plattformen durch Nutzer bereitgestellten Inhalte machen eine Vorprüfung dieser Inhalte auf Rechtskonformität und mögliche Verletzung von Drittrechten unmöglich³⁵.

Eine Alternative zu einem gerichtlichen Verfahren bieten die von den Plattformbetreibern zur Verfügung gestellten automatisierten/standardisierten Meldeverfahren. Wie oben erwähnt, kann eine solche Meldung auch in Fällen zu Erfolg führen, in welchen keine eigentliche Markenrechtsverletzung vorliegt, sprich ein Gerichtsverfahren wenig aussichtsreich wäre³⁶. Belegt der Markeninhaber seine Rechte entsprechend den Anforderungen des Plattformbetreibers, folgt in der Regel die Deaktivierung der beanstandeten Inhalte bzw. Sperrung des Zugangs zu den Konten. Teilweise ist auch die Übertragung der Konten bzw. Administratorenrechte auf den Markeninhaber vorgesehen.

Bei Facebook muss die eine Markenrechtsverletzung meldende Person in der «Beschwerde» nebst den vollständigen Kontaktdaten (vollständiger Name, Anschrift und Telefonnummer) die Marke, deren Registrierungsnummer sowie deren sachlichen und geografischen Schutzbereich auflisten. Sodann ist das markenverletzende Material zu lokalisieren (bspw. mittels direkter URL) und die Verletzung als solche zu substantizieren. Die meldende Person muss zudem bestätigen, dass die in der Beschwerde gemachten Angaben korrekt sind und sie Inhaberin der betreffenden Marke bzw. deren rechtmässiger Vertreter ist. Facebook stellt für solche Beschwerden ein Online-Formular zur Verfügung³⁷. Facebook behält sich vor, dem betroffenen Nutzer die Kontaktdaten des Beschwerdeführers sowie den Inhalt der Beschwerde offenzulegen. Grundsätzlich sieht Facebook bei einer Verletzungsmeldung vor, dass das betreffende Material entfernt oder der Zugriff darauf gesperrt wird. Gemäss Aussagen eines Rechtsvertreters von Facebook stellt die Verwendung des Online-Formulars die schnellstmögliche Bearbeitung durch Facebook sicher. Bei Verwendung des Online-Formulars und bei Vorliegen vollständiger und plausibler Informationen erfolge eine Reaktion in der Regel innert 24 Stunden³⁸.

Twitter nimmt ebenfalls Meldungen mittels Standardformular³⁹ entgegen und verlangt im Wesentlichen dieselben Angaben wie Facebook. Als mögliche Massnahmen gegen ein markenverletzendes Twitterkonto nennt der Plattformbetreiber die Sperrung des Kontos. Für Markeninhaber besonders interessant ist der in den AGB von Twitter enthaltene Vorbehalt, Benutzernamen zur aktiven Nutzung durch den Markeninhaber freizugeben⁴⁰. Solche Übertragungen finden offenbar auch ohne Anhörung des betroffenen Nutzers statt, wie ein Experiment eines Twitter-Nutzers zeigte. Dieser wollte prüfen, wie lange ein Account Squatting vom Markeninhaber unbemerkt bleibt. Zu diesem Zweck richtete er sich ein Twitter-Konto mit dem Benutzernamen @HJ_Heinz ein und verwendete Bilder von Heinz Ketchup Flaschen als Profilbild. Dazu fügte er im Profilbeschrieb den Link zur offiziellen Unternehmensseite der H.J. Heinz Company und den Satz «News, recipe ideas & fun facts for all things Heinz.» an. Während einer Zeit von etwa zwei Wochen konnte der Nutzer sein Twitter-Konto unbehelligt verwenden, bis Twitter ohne Vorwarnung und ohne Rücksprache mit ihm seinen Benutzernamen auf @NOThj_Heinz änderte und das Profilbild, den Link zur Unternehmenswebsite von H.J. Heinz Company sowie den Satz «News, recipe ideas & fun facts for all things Heinz» entfernte. Twitter teilte ihm offenbar mit, dass der Benutzername @HJ_Heinz gegen die Twitter Nutzungsbedingungen verstosse und deshalb Änderungen an seinem Konto vorgenommen worden seien⁴¹.

³⁵ Eine entsprechende Forderung nach einer Pflicht für Social-Network-Betreiber zur Installation von Filtersoftware zur Verhinderung eventueller Urheberrechtsverletzungen durch Nutzer hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Entscheid «Sabam vs Netlog NV» abgewiesen. Gemäss EuGH kann ein Betreiber nicht gezwungen werden, ein alle Nutzer erfassendes Filtersystem einzurichten. Es müsse in diesen Fällen eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Urheberrechts einerseits und der Berufsfreiheit, der Informationsfreiheit sowie dem Datenschutz andererseits vorgenommen werden. Entscheid abrufbar unter curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5006d38aae9744681892c9ed97db8cba2.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahiQe0?doclang=DE&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=119512&occ=first&dir=&cid=1013522.

³⁶ Vgl. oben Abschnitt II.2 Fanseiten.

³⁷ www.facebook.com/help/440684869305015/.

³⁸ Die Genehmigung zur Verwendung der Aussage für diesen Artikel wurde explizit eingeholt.

³⁹ support.twitter.com/forms/trademark.

⁴⁰ support.twitter.com/groups/56-policies-violations/topics/236-twitter-rules-policies/articles/84341-markenverletzung#.

⁴¹ Details siehe Blogbeitrag «My Life as H.J. Heinz: Confessions of a Real-Life Twitter Squatter» von MICHAEL WELCHER, abrufbar unter adage.com/article/guest-columnists/social-media-confessions-a-real-life-twitter-squatter/142108/. Auch Pinterest verfügt über eine «Trademark Complaints»-Seite und vermerkt zu Markenrechtsverletzungen folgende mögliche Massnahmen: «Accounts with usernames, Pin Board names, or any other content that misleads others or violates another's trademark may be updated, transferred or permanently suspended.» Pinterest sieht folglich ebenfalls die Möglichkeit der Übertragung von Konten vor (siehe about.pinterest.com/trademark/ mit weiterführendem Link zum Trademark Complaints Formular).

3. Verifizierung von Seiten

Für Nutzer wie auch die Plattformbetreiber ist es von Interesse, offizielle Profile und Seiten möglichst transparent zu kennzeichnen. Plattformbetreiber haben daher Verifizierungsmechanismen eingefügt, die eine entsprechende Kennzeichnung von Seiten und Profilen mit sich führt. Bei Twitter besteht die Möglichkeit, sein Twitter-Konto verifizieren zu lassen. Das entsprechende Profil wird mit einem Häkchen in einem blauen Feld markiert⁴². Dieses Verifikationsverfahren steht aber nur ausgewählten Nutzern zur Verfügung und setzt voraus, dass es sich beim Antragsteller um den Inhaber einer sehr bekannten Marke handelt⁴³. Bei Google Plus werden geprüfte Seiten mit einem Häkchen in einem weissen Wappenschild gekennzeichnet⁴⁴. Um in den Genuss einer solchen Kennzeichnung zu kommen, muss die betroffene Google+ Seite vom betreffenden Unternehmen bzw. dem Markeninhaber autorisiert sein. Im Profil ist zwingend ein Link zur Website des Unternehmens einzufügen und die Website des Unternehmens muss mit der betreffenden Google+ Seite verknüpft werden (durch Hinzufügen der Google+ Box⁴⁵ oder eines Code-Snippets)⁴⁶. Weitere Voraussetzung ist zudem, dass die betroffene Seite bereits «eine grössere Anzahl Follower» hat, d.h., die Verifizierung kann nicht unmittelbar nach erstellen der Seite erfolgen⁴⁷. Facebook hat kürzlich ebenfalls solche «bestätigte Seiten» eingeführt, wobei diese Bestätigung bekannten öffentlichen Persönlichkeiten und Seiten mit vielen Abonnenten (unter anderem nennt Facebook «beliebte Marken und Unternehmen» als Zielgruppe solcher bestätigten Seiten) vorbehalten ist⁴⁸. Diese bestätigten Seiten werden ähnlich wie bei Twitter mit einem Häkchen in einem blauen Kreis gekennzeichnet. Facebook verifiziert Seiten selbständig, d.h., eine Verifizierung kann nicht beantragt werden⁴⁹.

Für Markeninhaber, die von den Plattformbetreibern für diese Verifizierungsverfahren zugelassen werden, besteht daher die Möglichkeit, eine Abgrenzung zu Seiten zu schaffen, welche sie nicht aufgrund markenrechtlicher oder anderer Ansprüche sperren lassen können. Diese Möglichkeit ist gemessen an der Anzahl Nutzer der Plattformen derzeit nur einem kleinen Kreis von Unternehmen und Personen gegönnt und es wäre wünschenswert, dass diese Verifizierungsmöglichkeit einem breiten Kreis von Nutzern gewährt wird.

IV. Empfehlungen

Ein umfassendes Markenmanagement und -monitoring muss heutzutage Social Media mitberücksichtigen. Sei es, weil der Markeninhaber eine eigene Social-Media-Präsenz pflegt oder aufbauen möchte oder sei es ausschliesslich zur Markenüberwachung ohne eigene Social-Media-Präsenz. Markeninhabern möchte ich daher abschliessend folgende Empfehlungen in Bezug auf das Markenmanagement in Social Media mitgeben.

1. Status quo evaluieren

In einem ersten Schritt empfiehlt sich die Evaluierung des Status quo, um festzustellen, welche Profil- oder Seitennamen und in welcher Form besetzt sind⁵⁰.

⁴² Beispiel: twitter.com/Starbucks.

⁴³ Siehe support.twitter.com/groups/31-tweet-basics/topics/111-features/articles/119135-about-verified-accounts#, wobei Twitter offenbar proaktiv Nutzer angeht und eine Verifikation vornimmt («Twitter proactively verifies accounts on an ongoing basis to make it easier for users to find who they're looking for. We concentrate on highly sought users in music, acting, fashion, government, politics, religion, journalism, media, advertising, business, and other key interest areas. We verify business partners from time to time and individuals at high risk of impersonation.»).

⁴⁴ plus.google.com/+starbucks/posts.

⁴⁵ Vergleichbar mit dem Facebook Like Button.

⁴⁶ Die Einbindung der Google Box bzw. des Code Snippets hat zur Folge, dass Google Daten von Besuchern der Website übermittelt werden (vgl. support.google.com/webmasters/bin/answer.py?hl=de&answer=1708844), was aus datenschutzrechtlicher Sicht wiederum problematisch sein kann bzw. eine entsprechende Information der Webseitenbesucher voraussetzt.

⁴⁷ Siehe support.google.com/plus/contact/page_verification?hl=de&rd=1.

⁴⁸ Als Beispiel siehe www.facebook.com/starbucks.

⁴⁹ Siehe Help Center von Facebook: www.facebook.com/help/196050490547892.

⁵⁰ Dafür gibt es verschiedene Tools, bspw. www.namecheck.com, www.namechk.com, www.checkusernames.com, www.namechecklist.com und weitere. Die Google-Suche «site:facebook.com [Markenname]» ermöglicht die Suche nach Facebook-Seiten ohne eigenes Facebook-Profil.

2. Entscheid betreffend freie Profil-/ Seitennamen treffen

Sind sie noch nicht besetzt, stellt sich die Frage, ob der Markeninhaber die entsprechenden Namen «sichern» und sich registrieren soll. Ein Registrieren auf Vorrat wird zum Teil empfohlen⁵¹. Wenn das betreffende Unternehmen auf Social Media präsent ist oder ein Aktivwerden in absehbarer Zeit plant, erscheint es sinnvoll, freie Profil- und Seitennamen unverzüglich zu besetzen. Ist keine Social-Media-Präsenz geplant, scheint es aus rein rechtlicher Sicht auf den ersten Blick vielleicht opportun, die entsprechenden Namen zu sichern. Aus Sicht der Markenpflege könnte es aber sinnvoller sein, es weiterhin beim Monitoring zu belassen, ohne selber Profile und Seiten zu registrieren. In Social Media herrscht die Erwartung einer Austausch- und Kommunikationsbereitschaft. Wird diese Erwartung nicht erfüllt, kann sich dies schnell negativ auf das Markenimage auswirken, insbesondere wenn Anfragen von Nutzern ins Leere gehen, Kommentare unbeantwortet und Seiten ohne Inhalt bleiben. Der vermeintliche Vorteil, sich später keinem Streit bezüglich eines Profils bzw. einer Seite aussetzen zu müssen, kann sich dannzumal auch schnell in einen Nachteil kehren. Hinzu kommt, dass das Registrieren eines Profils bzw. einer Seite nicht unbedingt deren Bestand sichert. Bei Twitter behält sich der Plattformbetreiber beispielsweise vor, Accounts zu löschen, die länger als 6 Monate inaktiv sind. Der entsprechende Twitter Handle wird in einem solchen Fall und unter Umständen ohne vorherige Notifikation des Profilinhabers gelöscht und damit wieder zur Nutzung freigegeben⁵².

3. Nutzung der Marke durch Dritte für Profile und Seiten prüfen

Wird die eigene Marke von Dritten für einen Social-Media-Auftritt verwendet, so ist zunächst zu prüfen, ob eine Markenrechtsverletzung, sprich eine kennzeichenmässige Nutzung im geschäftlichen Verkehr vorliegt oder nicht. Je nach Ergebnis und je nachdem, welche Informationen zum betreffenden Nutzer erstellt werden können, empfiehlt sich eine aggressivere bzw. weniger aggressive Vorgehensweise. Neben den rechtlichen Überlegungen sind insbesondere auch mögliche Reputationschäden bei einem aggressiven Vorgehen in Erwägung zu ziehen. Die Drohung mit dem juristischen Hammer dürfte nämlich häufig zu einer Gegenwehr führen, die sich bei erfolgreichen Profilen/Seiten reputationsmässig zum Bumerang entwickelt. Die in der Presse häufig erwähnten Beispiele von «Shitstorms» zeigen, dass sich die Begeisterung der Massen auch schnell in das Gegenteil umwandeln kann.

4. Kontaktnahme mit dem Nutzer oder dem Plattformbetreiber

Ist unklar, ob eine Markenrechtsverletzung zu bejahen ist oder besteht – was in der Praxis nicht selten vorkommt – sogar ein Interesse, den Nutzer in irgendeiner Form in das eigene Community Management einzubinden, empfiehlt es sich, den direkten Kontakt mit dem betreffenden Nutzer zu suchen. Fruchtet eine solche Kontaktnahme nicht oder erscheint sie von vorneherein aussichtslos (bspw. bei offensichtlich bösgläubiger Nutzung des Profils/der Seite), so bestehen gute Chancen, dass eine Meldung an den Plattformbetreiber zur Löschung des Profils/der Seite bzw. Übertragung an den Markeninhaber führt⁵³. Voraussetzung hierfür ist, dass ein Anspruch besteht, der gegenüber dem Plattformbetreiber begründet wird, und im Übrigen die Meldung an den Plattformbetreiber gemäss dessen standardisiertem Meldesystem erfolgt und alle notwendigen Angaben enthalten sind.

5. Anwaltliches/gerichtliches Vorgehen

Sollte weder die direkte Kontaktnahme mit dem Nutzer noch dem Plattformbetreiber zu einem Ergebnis führen, so bleibt einem Markeninhaber zur Durchsetzung seiner Rechte nur noch der Gang an die Gerichte. Hierbei ist je nach Sachverhalt und involvierten Parteien in der Regel wohl ein langer Atem notwendig⁵⁴.

⁵¹ C. ULBRICHT, Social Media und Recht, Praxiswissen für Unternehmen, Freiburg/München 2012, 16.

⁵² Siehe Twitter Richtlinien, abrufbar (ohne Anmeldung) unter support.twitter.com/groups/56-policies-violations/topics/236-twitter-rules-policies/articles/105572-inaktive-benutzernamen#.

⁵³ Wie der Autorin an diversen Diskussionsveranstaltungen zum Thema Social Media zugetragen wurde, bestehen bei einigen Plattformen durchaus «Hintertürchen», die eine Art direktes «Kapern» von Seiten und Profilen ermöglicht, ohne dass eine entsprechende Meldung beim Plattformbetreiber erfolgen muss. Es kann sich daher lohnen, nebst dem Anwalt in solchen Fragen auch eine auf Social-Media-Fragen spezialisierte Agentur beizuziehen, um solche Vorgehensmöglichkeiten zu evaluieren.

⁵⁴ Siehe K.-J. SCHNEIDER-MARFELS, Facebook, Twitter & Co.: «Imperium in Imperio»: Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen gegen Host-Provider, Jusletter vom 20. Februar 2012 sowie zur Gültigkeit der Gerichtsstandsklauseln in

Zusammenfassung

Social Media kann für Unternehmen ein weiteres Instrument zur Markenförderung sein. Nicht nur Unternehmen haben Social Media für die Markenführung entdeckt, sondern auch Nutzer, die mittels «Fanseiten» ihre Begeisterung für eine bestimmte Marke zum Ausdruck bringen, oder Plattformbetreiber, die auf Bewertungsportalen von Nutzern Marken und Unternehmen bewerten lassen. Dort wo ein Dritter die fremde Marke in Social Media kennzeichenmässig und im geschäftlichen Verkehr verwendet, kann der Markeninhaber seinen Ausschliesslichkeitsanspruch geltend machen. Da es bei diesen Drittnutzungen auf Social Media aber häufig an einer solchen markenmässigen Nutzung fehlt, muss der Markeninhaber auf andere Rechtsgrundlagen wie das Urheberrecht, das Lauterkeitsrecht oder das Namensrecht zurückgreifen. Aufgrund der detaillierten Regelungen betreffend Verwendung von Drittmarken in den AGB der Plattformbetreiber dürfte aber der Weg über die jeweiligen Meldestellen der schnellste sein, um unerwünschte Markennutzungen zu unterbinden. Nebst den rechtlichen Instrumenten ist im Zusammenhang mit Massnahmen gegen die Nutzung der Marke durch Dritte auf Social Media auch besonderes Kommunikationsgeschick gefragt. Der Alltag zeigt, dass die Begeisterung der Massen sich auch schnell ins Gegenteil kehren kann (Stichwort Shitstorm). Massnahmen gegen eine unerlaubte oder unerwünschte Markennutzung können unter Umständen das aus rechtlicher Sicht korrekte Ergebnis erzielen, aber im Markt auf Unverständnis oder Gegenwehr stossen und sich so sehr negativ auf das Markenimage auswirken.

Résumé

Pour faire la promotion de leurs marques, les entreprises ont notamment recours aux médias sociaux. Elles ne sont toutefois pas les seules à avoir découvert ce média pour la gestion de leurs marques. Les internautes expriment leur sympathie pour une certaine marque sur des «fan pages» ou vont sur des plateformes d'évaluation pour échanger des informations sur des marques ou des entreprises. Lorsqu'un tiers fait usage de la marque d'autrui comme signe distinctif dans le cadre d'une activité commerciale par le moyen des médias sociaux, le titulaire de la marque peut invoquer son droit exclusif. Mais l'emploi de ces marques par des tiers dans les médias sociaux ne constitue généralement pas un usage en tant que marque. Aussi les titulaires doivent-ils recourir à d'autres bases légales comme le droit d'auteur, le droit de la concurrence déloyale ou le droit au nom. Or, les conditions générales des plateformes contiennent des dispositions concernant l'usage de marques de tiers, et c'est sur cette base que les titulaires trouveront le moyen le plus rapide pour faire cesser un usage non désiré de leurs marques. Mais pour enrayer l'usage d'une marque par un tiers dans les médias sociaux, la maîtrise de l'art de la communication est au moins aussi importante que le recours aux moyens juridiques. De nombreux exemples montrent que l'engouement du public peut brusquement se transformer en vague d'indignation («shitstorm» en anglais). Les mesures destinées à faire cesser un usage non autorisé ou non désiré d'une marque peuvent produire l'effet juridique escompté, mais être mal perçues par les consommateurs, voire se heurter à leur résistance, et avoir de ce fait un impact négatif sur l'image de la marque.

den AGB von Facebook gegenüber natürlichen (und nicht juristischen) Personen, ARNOLD (Fn. 34), 613 ff. Die Autorin geht davon aus, dass die AGB und die Gerichtsstandsklauseln gegenüber juristischen Personen Geltung haben (unter der Prämisse, dass die AGB Vertragsbestandteil geworden sind), vgl. auch KELLER (Fn. 33).