

*Marcin Zieliński* ■

## UWARUNKOWANIA PRAWNE ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA ODESŁANIA INTERNETOWE W NIEMCZECH

Trudno sobie wyobrazić, żeby prosty i niepozorny fragment kodu HTML<sup>1</sup>, który w gruncie rzeczy składa się na odesłanie hipertekstowe, popularnie zwanym hiperlinkiem, mógł być tak ważny i nieodzowny dla funkcjonowania globalnej sieci, zwanej World Wide Web. Element strony internetowej, który po najejchaniu na niego myszką sprawia, że standardowa strzałka kursora zamienia się w charakterystyczną „łapkę”, jest stałym elementem każdego portalu w sieci. Fenomen hiperlinku polega na jego prostocie i uniwersalności. Bez znaczenia jest bowiem, zarówno charakter informacji (fragment tekstu, plik muzyczny, zdjęcie, itp.), do której następuje odesłanie, jak też jej lokalizacja w obrębie globalnej sieci. Hiperlinki stanowią element spajający, łączący ze sobą pojedyncze komputery w coraz większe sieci, powodując, że Internet staje się faktycznie siecią globalną. Analizując problemy prawne związane z funkcjonowaniem hiperlinków, trzeba mieć zatem na uwadze wyjątkowe znaczenie tego narzędzia dla funkcjonowania Internetu. Z tej też racji szczególnie istotne jest, by nadmierne ograniczenia prawne w tym zakresie oraz zbyt restrykcyjna praktyka stosowania prawa nie odbiły się negatywnie na sprawności funkcjonowania Internetu, zaburzając pierwotne przeznaczenie hiperlinku, jako elementu konstrukcyjnego globalnej WWW<sup>2</sup>.

Każdy medal ma jednak dwie strony. Zamieszczone w sieci odesłanie zawsze bowiem kryje za sobą określoną motywację jego autora. Kierować nim może

<sup>1</sup> Ang. *Hyper-Text-Markup-Language*.

<sup>2</sup> T. Stadler, *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, str. 136, nb. 147.

np. chęć kształtowania opinii internautów poprzez odpowiedni dobór informacji, dostarczenie referencji dla uwiarygodnienia oraz pogłębienia informacji zamieszczanych we własnym serwisie, albo też względy bardziej merkantylne, takie jak chęć zwiększenia popularności własnej strony WWW (co uzyskuje się m.in. zamieszczając odesłania do często odwiedzanych stron w sieci), lub wreszcie osiągnięcie przychodów z tytułu banerów reklamowych (to też są hiperlinki) zamieszczanych na własnej stronie. Ten właśnie aspekt „linkowania”, świadoma decyzja dostawcy usługi elektronicznej (ISP) o zamieszczeniu odesłania oraz subiektywny wybór informacji docelowej, najczęściej przesądzać będzie o pojawieniu się kwestii odpowiedzialności autora linku.

W doktrynie niemieckiej najprostsza chyba definicję hiperlinku zaproponował T. Stadler, określając go jako „elektroniczne odesłanie do treści znajdującej się w innym miejscu”<sup>3</sup>. Zgodnie z tym opisem, niezależnie od rodzajów linków, o czym będzie mowa poniżej, ich zasadnicza funkcja zawsze będzie taka sama. Po aktywowaniu użytkownik zostanie przekierowany do innej informacji. Pod względem osiąganego skutku aktywowanie prostego linku nie różni się zasadniczo od manualnego wprowadzenia adresu w oknie przeglądarki<sup>4</sup>. Czynność zamieszczania hiperlinku łączy ze sobą element udostępniania informacji własnej (treść i forma odesłania) oraz element umożliwiania dostępu do informacji cudzej. Hiperlinki porównywane są do przypisów, stosowanych w publikacjach drukowanych<sup>5</sup>, albo do kart katalogowych w bibliotece<sup>6</sup>.

Elektroniczne odesłanie hipertekstowe składa się z kilku elementów. W języku HTML początek zapisu polecenia wykonania hiperlinku z reguły oznaczany jest symbolem „<a” , zaś koniec „a>”<sup>7</sup>. Ciąg znaków zawierający te dwa symbole jest rozpoznawany przez przeglądarkę jako odesłanie i (w trybie graficznym) z reguły automatycznie wyróżniany specjalnym kolorem. W treści skryptu, w cudzysłowach, podany jest adres url, do którego przypisana jest dana informacja, zaś po nim tzw. etykieta linku (ang. *link label*), czyli tekstowy lub graficzny opis danego hiperlinku (patrz: przykład 1 i 2 poniżej). W przedstawionym zakresie link nie jest więc niczym innym, jak informacją o tym, gdzie moż-

---

<sup>3</sup> T. Stadler, *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, str. 134, nb. 144.

<sup>4</sup> A. Mohr, *Internetspezifische Wettbewerbsverstöße*, Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft, Karlsruhe 2006, str. 110.

<sup>5</sup> T. Berners-Lee, *Links and Law*. Artykuł dostępny pod url: <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html>.

<sup>6</sup> M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 258.

<sup>7</sup> Litera „a” stanowi skrót od angielskiego słowa *anhor* (tłum. kotwica), wskazując miejsce, gdzie tekst odesłania zaczyna się i kończy.

na znaleźć daną treść<sup>8</sup>. Czymś w rodzaju elektronicznego przypisu, rozszerzonego jednak o możliwość bezpośredniego przywołania docelowej informacji na ekran komputera. Wspomniana etykieta linku stanowi jego tekstową lub graficzną oprawę, rodzaj wizualizacji. Możliwości „ubrania” linku w ten sposób są praktycznie nieograniczone. W najprostszej postaci może to być tekstowy zapis adresu url, do którego następuje odesłanie. Możliwe jest jednak przypisanie odesłania do dowolnego fragmentu tekstu, znaku graficznego (np. ikonki przedstawiającej logo firmy), lub zdjęcia (najczęściej w postaci tzw. *thumbnail*, czyli miniatutki oryginalnego zdjęcia). Warto zaznaczyć, że wspomniana etykieta linku nie jest w żaden sposób funkcjonalnie powiązana z adresem url, do którego link odsyła. Ta właściwość może być wykorzystywana w celu wprowadzenia w błąd osoby korzystającej z linku.

Mechanizm funkcjonowania wszystkich typów hiperlinków jest w zasadzie jednakowy. Po uaktywnieniu odesłania następuje przekierowanie do informacji „znajdującej się w innym miejscu”. Istotne różnice pojawiają się na gruncie sposobu prezentacji treści, do których linki te odsyłają, a więc na tle efektu widocznego na ekranie osoby, która uaktywniła link. W literaturze pojawiały się różnorodne koncepcje podziału hiperlinków. Najtrafniejszy z nich proponuje Tim Berners-Lee, współautor i pomysłodawca idei odesłań hipertekstowych<sup>9</sup>. Wyróżnia on dwa zasadnicze rodzaje odesłań:

- linki proste,
- linki osadzone w treści, tzw. *embedded links*.

Linki proste powodują, że w oknie przeglądarki użytkownika wyświetla się wprost informacja dostępna na innej stronie w sieci. Z kolei w wyniku aktywowania linku osadzonego nowa informacja wyświetla się w sposób wkomponowany w treść innej strony. W najprostszym przypadku jest to strona, z której nastąpiło odesłanie. W doktrynie wyróżnia się również inne typy linków, m.in. linki głębokie<sup>10</sup> (ang. *deep-links*), linki liniowe<sup>11</sup> (ang. *inline-links*) lub tzw.

<sup>8</sup> T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 25.

<sup>9</sup> T. Berners-Lee, *Links and Law*. Artykuł dostępny pod url: <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html>.

<sup>10</sup> Linki odsyłające do podstrony innego serwisu niż ten, w którym zamieszczone zostało odesłanie. Przekierowanie odbywa się z pominięciem strony głównej i całej struktury strony zawierającej informację docelową, w wyniku czego na ekranie użytkownika wyświetla się od razu informacja, do której chciał odesłać autor linku.

<sup>11</sup> Linki, które powodują wyświetlenie informacji w dodatkowym okienku, bez przekierowywania na inną stronę (przypomina to pojawienie się tzw. „chmurki” tekstu w komunikacji). Linki te z reguły służą wyświetlaniu informacji reklamowych. Bardzo często do

ramki<sup>12</sup> (ang. *frames*). Postrzegając jednak powyższe rozróżnienia linków przez pryzmat skutku wizualnego, jaki zostaje osiągnięty w wyniku aktywowania linku, można przyjąć, że stanowią one jedynie modyfikację wspomnianej wyżej koncepcji T. Bernersa-Lee.

Odpowiedzialność związana z hiperlinkami może dotyczyć kilku różnych aspektów tej usługi. Po pierwsze, znamiona bezprawności może nosić informacja, do której następuje odesłanie (np. jeżeli link przekierowuje użytkownika do treści nawołujących do przemocy lub naruszających dobra osobiste). Przesłanki czynu niedozwolonego może jednak spełniać już sama czynność zamieszczania linku, nawet w sytuacji, gdy informacja, do której następuje odesłanie, jest legalna<sup>13</sup>. Bezprawność takiego działania wynika najczęściej z regulacji prawa autorskiego lub prawa własności przemysłowej<sup>14</sup>. Nie bez znaczenia jest w takich sytuacjach to, w jaki sposób wyświetlane są informacje docelowe na komputerze użytkownika aktywującego link. Odesłania powodujące wizualnie wkomponowanie informacji w układ graficzny strony, na której zamieszczony został hiperlink (np. linki osadzone w treści, m.in. *in-line* lub *frames*), mogą powodować wprowadzenie użytkownika w błąd co do autorstwa wyświetlanych informacji. Bezprawność linkowania może również wiązać się z etykietą linku, tzn. z elementem tekstowym lub graficznym, do którego link został on przypisany. Przykładowo, znak graficzny, na który należy kliknąć, aby uaktywnić link, może być chroniony na mocy prawa znaków towarowych. Bezprawność linkowania może oczywiście wynikać również z kombinacji opisu hiperlinku oraz treści, do której link ten odsyła<sup>15</sup>.

Istotne znaczenie przy ocenie prawnej odpowiedzialności za hiperlinki odgrywa czynnik czasu. Podmiot linkujący co do zasady nie posiada bowiem wpły-

---

ich aktywowania nie jest konieczne kliknięcie myszką, lecz wystarczy najechanie na odesłanie kursorem.

<sup>12</sup> Linki, powodujące wyświetlenie informacji znajdującej się na innej stronie, lecz informacja ta jest „wkomponowywana” w graficzny układ strony, na której zamieszczony został link (jak w ramce).

<sup>13</sup> T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 6.

<sup>14</sup> Przykład 1: link do strony WWW innej firmy, o ugruntowanej renomie i pozycji na rynku, zamieszczony na stronie innej firmy, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. W pewnych okolicznościach takie działanie może bowiem stwarzać pozory, że zamieszczający odesłanie pozostaje w jakimś związku z firmą, do której strony linkuje. Przykład 2: zamieszczenie znacznej ilości odesłań, z których każdy odsyła do niewielkiego fragmentu dostępnej nieodpłatnie bazy danych, może spowodować naruszenie praw jej autora, w szczególności jeżeli informacje są prezentowane w sposób mylnie sugerujący ich autorstwo.

<sup>15</sup> T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2/2003, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 7.

wu na treść informacji, do której zamieszcza odesłanie. Możliwe jest więc, że po zamieszczeniu hiperlinku informacja docelowa zostanie zmieniona na bezprawną, skutkując tym, że udostępnianie początkowo legalnego linku zacznie spełniać przesłanki czynu niedozwolonego. Istotne jest również to, że wspomniana zmiana informacji docelowej może się odbyć bez wiedzy osoby, która wcześniej zamieściła do niej hiperlink. Podkreśla się więc, że po zamieszczeniu hiperlinku jego autor nie ma obowiązku monitorowania informacji, do której link ten odsyła<sup>16</sup>.

Regulacje prawne odwołujące się wprost do warunków dopuszczalności zamieszczania hiperlinków należą do rzadkości. Zagadnienie odpowiedzialności nie zostało uregulowane w niemieckiej ustawie o telemediach z 2007 r. (dalej: TMG)<sup>17</sup>, brak jego również w polskiej ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną z 2002 r. (dalej: u.ś.u.d.e.).<sup>18</sup> Należy jednak zaznaczyć, że trwają prace nad nowelizacją polskiej ustawy, przewidujące m.in. wprowadzenie regulacji wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych zamieszczających hiperlinki oraz oferujących wyszukiwarki internetowe.

Regulacji odpowiedzialności za zamieszczenie hiperlinków nie zawiera również wspólnotowa Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dalej: e.c.d.)<sup>19</sup>, dla implementacji której uchwalone zostały powyższe narodowe akty prawne. Warto przy tym podkreślić, że prawodawca wspólnotowy świadomie zdecydował się tymczasowo nie regulować odpowiedzialności z tytułu zamieszczania hiperlinków oraz funkcjonowania wyszukiwarek internetowych, co wynika z art. 21 ust. 2 e.c.d.<sup>20</sup> Powstrzymując się do regulacji,

<sup>16</sup> S. Ott, *Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet*, „Zeitschrift für Urheber und Medienrecht“ 2008, nr 7, str. 561.

<sup>17</sup> Uchwalona jako część ustawy Informations- und Kommunikationsdienstegesetz z 28.07.1997 r. (BGBl. I, str. 1870 i n.).

<sup>18</sup> Dz.U. Nr 144, poz. 1204.

<sup>19</sup> Dz.U.UE L z dnia 17 lipca 2000 r.

<sup>20</sup> Dyrektywa zobowiązywała jednocześnie Komisję Europejską do przedstawiania cyklicznych sprawozdań z jej stosowania, których celem miało być dostosowanie regulacji do nowych rozwiązań prawnych, technicznych i gospodarczych w dziedzinie usług społeczeństwa informacyjnego. Sprawozdania te miały w szczególności doprowadzić do opracowania propozycji co do regulacji problematyki hiperlinków oraz wyszukiwarek informacji w sieci. Jak dotąd Komisja działa z opóźnieniem, sporządziwszy zaledwie jedno takie sprawozdanie, które zostało zaprezentowane 21.11.2003 r. Drugie sprawozdanie miało zostać przedstawione do końca 2007 r. [por. Pierwszy raport Komisji dla Europejskiego Parlamentu, Rady oraz Europejskiej Komisji Gospodarki i Spraw Socjalnych w sprawie zastosowania Dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicz-

prawodawca wspólnotowy zachęcił jednocześnie państwa członkowskie do podejmowania prób ujęcia tej problematyki w ramy prawne we własnym zakresie. Z możliwości tej skorzystali, jak dotychczas, prawodawcy: Austrii, Liechtensteinu, Hiszpanii oraz Portugalii.

Według dominującego w niemieckiej doktrynie stanowiska, implementacja regulacji e.c.d. w Niemczech spowodowała zmianę stanu prawnego w odniesieniu do kwalifikacji prawnej hiperlinków. Wcześniej przyjmowano, że regulacja wyłączenia odpowiedzialności ISP, zawarta w obowiązującej od 1997 r. ustawie o teleusługach (dalej: TDG)<sup>21</sup>, znajduje zastosowanie w tych przypadkach. Na gruncie tej regulacji wytworzył się znaczny dorobek orzecznictwa i doktryny<sup>22</sup>. Uchwalając w 2001 r. całkowicie nowe brzmienie TDG<sup>23</sup>, dostosowując tę regulację do wymagań wynikających z konieczności realizacji celów wyrażonych w e.c.d., ustawodawca niemiecki wyraźnie wykluczył z zakresu stosowania nowej regulacji usługi polegające na zamieszczaniu hiperlinków oraz oferowaniu wyszukiwarek internetowych. W szczególności dotyczyło to przepisów rozdziału 3 TDG z 2001 r., które przewidywały możliwość wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych. W uzasadnieniu do projektu TMG z 2001 r., postrzeganego jako nieformalny komentarz do tej regulacji, Rząd Federalny stwierdził: „w wypadku hiperlinków odpowiedzialność powinna być rozpatrywana na podstawie przepisów ogólnych, bez szczególnych ograniczeń w zakresie odpowiedzialności cywilnej lub karnej”<sup>24</sup>. Przepisy regulujące wyłączenie odpowiedzialności ISP

---

nego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym). KOM(2003) 702, sporządzony 21.11.2003 r., dostępny w wersji angielskiej pod url: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:EN:NOT>. Ostatnio wyświetlony 11.05.2010.)].

<sup>21</sup> Uchwalona jako część ustawy Informations- und Kommunikationsdienstegesetz z 28.07.1997 r. (BGBl. I, str. 1870 i n.). Szerzej na temat TDG z 1997 r. oraz jej nowelizacji w 2001 r. [por. też M. Zieliński, *Rozwój regulacji prawnych dotyczących komunikacji elektronicznej w Niemczech*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 2, str. 85–106].

<sup>22</sup> U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimedienrechts*, C.H. Beck, 2008, str. 53.

<sup>23</sup> Nowelizacji dokonano za pomocą ustawy z 14 grudnia 2001 r. o warunkach ramowych dla elektronicznego obrotu gospodarczego (niem. *Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, BGBl 2001, cz. I, nr 70, str. 3721 i n.; tzw. EGG). Uchwalony akt prawny miał formę tzw. ustawy artykułowej (niem. *Artikelgesetz*) polegającej na tym, że poszczególne artykuły ustawy EGG stanowiły nowelizację już obowiązujących regulacji. Art. 1 EGG nadawał całkowicie nowe brzmienie ustawie TDG z 1997 r.

<sup>24</sup> Załącznik 2 do Rządowego projektu ustawy EGG Projekt ustawy o prawnych ramach dla elektronicznego obrotu gospodarczego (ustawa o elektronicznym obrocie gospodarczym – EGG), BT-Drs 14/6098 z 17.05.2001 r. Dostępny pod url: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406098.pdf> (ostatnio wyświetlony 11.05.2010 r.) – Odpowiedź Rządu Federalnego, add. pkt 10.



zostały następnie niemalże bez zmian przeniesione do ustawy Telemediengesetz, uchwalonej w 2007 r. Stanowisko prawodawcy oraz judykatury odnośnie do braku możliwości zastosowania regulacji wyłączenia odpowiedzialności ISP zawartej w TDG oraz TMG w wypadku czynności polegającej na zamieszczaniu hiperlinków, zostało w większości podtrzymane w orzecznictwie<sup>25</sup> oraz doktrynie<sup>26</sup>.

Warta przytoczenia wydaje się koncepcja zaproponowana przez profesora prawa karnego, a przy tym wybitnego specjalistę prawa nowych technologii, Ulricha Siebera<sup>27</sup>. Autor ten kwestionuje powszechnie przyjęte założenie, że do kwestii odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych zamieszczających hiperlinki oraz oferujących wyszukiwarki internetowe wyłączone jest stosowanie przepisów TMG, w szczególności jej rozdziału 3, regulującego zasady wyłączenia odpowiedzialności. Większość przedstawicieli doktryny z góry wykluczyła możliwość analogicznego stosowania przepisów TDG (lub TMG) do hiperlinków i wyszukiwarek internetowych z uwagi na brak tzw. **nieplanowanej przez ustawodawcę luki legislacyjnej** [niem. *planwidrige Regelungslücke*]<sup>28</sup>. Na gruncie prawa niemieckiego wykładnia *per analogiam* staje się bowiem dopuszczalna dopiero w sytuacji, gdy według celu regulacji określonego przez prawodawcę przepis regulujący dane zagadnienie powinien znaleźć się w ustawie<sup>29</sup>. Zdaniem

<sup>25</sup> BGH, 01.04.2004; sygn. I ZR 317/01 [Schöner Wetten]; OLG München, 28.07.2005, sygn. 29 U 2887/05; LG München I, 14.11.2007, sygn. akt 21 O 6742/07.

<sup>26</sup> A. Müglich, *Auswirkungen des EGG auf die haftungsrechtliche Behandlung von Hyperlinks*, „Computer und Recht“ 2002, nr 8, str. 591; S. Nickels, *Neues Bundesrecht für den E-Commerce*, „Computer und Recht“ 2002, nr 4, str. 308; O. Köster, U. Jürgens, *Haftung professioneller Informationsvermittler im Internet. Eine Bestandsaufnahme nach der Novellierung der Haftungsregelungen*, „Multimedia und Recht“ 2002, str. 422. Inaczej: M. Schwarz, K. Poll, *Haftung nach TDG und MDStV*, JurPC Web-Dok. 73/2003, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030073.htm#fn22> (ostatnio wyświetlony 6.09.2010 r.), ust. 105; T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2/2003, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 17 (w odniesieniu do regulacji cachingu); A. Koch, *Zur Einordnung von Internetsuchmaschinen nach dem EGG*, 3\_2002, str. 126; D. Heckmann, *Internetrecht. Praxiskommentar*, Juris Saarbrücken 2009, str. 166, nb. 62; M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 259; J. Wimmers, C. Schulz, *Kapitel III. Haftung für fremde Inhalte*, [w:] Heidrich, Joerg, Forgó, Nikolaus, Feldmann, Thorsten, *Heise Online-Recht*, Heise 2009, str. 109.

<sup>27</sup> U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimediarechts*, C.H. Beck, 2008, str. 56–57, nb. 100 i 101.

<sup>28</sup> A. Müglich, *Auswirkungen des EGG auf die haftungsrechtliche Behandlung von Hyperlinks*, Computer und Recht 2002, nr 8, str. 591; D. Heckmann (red.), *Internetrecht. Praxiskommentar*, Juris Saarbrücken 2009, str. 166, nb. 62; T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 12.

<sup>29</sup> M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego“ 2006, nr 1, str. 10; R. Döring, *Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen*

U. Siebera okoliczność, że prawodawca świadomie zdecydował się tymczasowo nie obejmować pewnego zagadnienia regulacją, nie wyklucza przyjęcia założenia, że doszło do powstania „nieplanowanej luki legislacyjnej”. Dotarcie do takiego z pozoru nielogicznego wniosku stało się możliwe, dzięki przyjęciu **szerszego rozumienia pojęcia intencji prawodawcy**. U. Sieber podkreśla, iż stanowisko wyrażone w uzasadnieniu do rządowego projektu TDG z 2001 r. wskazuje, że nie było zamiarem **prawodawcy, by kwestia odpowiedzialności za hiperlinki oraz wyszukiwarki docelowo pozostawała bez regulacji**<sup>30</sup>.

Koncepcja U. Siebera wydaje się słuszna, aczkolwiek autor sam przyznaje, że stosowanie w drodze analogii regulacji TMG może znaleźć praktyczne zastosowanie jedynie w odniesieniu do linków tworzonych w sposób automatyczny, tzn. bez bezpośredniej ingerencji człowieka<sup>31</sup>. Z taką sytuacją mamy miejsce w szczególności w wypadku list wyników generowanych przez wyszukiwarki internetowe. W odniesieniu do wyszukiwarek do podobnego wniosku dochodzi również A. Koch<sup>32</sup>, który dążąc do ustalenia intencji prawodawcy, analizował m.in. wypowiedzi posłów w trakcie debaty parlamentarnej nad nowelizacją ustawy TDG. Powodem, dla którego przepisów TMG wyłączających odpowiedzialność ISP nie można stosować do (albo w przypadku) odpowiedzialności podmiotu zamieszczającego hiperlinki, jest brak w tej ustawie przepisu, którego hipoteza wykazywałaby wystarczający poziom podobieństwa do usługi linkowania. Tylko bowiem w takiej sytuacji stosowanie przepisu TMG *per analogiam* byłoby dopuszczalne.

---

*nach der Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, „Wettbewerb und Recht und Praxis“ 2007, str. 1133; U. Sieber, M. Höfinger, Drittauskunftsansprüche nach § 101a UrhG gegen Internetprovider zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, „Multimedia und Recht“ 2004, nr 9, str. 575.*

<sup>30</sup> Autor zwraca przy tym uwagę na niekonsekwencję prawodawcy niemieckiego. Z jednej strony podkreślana jest ciągłość obowiązywania jednolitej regulacji prawnej komunikacji elektronicznej, akcentując zarazem dalszą aktualność dorobku orzeczniczego oraz naukowego utworzonego na gruncie TDG z 1997 roku, zaś z drugiej strony wyraźnie wyłączone zostaje zastosowanie wspomnianej regulacji do wybranych kategorii usług elektronicznych. Jego zdaniem, patrząc na intencje prawodawcy z takiej, szerszej perspektywy, uzasadnione staje się założenie, że – pomimo decyzji o tymczasowym powstrzymaniu się od regulacji kwestii odpowiedzialności w związku z hiperlinkami oraz wyszukiwarkami – to jednak, w perspektywie długoterminowej, taka sytuacja jest dla prawodawcy niepożądana oraz niezamierzona. Zdaniem U. Siebera, powstrzymanie się od regulacji odpowiedzialności za hiperlinki oraz wyszukiwarki w TMG może zatem być uznane za nieplanowaną lukę regulacyjną [por. U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimediarechts*, C.H. Beck, 2008, str. 55–56].

<sup>31</sup> U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimediarechts*, C.H. Beck, 2008, str. 59.

<sup>32</sup> A. Koch, *Zur Einordnung von Internetsuchmaschinen nach dem EGG*, „Kommunikation und Recht“ 2002, nr 3, str. 126.



W tym zakresie stanowisko U. Siebera jest więc zbieżne z poglądami reprezentowanymi przez większość niemieckiej doktryny<sup>33</sup>. Warto jednak odnotować, że w literaturze niemieckiej pojawiają się głosy dopuszczające możliwość stosowania analogii do § 8 TMG, również w wypadku manualnie tworzonych hiperlinków<sup>34</sup>.

W ślad za regulacją e.c.d. przepisy TMG przewidują możliwość wyłączenia odpowiedzialności ISP w związku z oferowaniem trzech typów usług społeczeństwa informacyjnego, usługi *mere conduit* (§ 8 TMG), cachingu (§ 9 TMG) oraz hostingu (§ 10 TMG). W dominującej opinii żadna z tych usług nie wykazuje wystarczającego podobieństwa do usługi linkowania, co wyklucza możliwość zastosowania tych przepisów w drodze analogii<sup>35</sup>. Regulacja § 8 TMG (odpowiednik usługi zwykłego przesyłu regulowanej w art. 12 u.ś.u.d.e.) obejmuje wyłącznie usługi o całkowicie automatycznym charakterze. Hiperlinki zamieszczane samodzielnie przez człowieka nie mieszczą się w tej kategorii. Z tych samych względów nie jest możliwe stosowanie w wypadku hiperlinków § 9 TMG, odnoszącego się do usługi tzw. cachingu (odpowiednik art. 13 u.ś.u.d.e.). W tym przypadku na przeszkodzie stoi dodatkowo konieczność występowania „ograniczonego w czasie przechowywania informacji”, co nie ma miejsca w wypadku zamieszczania hiperlinków<sup>36</sup>. Porównując usługę linkowania z hostingiem, regulowanym w § 10 TMG (odpowiednio w art. 14 u.ś.u.d.e.) podkreśla się, że podmiot zamieszczający hiperlink nie przechowuje informacji, do której odsyła. Ponadto okoliczność świadomego wyboru informacji docelowej przez zamieszczającego hiperlink w każdym przypadku musiałaby prowadzić do wniosku, że usługa ta nie spełnia przesłanki „braku wiedzy o bezprawnej informacji lub związanym z nią działaniu”, warunkującej dopuszczalność skorzystania z wyłączenia odpowiedzialności na mocy tego przepisu. Konkludując, trzeba zatem stwier-

---

<sup>33</sup> G. Spindler, P. Schmitz, I. Geis, *Teledienstegegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz, Signaturgesetz – Kommentar*, C.H. Beck, München 2004, uwagi do § 8 TDG, str. 144–146, nb. 33–35; T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 12.

<sup>34</sup> M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 259. Zdaniem autorów istnieje tutaj wystarczające podobieństwo. Ich zdaniem zamieszczanie hiperlinków odpowiada *ratio legis* § 8 TMG, w szczególności przez to, że zamieszczający link umożliwia dostęp do informacji oraz że nie ma wpływu na treść, do której odsyła.

<sup>35</sup> T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 12.

<sup>36</sup> T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 16.

dzić, że w odniesieniu do odpowiedzialności podmiotu świadczącego usługę linkowania nie jest dopuszczalne zastosowanie przepisów wyłączających odpowiedzialność ISP zawartych w Telemediengesetz. W moim przekonaniu do identycznych wniosków musiałaby doprowadzić analiza pod tym kątem polskiej regulacji art. 12, 13 i 14 u.ś.u.d.e.

Konsekwencją braku szczegółowej regulacji, wprost odnoszącej się do odpowiedzialności podmiotów zamieszczających hiperlinki, jest konieczność zastosowania ogólnych przepisów niemieckiego BGB oraz specjalistycznych regulacji różnych dziedzin prawa. Spowodowało to w znacznym stopniu przeniesienie zadania kwalifikacji prawnej stanów faktycznych związanych z linkowaniem na organy stosowania prawa. Początkowo w praktyce orzeczniczej niemieckich sądów proces ten nie odbywał się w sposób jednolity<sup>37</sup>. Przykładem tego może być seria ponad 80 postępowań sądowych, zainicjowanych przez jeden podmiot, firmę Symicron, właściciela praw do zarejestrowanego w 1995 r. w Niemczech znaku towarowego „Explorer”. Jej działania prawne kierowane były przeciwko firmom wykorzystującym identyczne lub podobne określenia w nazwie swojego oprogramowania (m.in. przeciwko firmie Microsoft<sup>38</sup>), jak również przeciwko różnym podmiotom (firmom, uczelniom, osobom fizycznym) zamieszczającym linki do takiego oprogramowania<sup>39</sup>. Postępowanie organów wymiaru sprawiedliwości w związku z tzw. sprawami „Explorer” lub „FTP-Explorer”, ujawniło negatywne strony braku jednoznacznej regulacji kwestii hiperlinków w prawie niemieckim. Pomimo zbliżonych stanów prawnych i faktycznych sądy różnych instancji wydawały niekiedy sprzeczne ze sobą rozstrzygnięcia. Niektóre sądy przyjmowały, że w odniesieniu do autorów odesłań zastosowanie znajduje regulacja wyłączająca odpowiedzialność podmiotów świadczących teleusługi, zawarta w § 5 TDG z 1997 r.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> W.-D. Roth, *Symicron: Konkurs eines Abmahners*, 15.06.2005, dostępny pod url: <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/20/20313/1.html>.

<sup>38</sup> Po wygranej Microsoftu w pierwszej instancji sprawa zakończyła się ugodą, na podstawie której firma Microsoft mogła wykorzystywać sporne określenie na oznaczenie swojego oprogramowania (m.in. Internet Explorer). Patrz OLG München, 14.11.1996, sygn. 6 U 4761/96 [ugoda z Microsoft w sprawie znaku towarowego Explorer], dostępny pod url: <http://bonnanwalt.de/entscheidungen/OLG-Muenchen6U4761-96.html>.

<sup>39</sup> Szczególnie często pozywane były osoby zamieszczające na swoich prywatnych stronach bardzo popularny w Niemczech kurs języka HTML („Selfhtml”), w ramach którego autor Stefan Münz zamieścił link do programu o nazwie „FTP Explorer”. Aby zwiększyć popularność dostępnego nieodpłatnie kursu, autor prosił osoby z niego korzystające o zamieszczanie kopii na stworzonych przez siebie stronach. Stąd sprawy inicjowane przez firmę Symicron dotyczyły niemalże identycznego stanu faktycznego.

<sup>40</sup> OLG Schleswig, 19.12.2000, sygn. 6 U 51/00; OLG Düsseldorf, 19.09.2001, sygn. 27 U 18/01.

W analogicznych sytuacjach zdarzały się jednak także przypadki stosowania przez sądy przepisów ogólnych niemieckiego BGB dotyczących czynów niedozwolonych, co skutkowało przyjmowaniem surowszych zasad odpowiedzialności osób linkujących<sup>41</sup>. Stan pewności prawnej przywróciło dopiero orzeczenie Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie z 2001 r., w którym Stefan Münz, autor kursu języka HTML, zawierającego odesłanie do programu o nazwie FTP-Explorer, uzyskał potwierdzenie dopuszczalności stosowania tak skonstruowanego linku<sup>42</sup>. Obecnie ramy prawne zamieszczania hiperlinków w Niemczech można uznać za utrwalone, w dużej mierze dzięki konsekwentnej linii orzeczniczej Federalnego Trybunału Najwyższego (dalej: BGH), który zajmował się różnymi problemami prawnymi związanymi ze stosowaniem tej technologii.

Mając na uwadze problem dopuszczalności samej czynności linkowania, należy wskazać na wyrok BGH z 17 lipca 2003 r.<sup>43</sup> w tzw. sprawie „Paperboy”, w którym Trybunał dokonał oceny prawnej odpowiedzialności dostawcy usługi tzw. elektronicznych przeglądów prasy w związku z zamieszczaniem hiperlinków w postaci tzw. głębokich linków (*deep-links*)<sup>44</sup>. Rozstrzygając sprawę, Trybunał

---

<sup>41</sup> LG München I, 4.04.2002, sygn. 4 HK O 21651/00; OLG München, 02.08.2001, sygn. 6 U 2561/01.

<sup>42</sup> Notatka prasowa: Münz-Urteil im „Explorer“ – Streit rechtskräftig, 03.11.2001, dostępna pod url: <http://www.heise.de/newsticker/Muenz-Urteil-im-Explorer-Streit-rechtskraeftig--/meldung/22384>.

W 2004 r. decyzją Federalnego Sądu Patentowego nastąpiło też wykreślenie znaku towarowego Explorer, z powołaniem się m.in. na nabycie przez Symicron prawa ochronnego do znaku towarowego w złej wierze (niem. *bösgläubiger Markenerwerb*) oraz brak wykorzystywania. Potwierdzeniem pasożytniczego funkcjonowania Symicronu był fakt, że w połowie 2005 r., niespełna rok po wykreśleniu znaku towarowego z rejestrów, firma ogłosiła upadłość. Niejasna kwestia odpowiedzialności za linkowanie umożliwiła jednak funkcjonowanie nieuczciwej firmy przez 10 lat [por. W.-D. Roth, *Symicron: Konkurs eines Abmahners*, 15.06.2005, dostępny pod url: <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/20/20313/1.html>].

<sup>43</sup> BGH, 17.07.2003, sygn. akt I 259/00 [Paperboy].

<sup>44</sup> Rozpatrywana sprawa dotyczyła powództwa grupy wydawców prasy przeciwko firmie oferującej usługę o nazwie „Paperboy”, która za pomocą specjalnej wyszukiwarki indeksowała bazy danych artykułów prasowych, udostępniane nieodpłatnie na stronach internetowych tych wydawnictw. Usługa „paperboy” polegała na zestawianiu artykułów prasowych pod kątem haseł tematycznych wybranych przez usługobiorców oraz wysyłaniu im pocztą elektroniczną codziennych newsletterów zawierających głębokie linki, odsyłające wprost do pełnych tekstów artykułów. Usługa była nieodpłatna, stanowiąc jednak formę zachęty do korzystania z innych płatnych świadczeń. Powodowie wskazywali m.in., że pozwany serwis, z naruszeniem praw autorskich do pojedynczych utworów i baz danych, jak również zasad uczciwej konkurencji, do komercyjnych celów wykorzystuje udostępniane przez nich artykuły. Podnosili również, że aktywowanie głębokiego linku powodowało zmniejszenie dochodów z tytułu reklam przez to, że artykuły były dostępne z pominięciem strony głównej gazet, na których reklamy te były zamieszczane.

uznał, że zamieszczenie hiperlinku (również w postaci *deep-link*) do powszechnie dostępnej informacji (utworu) objętej ochroną prawnoautorską nie może być postrzegane jako naruszenie prawa do zwielokrotnienia utworu ani też nie narusza innych praw autorskich. Jak podkreślił, zamieszczanie hiperlinku powoduje jedynie ułatwienie dostępu do informacji, co do której właściciel praw autorskich uprzednio podjął decyzję o bezpłatnym udostępnieniu w Internecie. Zdaniem Trybunału świadczenie usługi „Paperboy” nie stanowiło również niedopuszczalnego wykorzystania zasobów dostępnej publicznie bazy danych. Za istotne w tym przypadku uznano to, że wykorzystywane były jedynie „*fragmentaryczne drobne składniki*” (niem. „*splitterhafte Kleinbestandteile*”), których wykorzystanie (nawet wielokrotne i systematyczne) nie mogło, zdaniem Trybunału, zastąpić funkcjonalności całej bazy danych. Ponadto Trybunał zauważył, że przekazywanie użytkownikom treści nagłówków artykułów prasowych (jako etykiety linku) miało za zadanie dostarczenie im podstaw do podjęcia decyzji o celowości aktywowania linku i przeczytania pełnej treści artykułu, pełniąc pożyteczną funkcję. Działanie to nie zostało również uznane za praktykę naruszającą konkurencję. Wydając rozstrzygnięcie, Trybunał uwzględnił m.in., że świadczenie usługi „Paperboy” nie wiązało się omijaniem zabezpieczeń technicznych dostępu do internetowych baz danych, których w badanym przypadku po prostu nie było.

Wyrok w sprawie „Paperboy” przesądził o zasadniczej dopuszczalności stosowania hiperlinków w postaci *deep-links*, traktując zjawiska niepożądane dla dostawców treści, związane ze stosowaniem tej technologii (m.in. zwiększenie ilości odwiedzin, omijanie strony głównej portalu, możliwość komercyjnego wykorzystywania składników udostępnionych publicznie baz danych), jako naturalne ryzyko, charakterystyczne dla sieci WWW<sup>45</sup>. W opinii BGH, pożyteczność tego typu odesłań elektronicznych, na których faktycznie opiera się cała architektura Globalnej Sieci, powoduje konieczność ich zaakceptowania przez dostawców usług elektronicznych oferujących własne treści. Przemawiają za tym względy interesu ogólnego. Technologię tę wykorzystują m.in. przeglądarki internetowe, bez których korzystanie z Internetu byłoby praktycznie niemożliwe. BGH podkreślił również, że podmiot sam zamieszczający w sieci informacje nie może wymagać, by dostęp do nich był możliwy wyłącznie za pośrednictwem strony startowej, bez pełnego wykorzystania możliwości, jakie daje technika odesłań elektronicznych.

Ocena problemu odpowiedzialności zamieszczającego hiperlink w związku z odsyłaniem do informacji noszących cechy bezprawności powinna przebiegać w kilku etapach<sup>46</sup>. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy działanie podmio-

<sup>45</sup> M. Leistner, F. Stang, *Die Neuierung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten - Ein Siegeszug der Prüfungspflichten?*, „Wettbewerb in Recht und Praxis” 2008, str. 542.

<sup>46</sup> Por. BGH, 01.04.2004, sygn. I ZR 317/01 [*Schöner Wetten*].

tu linkującego nie spełnia przesłanek tzw. „przywłaszczenia informacji” (niem. *zu-eigen-machen*), co powodowałoby jego odpowiedzialność, tak jak za zamieszczanie informacji własnych, zgodnie z dyspozycją § 7 TMG<sup>47</sup>. Jeżeli ten etap oceny sytuacji prawnej linkującego nie doprowadzi do znalezienia podstaw dla jego odpowiedzialności, można podjąć próbę oceny jego zachowania pod kątem spełniania przesłanek odpowiedzialności tzw. naruszcyciela (niem. *Störerhaftung*), uregulowanej m.in. w § 1004 BGB.

Wspomniana wyżej konstrukcja przywłaszczenia informacji przez ISP nie występuje na gruncie e.c.d., ani też w większości narodowych regulacji ją implementujących, włączając w to polską u.ś.u.d.e. Zasadne wydaje się więc jej przybliżenie. Charakterystyczną cechą niemieckiej regulacji odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych jest rozróżnienie informacji na cudze i własne<sup>48</sup>. W niemieckiej doktrynie i judykaturze wyróżnia się ponadto kategorię informacji, niejako pośrednią pomiędzy informacjami własnymi a cudzymi. Są to tzw. informacje **przywłaszczone przez usługodawcę** (niem. *sich-zu-eigen-gemachte Informationen*)<sup>49</sup>. W pojęciu tym mieszczą się informacje, które z obiektywnego punktu widzenia nie są wprowadzane ani informacjami stworzonymi przez ISP, ani też nie zostały przez niego tam zamieszczone, lecz które, w wyniku podjętych przez niego działań, zostały w taki sposób zaprezentowane w portalu, że mogą budzić wątpliwości co do tego, kto jest ich autorem. Z punktu widzenia przeciętnego użytkownika serwisu może powstać wrażenie, iż ISP zamierza przejąć odpowiedzialność za te informacje<sup>50</sup>. **Decydujące znaczenie w tym kontekście ma zatem nie kwestia faktycznych intencji ISP, lecz raczej kwestia odbioru tych informacji przez użytkownika**<sup>51</sup>. Aby potwierdzić charakter

<sup>47</sup> M. Klinger, *Haftung für verlinkte Inhalte*, „Juris PraxisReport IT-Recht“ 12/2009 Anm.

<sup>48</sup> Przepisy e.c.d. oraz m.in. u.ś.u.d.e., w części dotyczącej odpowiedzialności ISP, koncentrują się na pojęciu „usługi społeczeństwa informacyjnego” (e.c.d.), ew. „usługi świadczonej drogą elektroniczną” (u.ś.u.d.e.). Co do zasady nie zawierają również regulacji dotyczących odpowiedzialności ISP za informacje własne, jak to ma miejsce w Telemediengesetz (por. § 7 TMG).

<sup>49</sup> Idea przywłaszczenia informacji wywodzi się z prawa prasowego. Wydawca, który nie zdystansuje się w wystarczający sposób od cudzej informacji opublikowanej w jego czasopiśmie, może ponosić odpowiedzialność za taką informację. Stamtąd też konstrukcja prawna przywłaszczenia została przejęta w procesie stosowania TDG z 1997 r. [por. D. Busse-Muskala, V. Busse-Muskala, *Die Berücksichtigung europäischer Vorgaben...*, op. cit., ust. 38; S. Engel-Flehsig, *Das Informations- und Kommunikationsdienstesgesetz...*, op. cit., str. 235; Ch. Säcker, *Die Haftung der Diensteanbieter...*, op. cit., str. 2].

<sup>50</sup> G. Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme...*, op. cit., str. 3196; T. Stadler, *Haftung für Informationen...*, op. cit., str. 88, nb. 73.

<sup>51</sup> T. Stadler, *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, str. 90, nb. 74.



informacji jako „przywłaszczonych”, niezbędne jest zatem, by usługobiorca serwisu internetowego miał wystarczające przesłanki dla nabrania przekonania, że usługodawca zamierzał przejąć odpowiedzialność za te informacje<sup>52</sup>. Za tak zaprezentowane informacje ISP będą odpowiadać, jakby byli ich dostarczycielem (ang. *content provider*) – a więc na zasadach ogólnych.

Znamienne jest to, że niemiecka konstrukcja prawna „przywłaszczenia informacji” nie wynika wprost z treści ustawy TDG, ani późniejszej TMG. Jej geneza wiąże się z uzasadnieniem do rządowego projektu ustawy TDG z 1997 r., z którego wynika, że: **„treściami własnymi są również treści wytworzone przez osoby trzecie, które dostawca sobie przywłaszcza”**<sup>53</sup>. Mamy więc do czynienia z dosyć nietypową sytuacją. Oto zamiar prawodawcy, wynikający jedynie z nieformalnego uzasadnienia ustawy, zyskuje rangę normy prawnej, która przez doktrynę i sądy traktowana jest jako utrwalony i immanentny element tejże regulacji. Szczególnie istotne w tym kontekście jest to, że niemiecka judykatura regularnie potwierdza obowiązywanie mechanizmu przywłaszczenia informacji w kontekście odpowiedzialności ISP<sup>54</sup>. Jeszcze bardziej zaskakujący może wydawać się fakt, że stan ten przetrwał na gruncie regulacji TDG znowelizowanej w 2001 r. w celu transpozycji postanowień dyrektywy 2000/31/WE. Do tego czasu praktyka zakładająca dopuszczalność kwalifikowania informacji przywłaszczonych na równi z informacjami własnymi, została w takim stopniu ugruntowana w doktrynie i orzecznictwie, że niejako automatycznie nastąpiło jej przeniesienie na grunt znowelizowanej TDG. Stało się tak pomimo, że w nowej ustawie również brakuje wzmianki o przywłaszczeniu informacji<sup>55</sup>. Identyczna sytu-

<sup>52</sup> G. Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1997, z. 48, str. 3196.

<sup>53</sup> Rządowy projekt ustawy IuKDG (*Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste*), BT-Drs. z 09.04.1997 r., nr 13/7385, dostępny pod url: <http://dip.bundestag.de/btd/13/073/1307385.asc>, uzasadnienie do art. 1 TDG, str. 19 [treść TDG została uchwalona jako artykuł 1 do ustawy IuKDG (tzw. ustawa artykułowa, niem. *Artikelgesetz*). Szerzej na ten temat: M. Zieliński, *Rozwój regulacji prawnych dotyczących komunikacji, elektronicznej w Niemczech*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 2, str. 85–106.

<sup>54</sup> Por. m.in.: LG Düsseldorf, 2002.08.14, sygn. 2a O 312/01; OLG Köln, 2002.05.28, sygn. 15 U 221/01; OLG Köln, 2001.11.02, sygn. 6 U 12/01; OLG Schleswig, 2000.12.19, sygn. 6 U 51/00; LG Köln, 2000.10.31, sygn. 33 O 251/00; OLG München Urteil vom 2000.02.03, sygn. 6 U 5475/99; LG München, 1999.11.17, sygn. 20 Ns 465 Js 173158/95; LG Lübeck, 1998.11.24, sygn. 11 S 4/98; AG München 1998.05.28, sygn. 8340 Ds 465 Js 173158/95.

<sup>55</sup> Podobnie jak poprzednio, jedyna wzmianka o tej instytucji znajduje się w treści uzasadnienia do rządowego projektu do ustawy [por. Rządowy projekt ustawy EGG (...) op. cit., uzasadnienie do art. 1, str. 23: „*Podobnie jak dotychczasowy § 5, również §§ 8 do 11 rozróżniają informacje własne i cudze. Przy tym informacjami własnymi są*”

acja obowiązuje na gruncie ustawy TMG w związku z przejęciem w niezmienionej formie treści regulacji z TDG<sup>56</sup>.

Kwalifikacja informacji jako przywłaszczonej przez ISP jest możliwa w szczególności, jeżeli cudze informacje prezentowane są w serwisie w powiązaniu z informacjami własnymi ISP (np. hiperlinki dodawane na końcu artykułu zamieszczonego przez ISP). W takiej sytuacji, jeżeli ISP nie zdystansuje się w wystarczający sposób od cudzych informacji, dopuszcza się możliwość przyjęcia konstrukcji przywłaszczenia takiej informacji przez ISP<sup>57</sup>. Nie wystarczy też zamieszczenie ogólnej informacji, że podmiot odsyłający nie ponosi odpowiedzialności za materiały dostępne po uaktywnieniu hiperlinku (tzw. *disclaimer*)<sup>58</sup>. Usługodawca nie musi również posiadać praw autorskich do takiej informacji, ani też subiektywnie poczuwać się do bycia jej autorem, bądź właścicielem. Podobnie bez znaczenia jest, czy ISP ma możliwość wpływania na treść cudzej informacji, którą przywłaszcza<sup>59</sup>. Najistotniejszym czynnikiem jest efekt wizualny prezentacji cudzej informacji w ramach własnego serwisu oraz skutków, jakie jej opis wywiera na zewnątrz. Łatwiej mogą zostać uznane za „przywłaszczone” przez ISP informacje pozostające w jakimś związku z jego działalnością<sup>60</sup>. Oczywiście, jako przywłaszczone będą również traktowane informacje, w sposób świadomy i otwarty przejęte przez usługodawcę<sup>61</sup>. W doktrynie panuje zgodny pogląd, że ocena, czy w konkretnym przypadku miało miejsce przywłaszczenie informacji przez ISP, powinna być dokonywana **z perspektywy „normalnie (właściwie) poinformowanego, uważnego i rozumnego przeciętnego użytkownika”**<sup>62</sup>.

---

*również informacje, wytworzone przez osoby trzecie, które dostawca sobie przywłaszcza.”].*

<sup>56</sup> Tym razem jednak nawet w uzasadnieniu do projektu TMG nie znalazła się wzmianka o tej instytucji.

<sup>57</sup> S. Engel-Flehsig, *Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer – Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia*, „Zeitschrift für Urheber und Medienrecht” 1997, nr 4, str. 235.

<sup>58</sup> LG Hamburg, 12.05.1998 r., sygn. 312 O 85/98. W wyroku tym Sąd uznał, że(...) samo zamieszczenie wzmianki (disclaimera), że odpowiedzialność za informacje do których następuje odesłanie ponosi ich autor, nie zwalnia zamieszczającego hiperlink z odpowiedzialności za te informacje.

<sup>59</sup> LG Lübeck, 1998.11.24, sygn. 11 S 4/98. M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 245, nb. 749.

<sup>60</sup> LG Potsdam, 10.10.2002, sygn. 51 O 12/02.

<sup>61</sup> U. Sieber, *Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet – Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDStV*, „Multimedia und Recht” 1999, nr 2, str. 14.

<sup>62</sup> S. Meißner, *Providerhaftung, Störerhaftung und Internetauktion*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2008, str. 44.

Pomimo wątpliwości wyrażanych w doktrynie, m.in. co do zgodności z postanowieniami dyrektywy 2000/31/WE, pogląd o zrównaniu zasad odpowiedzialności za własne oraz przywłaszczone informacje należy uznać za utrwalony w niemieckiej judykaturze<sup>63</sup>. W 2004 r. potwierdził to BGH w sprawie Internet-Versteigerung I<sup>64</sup>, uznając, że koncepcja informacji przywłaszczonych przez użytkownika zachowuje swoją aktualność również na gruncie znowelizowanego TDG. Zdaniem sądu, ocena, czy takie przywłaszczenie miało miejsce, powinna być dokonywana „**przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności konkretnego przypadku**”, oraz „**z punktu widzenia obiektywnego, zorientowanego użytkownika**”. Innymi słowy, sposób prezentowania cudzej informacji w serwisie ISP nie może sprawiać wrażenia, jakby pochodziła ona od tego ISP. W takiej bowiem sytuacji, kiedy nawet zaznajomiony z Internetem użytkownik może odnieść wrażenie, że ma do czynienia z informacją własną dostawcy usługi, możliwe jest przyjęcie, że ISP występuje w odniesieniu do tej informacji jako *content provider*, i to nawet jeżeli konkretna treść informacji nie jest mu znana<sup>65</sup>. Na gruncie TMG dopuszczalność stosowania konstrukcji przywłaszczenia informacji przez ISP potwierdził BGH w wyroku z 2007 roku w sprawie Internet-Versteigerung II<sup>66</sup>.

Konstrukcja „przywłaszczenia informacji” często znajduje zastosowanie przy ocenie odpowiedzialności podmiotu zamieszczającego hiperlinki. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy informacja docelowa zostaje wkomponowana w treść własnej strony odsyłającego, jak to ma miejsce przy stosowaniu hiperlinków typu *frames* lub *in-line*. W judykaturze niemieckiej bezsporne jest, że praktyka wyświetlania cudzych informacji w obrębie własnej strony internetowej, w sposób uniemożliwiający usługobiorcom tego serwisu rozpoznanie „na pierwszy rzut oka”, że pochodzi ona z innego serwisu, stanowi przypadek przywłaszczenia cudzych informacji<sup>67</sup>. Przywłaszczenie cudzych informacji może również

<sup>63</sup> OLG Köln, 28.05.2002, sygn. 15 U 221/01; LG München. 2005.03.07, sygn. 21 O 3220/05; OLG Brandenburg, 2003.12.16, sygn. 6 U 161/02; OLG München, 2003.09.11, sygn. U2681/03; LG Berlin, 2003.02.25, sygn. 16 O 476/01; LG Düsseldorf, 2002.10.29, sygn. 4 a O 464/01.

<sup>64</sup> BGH, 11.03.2004 r., sygn. I ZR 304/01 [Internet Versteigerung I], „Computer und Recht 10/2004 r., str. 763; „Neue Juristische Wochenschrift“ 43/2004 r., str. 3102, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040265.htm>.

<sup>65</sup> Leible S., O. Sosnitza, *Neues zur Störerhaftung von Internet-Auktionshäusern*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2004, nr 45, str. 3227.

<sup>66</sup> BGH, 2007.04.19, sygn. I ZR 35/04 [Internet-Versteigerung II].

<sup>67</sup> LG München I, 10.01.2007, sygn. 21 O 20028\_05. Sąd nie zastosował tutaj formuły zwolnienia z odpowiedzialności wyrażonej przez BGH w sprawie „Paperboy”, podkreślając, że w tamtym przypadku fakt przekierowania użytkownika do cudzego był wyraźnie widoczny.

zaistnieć w sytuacji, gdy zamieszczający odesłanie stara się sprawić wrażenie, że istnieje powiązanie pomiędzy jego serwisem a informacjami dostępnymi po kliknięciu na link<sup>68</sup>. Nie zawsze jednak stosowanie odesłań w formie *framingu* będzie niedopuszczalne. Stephan Ott twierdzi na przykład, że powszechna obecnie praktyka „osadzania” w serwisach internetowych okienek umożliwiających wyświetlanie filmów zamieszczonych w serwisach hostingowych (m.in. YouTube) nie powinna budzić zastrzeżeń, o ile tylko widoczne jest logo serwisu, na którym przechowywana jest wyświetlana informacja<sup>69</sup>.

Negatywna kwalifikacja hiperlinku jako przywłaszczenia cudzej informacji nie oznacza automatycznie zwolnienia podmiotu zamieszczającego link z odpowiedzialności. Nadal bowiem możliwe jest dochodzenie roszczeń negatoryjnych w ramach tzw. odpowiedzialności naruszcziela. Mechanizm oceny działania zamieszczającego hiperlinki przedstawił BGH w wyroku z 1 kwietnia 2004 r., w tzw. sprawie *Schöner Wetten*<sup>70</sup>. Trybunał odmówił zastosowania przepisów wyłączających odpowiedzialność dostawców usług, zawartych w TDG, dokonując oceny odpowiedzialności autora hiperlinku w oparciu o przepisy ustawy o nieuczciwej konkurencji (dalej: UWG)<sup>71</sup>. Pomimo braku wyłączenia odpowiedzialności linkującego na gruncie TDG, Trybunał rozstrzygnął jednak na korzyść pozwanego wydawnictwa, uznając, że jego działanie nie nosiło znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, wyrażonej w § 1 UWG, w związku z którym powodowi przysługiwałoby roszczenie negatoryjne. Uzasadniając swoje stanowisko, Trybunał podkreślił, że zasadniczym powodem opublikowania artykułu o zagranicznym serwisie gier losowych była nie tyle chęć promowania nielicencjonowanego hazardu, co zamiar poinformowania opinii publicznej o prominentnej założycielce serwisu, byłej modelce Yarze Wortmann<sup>72</sup>. Trybunał zwrócił również uwagę na rolę, jaką w sieciach komputerowych pełnią elektroniczne odesłania, podkreślając że: „*hiperlinki stanowią zasadniczy element organizacyjny Internetu (...)*” oraz „*większość użytkowników*

<sup>68</sup> OLG München, 15.07.2004, sygn. 6 U 5263\_03 [Memory].

<sup>69</sup> S. Ott, *Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet*, „Zeitschrift für Urheber und Medienrecht” 2008, nr 7, str. 560–561.

<sup>70</sup> BGH, 01.04.2004, sygn. I ZR 317/01 [Schöner Wetten]. W sprawie tej Trybunał rozstrzygał m.in. w kwestii zasadności zarzutów dopuszczenia się przez wydawcę prasowego czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez zamieszczenie w artykule prasowym elektronicznego odesłania do strony internetowej serwisu oferującego gry losowe, na które nie zostało wydane zezwolenie na terytorium Niemiec (serwis był zarejestrowany w Austrii).

<sup>71</sup> Niem. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* vom 3. Juli 2004 (BGBl. I str. 1414).

<sup>72</sup> Stąd właśnie tytuł artykułu prasowego oraz wyroku BGH: „*Schöner Wetten*”; co można przetłumaczyć jako „*Piękniejsze zakłady*”.

*Internetu oczekuje, że strona internetowa będzie wyposażona w linki prowadzące do dalszych informacji*<sup>73</sup>.

Istotne znaczenie dla praktyki oceny prawnej czynności linkowania miały ustalenia BGH odnośnie do badania zasadności występowania z roszczeniem negatoryjnym<sup>74</sup> przeciwko autorowi hiperlinku, w związku z naruszeniem powodowanym tym odesłaniem. Zasadniczą przesłanką dopuszczalności roszczenia negatoryjnego jest naruszenie przez adresata takiego roszczenia tzw. obowiązków kontrolnych (niem. *Prüfungspflichten*). W odniesieniu do podmiotu zamieszczającego hiperlink BGH podkreślił, że przyjęcie istnienia po jego stronie obowiązku kontrolnego uzależnione będzie w szczególności od: (a) ogólnego kontekstu, w jakim wykorzystany został hiperlink, (b) celu jego zamieszczenia, (c) wiedzy zamieszczającego co do okoliczności przemawiających za tym, że strona, do której następuje odesłanie, spełnia przesłanki bezprawności oraz (d) tego, w jakim zakresie można oczekiwać, by zamieszczający link taką bezprawność rozpoznał. Jednocześnie BGH podkreślił, że po zamieszczeniu hiperlinku jego autor nie ma dalszego obowiązku sprawdzania, czy informacja, do której link ten odsyła, nadal jest legalna.

Powyższą metodę oceny odpowiedzialności zamieszczającego hiperlinki z tytułu naruszenia regulacji prawa autorskiego dotyczącej omijania zabezpieczeń (§ 95a UrhG<sup>75</sup>) zastosował m.in. Sąd Krajowy w Monachium<sup>76</sup>. W niniejszej sprawie pozew skierowany został przeciwko operatorowi jednego z największych niemieckich portali informacyjnych z branży IT, w związku z zamieszczeniem w artykule prasowym odesłania (w postaci określanej jako *framing*) do oprogramowania umożliwiającego kopiowanie płyt CD i DVD, zabezpieczonych przez producentów przed nielegalnym powielaniem. Sąd odrzucił zarzut przywłaszczenia informacji przypisanej do hiperlinku, dochodząc jednak do wniosku, że pozwany serwis dopuścił się naruszenia praw powoda w postaci reklamowania nielegalnego oprogramowania, poprzez zamieszczenie hiperlinku pod opisującym tę aplikację artykułem. Z tej racji, w opinii monachijskiego sądu, ISP powinien był podporządkować się roszczeniu o zaniechanie, z jakim wystąpiła strona pozwana.

Z przedstawionej powyżej analizy wynika, że w odniesieniu do odpowiedzialności podmiotu zamieszczającego hiperlinki do cudzych informacji, *de lege lata*, nie ma podstaw do zastosowania przepisów wyłączających odpowiedzialność

<sup>73</sup> Por. również: OLG Stuttgart, 24.04.2006, sygn. 1 Ss 449\_05 [*strafrechtliche Verantwortlichkeit für Links*].

<sup>74</sup> W niniejszej sprawie podstawę roszczenia stanowił § 1 UWG, lecz BGH podkreślił, że możliwe byłoby również powołanie się na regulację § 1004 BGB.

<sup>75</sup> Niem. *Urheberrechtsgesetz* vom 9. September 1965 (BGBl. I str. 1273).

<sup>76</sup> LG München I, 14.11.2007, sygn. 21 O 6742/07.



ISP, przewidzianych w Telemediengesetz. W świetle utrwalonych poglądów niemieckiego orzecznictwa w grę wchodzi przyjęcie konstrukcji prawnej przywłaszczenia informacji, co skutkowałoby identyczną odpowiedzialnością jak za informację własną. Decydujące znaczenie ma tutaj ocena sposobu, w jaki cudza informacja jest prezentowana usługobiorcy podmiotu zamieszczającego hiperlink. Możliwa jest również kwalifikacja odpowiedzialności linkującego jako naruszenie, uzasadniające wystąpienie z roszczeniem negatoryjnym. W takim przypadku spełnione muszą zostać przesłanki wskazane przez BGH w wyroku „Schöner Wetten“. Podsumowując, należy stwierdzić, że brak wyraźnej normatywnej regulacji odpowiedzialności za hiperlinki, na wzór regulacji zawartych w § 8–10 TMG, powoduje w Niemczech jedynie pozorny stan niepewności prawnej. Obszerny dorobek orzeczniczy niemieckich sądów, a w szczególności jego niezakłócona ciągłość od 1997 roku powoduje, że kwestia odpowiedzialności za odesłania hipertekstowe w Niemczech nie nastręcza większych problemów prawnych.

W Polsce problematyka odpowiedzialności autora hiperlinków nie jest częstym przedmiotem rozstrzygnięć sądowych<sup>77</sup>. Tym bardziej pozytywnie należy ocenić podejmowane działania zmierzające do nowelizacji w tym zakresie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Obserwując pod tym kątem niemiecki model oceny odpowiedzialności linkującego, szczególnie interesująca wydaje się elastyczna, a przy tym neutralna technologicznie, koncepcja oceny czynności linkowania z perspektywy sposobu zaprezentowania informacji docelowej na ekranie użytkownika.

---

<sup>77</sup> Szerzej znany i opisany w literaturze jest w zasadzie tylko wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 lipca 2004 r. [sygn. I ACa 564/04, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2004, nr 3–4, str. 155–162]. Wyrokiem tym Sąd Apelacyjny wydał kontrowersyjne rozstrzygnięcie, przyjmując, że zamieszczenie na stronie portalu internetowego głębokiego linku stanowi rozpowszechnienie wizerunku zamieszczonego na stronie WWW, do której następowało odesłanie.

## LEGAL FRAMEWORK OF LIABILITY FOR HYPERLINKS IN GERMANY

This article attempts to present the legal framework of liability for Hyperlinks in the German legal system. With the 1997 Teleservices act, this country was Europe's first to adopt a complex regulation of electronic communication, including a special liability regime for Intermediary Service Providers, applicable horizontally to all types of legal claims. Still, even after a total revision of the law in 2001, required by the process of implementation of the 2000/31/EC E-commerce Directive, and after a, maybe less revolutionary, transformation of the Teleservices act into the Telemedia act in 2007, which left the ISP liability section of the law unchanged, the problem of liability for hyperlinks has not been regulated directly.

This doesn't mean however, that the issue of liability of persons inserting hyperlinks into their web services poses a problem for German courts. This may have been the case under the original 1997 Teleservices act, when sometimes even very similar cases have been adjudicated differently by different courts. Paradoxically during that time the special ISP liability regime of the law was widely believed to be applicable to hyperlinks. The situation changed significantly after the revision in 2001, as the lawmaker, the doctrine and the judiciary unanimously stated the revised wording of the law, leaves no room for its direct application to hyperlinks. Worth mentioning here is the minority opinion, represented a.o. by Ulrich Sieber, claiming that, for certain types of hyperlinks (especially deep links provided automatically by search engines), an *per analogiam* application of the Teleservices act may be possible. Nevertheless, with the new law the question as how to handle cases of alleged liability of hyperlink providers was entirely up to the court's interpretation of general legal provisions.

The practice of legal assessment hyperlinks, or the practice of inserting thereof into web services, has been widely developed and confirmed especially by German jurisprudence. The Federal Supreme Tribunal in its 2003 "Paperboy" ruling confirmed the general admissibility of linking as such, both in form of simple links and deep-links. Later on, in 2004, its "Schöner Wetten" judgment the Tribunal introduced a procedure for testing particular cases of linking.

According to the Tribunal, when assessing the legality of hyperlinks, first to consider is the possibility of so called "appropriation" (*sich-zu-eigen-machen*) of 3<sup>rd</sup> party information. Originating from press law, this legal institute was incorporated into the 1997 Teleservices act. After revision of the law in 2001 the institute of appropriation wasn't transferred into the new wording of the law, nevertheless it continued to be applied by courts. With regard to hyperlinks,

such “appropriation” of third party information may be assumed in situations when the ISP designs a hiperlink in a manner which may cause the average user to wrongly believe the information, the user is being directed to, was provided by the same ISP. This may often be the case, when ISP’s own information is visually combined with 3<sup>rd</sup> party information, accessible by link (e.g. by using frames or in-line links). In such cases the ISP should be subject to liability just as if he were the content provider of such information.

In cases of civil liability, when the test for “appropriation” of information falls out negative, courts should continue the assessment with regard to the possibility of “disturber liability” (*Störerhaftung*) of the ISP, according to section 1004 of the German Civil Code. According to the Federal Supreme Tribunal this type of liability prerequisites the existence of ISP’s obligation to monitor the information. By assessing if such obligation exists, the Tribunal noted, several factors need to be considered, which are: (a) the general context in which the hyperlink is used; (b) the purpose of the link, (c) the awareness of the ISP as to the illegality of the information directed to; and (d) if the ISP can be reasonably expected to recognize such illegality. The Tribunal also emphasized the importance of the time of linking, noting, that the ISP isn’t obliged to monitor a hyperlink once inserted, thus he can’t be made liable if a previously legal information (targeted by the link) has afterwards been changed.