

ALMANYA'DA İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

The Civil Liability of Internet Service Providers in Germany

Mine KAYA*

ÖZET

İnternet servis sağlayıcıları internete erişim hizmeti sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir. İnternet servis sağlayıcılarının sorumluluğu birçok ülkede genellikle hukuk ve yargı yetkisi çerçevesinde çözülmesi gereken karmaşık bir konudur. Almanya interneti düzenleyen ilk ülkelerden biridir. Alman hukukunda internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu Telemediengesetz (Telemedya Kanunu)'de sınırlandırılmıştır. Telemedya Kanunu, yalnız ceza ve özel hukuktaki sorumlulukta başvurulabilecek öncelikli filtre hükümleri içermekle kalmamakta aynı zamanda Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifi'nin iç hukuktaki uygulamasını da temsil etmektedir. Bu makale internet servis sağlayıcılar hakkındaki Alman mevzuatı ve mahkeme içtihatlarındaki mevcut durum üzerinde durmaktadır. Makalede sorumluluk kavramına, internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunun sınıflandırılmasına, Telemedya Kanunu'ndaki hükümlere ve farklı internet servis sağlayıcıları ile araçlarının sorumluluğuna değinilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Almanya, Telemedya Kanunu, İnternet, İnternet servis sağlayıcıları, Hukuki sorumluluk

* Yargıtay Üyesi- Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Doktora Öğrencisi.

ABSTRACT

Internet service providers are real or legal persons that provides services for accessing in the internet. The liability of internet service providers is a complex issue that must often be resolved under the law and jurisdiction of several countries. Germany is the one of the first countries which regulating internet. The liability of internet service providers is restricted by Telemedia Act in German Law. This Code not only contains rules for civil and criminal law which are applied like a filter prior to the application of the special rules of liability but also represent the national implementation of the EU E- Commerce Directive. This article focuses on the current situation of German statutory and Case law on internet service providers. This article deal with concept of liability, classification of internet service providers' liability, legal provisions of Telemedia Act and liability of different service providers and intermediaries.

Keywords: Germany, Telemedia Act, Internet, Internet Service Providers, Civil Liability

GİRİŞ

İnternetin geçmişi 1960'lı yıllara dayanmasına rağmen, ekonomik ve siyasi öneminin 1990'larda keşfedilmesiyle birlikte hukuk doktrini de bu konuya ilgi duymuş, internetin yönetimi ve düzenlenmesine ilişkin hukuk kuralları tartışılmaya başlanmıştır. Almanya internet kullanıcılarının sayısı bakımından dünyada altıncı, Avrupa'da ise ilk ülke olması¹ nedeniyle hukuki düzenlemeleri ilk tartışan ve yasalaştıran ülkelerden olmuştur. Öyle ki, Almanya'daki düzenlemeler daha sonra Avrupa Birliği mevzuatındaki düzenlemelere de dayanak alınmıştır. Avrupa Birliği tarafından internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunu düzenleyen temel düzenleme olan 2000/31/EC sayılı² Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri,

¹ Parti, Katalin/Marin, Luisa. (2013). Ensuring Freedom of Protecting Rihgts in the Governance of the Internet: A Comparative Analysis on Blocking Reasures and Internet Providers' Removal of Illegal Internet Content, *Journal of Contemporary European Research*, Volume 9, 1 (2013). 10.04.2014 tarihinde <http://www.jcer.net/index.php/jcer/article/view/455> adresinden erişilmiştir.

² 08.06.2000 tarihli Direktifin tam adı "Discussing Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce in the Internal Market" olup metni için bakınız: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&rid=2> (10.04.2014).

Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Direktifi (AB E-Ticaret Direktifi) sonrasında Alman hukukunda da bu Direktif doğrultusunda mevzuat değişiklikleri yapılmış ve Direktif iç hukuka yansıtılmıştır.

Alman hukukunda internet servis sağlayıcılarının sorumluluğuna, yasal düzenlemeler ve yargı içtihatları yön vermektedir. Özel hukuk bakımından sorumlulukta cevaplandırılması gereken husus, servis sağlayıcıların ilettikleri içerik nedeniyle hangi yükümlülük ve sorumlulukların yüklenebileceği ve hangi durumlarda sorumlu tutulabileceği ile ilgilidir. Bu hususun cevaplandırılmasında telif hakkı, marka, haksız rekabet ve kişilik hakkına ilişkin çeşitli kanunlardaki düzenlemelerin yanı sıra Telemedya Kanunu (Telemediengesetz- The Telemedia Act), 7-10. maddelerine, yani sunulan internet servis hizmetlerine göre değişen ve aslında internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunu sınırlandıran hükümlere bakılmalıdır. Telemedya Kanunu'ndaki bu düzenlemeler sorumluluğa ilişkin muafiyetleri düzenlemekte ve gerek özel hukuk gerek ceza hukuku bakımından öncelikli olarak uygulama alanı bulmaktadır.³ Bu bakımdan makalede, internet servislerinin sağlanmasından kaynaklanan sorumluluk kavramı, başlıca korunma yolları ile sorumluluğun çeşitleri üzerinde durulacak, devamında sorumluluğa ilişkin Telemedya Kanunu hükümlerinden bahsedilecek ve sonrasında bu alandaki kanun ve yargı içtihatlarından yararlanılarak sorumluluk ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1- İnternet servisleri nedeniyle sorumluluk kavramı

İnternet servis sağlayıcıları, kişi veya kurumların internete bağlanmasını sağlayan, yani erişimi sağlama, sunucu kiralama, alan adı sağlama, sunucu barındırma, içerik sunma gibi çeşitli hizmetleri veren internet aktörlerini ifade etmektedir.⁴ Sundukları hizmet nedeniyle gerçekleşen telif hakkı ihlalleri, kişilik hakkı ihlalleri gibi ihlallerde, kişilere tanınacak koruma yolları ve internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu pek çok ülkede olduğu gibi Alman hukukunda da çeşitli tartışmalara neden olmuştur. İnternet servis sağlayıcılarının internet hizmetleri sunmaları nedeniyle oluşan ihlallere karşı, Alman özel hukuku bakımından tanınmış başlıca iki korunma yolu

³ Hoeren, Thomas/Yankova, Silvia. (2012) The Liability of Internet Intermediaries- The German Perspective, *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 43, No 5/2012, 501-531, s. 502.

⁴ SIRABAŞI, Volkan. (2007). *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığı ile Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)*, (2. Bası). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 142.

bulunmaktadır. Bunlardan ilki kusurun aranmadığı, saldırının önlenmesi (müdahalenin menı) ve içeriğın çıkarılması iddialarına dayalı davalar; ikincisi ise kusura dayanan tazminat davalarıdır. Telemedya Kanunu 7-10. maddelerinde internet servis sağlayıcıları için getirilen hükümler sorumluluk hükümleri olmayıp, aslında bir tür sorumluluk muafiyeti tanıyan hükümlerdir. Ancak bu muafiyet, sayılan korunma yollarından saldırının önlenmesi davası için geçerli değildir. Başka bir deyişle, sorumluluğın sınırlandıran bu maddelere, şikayet sonucu görülen ceza davaları ve tazminat davalarında başvurulmaktadır. Uygulamada saldırının önlenmesine ilişkin davalarda verilen kararlarda, önlemeye ilişkin yapılması gerekenlerin sınırlandırılmasının yeterince yapılmaması, istinaf ve temyiz başvurularına neden olmakta ve bu yolla gelen başvurular, kanun yolu başvurularının büyük bir çoğunluğunu oluşturmaktadır. Bu sayede yargı içtihatları uygulamaya yön vermekteyse de, bunlar arasında birlik sağlandığından söz edilemez.⁵

İnternet servis sağlayıcıların sundukları hizmetler nedeniyle sorumluluklarının incelenmesi ve belirlenmesinde, sorumluluğun nitelendirilmesi önemlidir. İnternet servis sağlayıcının doğrudan sorumluluğın, bizzat ihlalde bulunan yani fail olmasından kaynaklanabileceği gibi, üçüncü kişinin gerçekleştirdiği ihlale katılmasından da kaynaklanabilir. Diğer sorumluluk türleri ise rahatsızlık vermeden kaynaklanan sorumluluk ile rekabet hukukundan kaynaklı sorumluluk olup bu sorumluluk biçimlerine kısaca değinmek gerekir.

A- Kendi fiilinden sorumluluk (Direct Liability as a Tortfeasor)

Burada sorumluluk kusura dayalı sorumluluk olup, hukuka aykırı olarak kasıt veya ihmal ile başkasının haklarının ihlaline neden olunması halinde sorumluluk doğar.⁶ İnternet servis sağlayıcılarının kendi içeriklerini sunmaları dışındaki eylemleri, internete erişim, iletim ve depolamaya ilişkin olduğundan genel olarak kendi eylemleri nedeniyle sorumluluklarından söz edilemese de, bu ihtimalin varlığı özellikle haksız rekabete ilişkin davalarda gözden uzak tutulmamalıdır.⁷

⁵ Hoeren/Yankova, s. 502-503.

⁶ Koch, Harald. (2005) *Introduction to German Law*, Edited by Mathias Reiman and Joachim Zekoll, The Hague: Kluwer Law International, s. 207.

⁷ Hoeren/Yankova, s. 503.

B- Başkasının eylemine katılımdan sorumluluk (Direct Liability as a Participant)

Buradaki sorumluluk başkasının hukuka aykırı eylemine yardım veya onu eyleme teşvik şeklindeki katılmadan kaynaklanan bir sorumluluktur. Hukuka aykırı eyleme katkı sağlamadan kaynaklanan sorumluluk, ancak isteyerek haksız eyleme katılma biçiminde gerçekleşebilir ve müştereken ve müteselsilen sorumluluğu gerektirir.⁸ Bu sorumluluk, internet servis sağlayıcının özellikle hukuka aykırılık konusunda bilgilendirilmesine karşın bu hukuka aykırı eylemleri göz ardı etmesi ve benzer ileriki saldırıları durdurma konusunda gerekli önlemleri almamasından kaynaklanan bir sorumluluktur. Mahkemeler burada haksız saldırıya hareketsiz kalma ya da göz yumma şeklinde bir katkının bulunduğunu varsaymaktadır. Ancak bu katılıma ilişkin kurallar ile rahatsızlık vermeden kaynaklanan sorumluluğun arasındaki fark henüz tartışılmamıştır.⁹ Bununla birlikte LG (Landgericht)¹⁰ Münih¹¹ gibi mahkemeler, büyük ve ısrarlı şekildeki ihlallerde servis sağlayıcının iddia edilen içeriğin denetlenmesi yükümlülüğünü ihlalinde de bu sorumluluk kavramına başvurmuşlardır.

C- Rahatsızlık vermeden sorumluluk (Störerhaftung-Disturbance Liability)

Rahatsızlık verenin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğuna değil, Alman Medeni Kanunu 1004. maddesindeki mülkiyet hakkına saldırıda (müdahale-tecavüz) bulunanın verdiği rahatsızlık eylemi ve bu saldırının önlenmesi

⁸ Koch, s. 223.

⁹ Hoeren/Yankova, s. 503.

¹⁰ Çalışmamızda mahkemelere ilgili davanın medeni yargılama aşamalarına, yani yerel mahkeme-ilk derece (AG-LG), istinaf mahkemesi (OLG-KG) ve temyiz mahkemesi-yüksek mahkeme(BGH) düzeyinde olmasına göre bu adlarla yer verilecektir.

¹¹ LG München'in, 11.01.2006, 21 O 2793/ 05 sayılı davası, Latince üç adet ders kitabının telif hakkı sahibi olan davacının, davalıya ait internet açık artırma sitesinde takma adlı bir kullanıcı tarafından kitapların çevirilerinin açık artırmaya sunmasından kaynaklanmıştır. Davalı servis sağlayıcı davacı tarafından defalarca uyarılmasına rağmen satışı engellememiş ve kullanıcının kimlik bilgilerini davacıya vermekten kaçınmıştır. Mahkeme, davalının korunan bir eserin kopyalarının yayılmasına aracılık etmek suretiyle davacının haklarının ihlal edildiğini, kanuna aykırılık konusunda bilgilendirilmesine rağmen davalının ihlali ve ihlalin tekrarı tehlikesini önlemede gerekli önlemleri almadığı, çevirilerin internet ortamında sunulmasında hareketsiz kalarak hukuka aykırı eyleme kasten izin verdiği sonucuna varmıştır.

(tecavüzün men’i)¹² istemine dayanmaktadır. Alman Mahkemeleri bu hükmü çeşitli özel hukuk uyuşmazlıklarında kıyas yoluyla uygulamak suretiyle haksız fiil sorumluluğunu genişletmişlerdir.¹³ Bu sorumluluk ile tanınan saldırının önlenmesi davası, özel usulî yollardan olup tazminat istemlerini tamamlayıcı hükümlerdir.¹⁴ İnternet servis sağlayıcılarının rahatsızlık veren olarak sorumluluğu bunların haksız fiil faili olarak veya fiile katılımı nedeniyle sorumlu tutulamadıkları durumlarla ilgilidir. Bundesgerichtshof (BGH) rahatsızlık verenin sorumluluğuna ilişkin eski bir kararında¹⁵, bir kişinin başkasının hukuka aykırı eylemlerine uygun bir yolla neden olması durumunda, onun bu eylemleri önlemesinin de mümkün ve beklenebilir olduğunu belirtmiştir. Rahatsız edenin sorumluluğu kusursuz sorumluluğun bir çeşididir, bu yüzden bu sorumluluk için kusur aranmaz. Dahası Mahkeme¹⁶, rahatsızlık verme olasılığı olanlardan kaynaklı, beklenebilir ihlal tehditlerinin mevcudiyeti şartıyla bir çeşit önleme yükümlülüğü getirmiştir. Bununla birlikte rahatsız edenin sorumluluğuna, tazminat istemlerinde hukuki dayanak olarak başvurulamaz. Bu yüzden de rahatsızlık verenin eylemlerinden zarar görenler sadece saldırı niteliğindeki içeriğin kaldırılmasını ve saldırının önlenmesi kararı verilmesini isteyebilirler.¹⁷ Ancak mahkemelerin bu tutumu öğretide tartışmalara neden olmuş ve salt illiyete dayalı bir sorumluluk oluşturulduğu eleştirisi yapılmıştır.¹⁸ Bunun üzerine mahkemeler bu kusursuz sorumluluğu, içeriği denetlemeye yönelik beklenebilir yükümlülüklerin ihlali şartı ile sınırlandırmışlardır. Servis sağlayıcının rahatsızlık veren olarak ne dereceye kadar denetim hareketinin “beklenebilir” olduğunun belirlenmesi gerekip, bu belirleme her somut olayda ayrı yarı değerlendirilmelidir. Son yargı kararlarında, “beklenebilirlik”

¹² “Unterlassungsklage” kavramı Alman Brockhaus Fachlexikon Recht, Yürüten/Kesmen Almanca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü gibi çeşitli hukuk sözlüklerinde tecavüzün ref’i, müdahalenin men’i, öğretide ise saldırının durdurulması, saldırının önlenmesi olarak adlandırılmakta olup yargı kararlarında saldırının durdurulması veya ileriki saldırıların önlenmesi istemlerine konu edildiğinden isteme göre saldırının durdurulması veya önlenmesi olarak adlandırılmıştır. Bu kavramın öğretideki karşılığı konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Kılıçoğlu, Ahmet M. Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk. (2013). (4.Bası). Ankara: Turhan Kitapevi, s. 322-323.

¹³ Hoeren/Yankova, s. 504.

¹⁴ Koch, s. 223.

¹⁵ BGH, 06.07.1954, I ZR 38/53 (naklen Hoeren/ Yankova, s. 504).

¹⁶ BGH, 10.04.2007, I ZR 35/04 (naklen Hoeren/ Yankova, s. 504).

¹⁷ Hoeren/Yankova, s. 504.

¹⁸ Hoeren/Yankova, s. 504.

hususunun belirlenmesinde bazı kriterler geliştirilmiştir: Servis sağlayıcının saldırıyı önlemede teknik ve ekonomik yeterliliği, servis sağlayıcının bu hizmetten kârı, ihlalin önemi ile özellikle kısıtladığı hakkın niteliği ve genel olarak ihlalin mevcudiyetini gösterir ne kadar çok ayrıntı varsa, o kadar çok içeriği araştırma yükümlülüğünün beklenir olması bu kriterlerdendir.¹⁹

Ancak unutulmaması gereken husus, internet servis sağlayıcılarının iletimini sağladıkları içerikle ilgili araştırma ve denetim yükümlülüğünün ilk olarak içerik nedeniyle bir ihlalin farkına varmalarından sonra başladığıdır. Zaten aksinin düşünülmesi, Kanun'un 7. maddesinde bahsedilen içerik denetimine ilişkin yükümlülük yüklenemeyeceği kuralına aykırıdır. Servis sağlayıcının rahatsızlık veren olarak gelecekteki benzer saldırıları durdurmak için gerekli önlemleri alması gerekirse de bu yükümlülüğe, yalnızca sundukları servisle ilgili kanuna aykırı eylemlerin kolayca anlaşılabilir olduğu durumlarda başvurulması gerekir.²⁰

D- Rekabet hukukuna bağlı sorumluluk (Direct Liability Under Competition Law)

Rekabet hukuku uyuşmazlıkları bakımından mahkemelerce belirlenen rahatsızlık vermeden kaynaklanan sorumluluğun uygulanmasının yarattığı tartışmalar²¹ sonucu, rekabet hukuku altındaki sorumluluk mahkemelerce yeniden belirlenmiştir. Rahatsızlık vermeden kaynaklanan sorumluluğun, mülkiyet hakkı gibi mutlak bir hakkın ihlalinden kaynaklanmasına karşın, rekabet hukukunda kanuna aykırılığın haksız rekabet eyleminin kendisinden, yani özel bazı ticari davranış kurallarının ihlalinden kaynaklanmış olması tartışmaya neden olmuştur. BGH bunun üzerine, internet servis sağlayıcıları için doğrudan bir sorumluluk şekli yaratmıştır.²² Buna göre, rekabet hukukunun öngördüğü sorumlulukları ihmal eden taraf, ihlale gerçekte başkası tarafından sebep olunmuşsa bile direk ihlal eden olarak görülecektir. Davada internet açık artırılmalı satış servisi sunucusu, platformunda müstehcen içerikli ürünlerin satımına ticari davranış kurallarını ihlal ederek aracılık ettiğinden haksız fiil faili olarak nitelendirilmiştir. Mahkemeye göre, sorumluluk alanında bir çeşit tehlike yaratan ya da tehlikenin varlığına izin

¹⁹ Hoeren/Yankova, s. 505.

²⁰ Hoeren/Yankova, s. 505.

²¹ Hoeren/Yankova, s. 505.

²² BGH, 12.07.2007, I ZR 18/04 (naklen Hoeren/Yankova, s. 506).

verenin, bundan kaynaklanabilecek başkalarına zarar verecek riskleri önleyici beklenebilir tüm önlemleri alma gibi genel bir yükümlülüğü vardır.²³

2- Sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yasal dayanağı ve niteliği

Almanya'da internet servis sağlayıcılarının sorumluluklarına ilişkin düzenleme, ilk olarak bilişim ve iletişim hizmetlerine ilişkin düzenlemelerin bir parçası olarak 1997 yılında Teleservisler Kanunu (Teledienstgesetz) ile yapılmış,²⁴ bu Kanun kullanıcı ve sağlayıcı olarak iki süjeyi tanımlayarak sağlayıcıların sorumluluğuna dair hükümlere yer vermiştir.²⁵

Teleservisler Kanunu, AB E-Ticaret Direktifi'nin çıkartılmasından sonra Direktif doğrultusunda 2001²⁶ de revize edilmiş, sunulacak hizmetler detaylandırılarak sorumluluğa ilişkin hükümler sunulan bu hizmetlere göre çeşitlendirilip farklılaştırılmıştır.²⁷

Teleservisler Kanunu'nun ismi daha sonra teleservisler ile medya servisleri arasındaki ayrımı kaldıracak şekilde Telemedya Kanunu (Telemediengesetz) olarak değiştirilmiş olup "telemedya" kavramı tüm elektronik bilişim ve iletişim (haberleşme) hizmetlerini yani, kişisel web sayfaları, bloglar, online satış mağazaları, sohbet odaları, podcastlar, web

²³ Hoeren/Yankova, s. 505-506.

²⁴ Hoeren, Thomas. Liability of online Services in Germany, *German Law Journal*, Vol. 10 No. 05, 561-589, s. 561-562

²⁵ 13.07.1997 tarihinde kabul edilen Kanun 01.08 1997 tarihinde yürürlüğe girmiş olup sorumluluğu düzenleyen 5. Maddesi şu şekildedir:

"(1) Servis sağlayıcılar, kullanıma hazır tutukları kendi içeriklerinden genel kurallara göre sorumludurlar.

(2) Servis sağlayıcılar, kullanıma hazır tutukları yabancı içeriklerden, ancak bunların içeriğini bildikleri ve bunların kullanılmasının engellemesinin, teknik olarak mümkün ve kendilerinden beklenebilir olduğu durumda sorumludurlar.

(3) Servis sağlayıcılar, münhasıran erişim sağladıkları yabancı içerikten sorumlu değildir. Yabancı içeriklerin, kullanıcı sorgusu üzerine otomatik ve kısa süreli olarak bulundurulması, erişim sağlama anlamına gelir.

(4) Servis sağlayıcılar, hukuka aykırı içeriklerden Telekomünikasyon Kanunu'nun 85. Paragrafı uyarınca iletişim sırrının korunması kapsamında haberdar oldukları ve erişimin engellenmesinin teknik olarak olanaklı ve kendilerinden beklenebilir olduğu durumlarda, söz konusu içeriklerin kullanımının önlenmesine ilişkin genel düzenlemelerden doğan yükümlülükleri saklıdır.(Kanun metni Hee-Hang, Seung(2007). "Compu-Serve Davası", Çeviren İlker Tepe, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7*, Ankara Seçkin Yayıncılık, s. 327, 5 nolu dipnottan alınmıştır).

²⁶ 14.12.2001 tarihli bu değişiklik, AB mevzuatının iç hukuka yansımaları sağlayacak biçimde ve AB mevzuatına paralel düzenlemeleri içermektedir.

²⁷ Hoeren, s. 561.

portallarını da kapsar şekilde kullanılmıştır.²⁸ Bu değişikliği hazırlayan sebep Federal Hükümet ve Federe Devletler arasındaki uyumsuzluk ve uygulama farklılıkları olmuştur. Bu farklılık nedeniyle telemedya hizmetlerinin tek bir yasa ile düzenlenmesi mümkün olmadığından karma sistemle düzenleme yolu tercih edilmiştir. Bu karma sistemde uzlaşma Federal Hükümet ile Federe Devletler arasında imzalanmış Medya Hizmetleri Devlet Sözleşmesi “Rundfunkstaatsvertrag” (RStV) ile sağlanmıştır. Bu sözleşmede telemedya hizmetlerinin ekonomik kısmından Federal Hükümetin sorumluluğuna karşın diğer konularda Federe Devletlere sorumluluklar yüklenmiş, basın ilkeleri gözetilmek suretiyle bilgiden kaynaklanan sorumluluk, veri koruma düzenlemeleri gibi birçok alana yer verilmiştir.²⁹ Bu sözleşmeden sonra Federal Hükümet 2007’de Telemedya Kanunu’nu çıkarmış, bu kanunla Teleservisler Kanunu ile Teleservislerdeki Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’ndaki hükümler bir araya getirilmiştir. Kanun özünde temel bir insan hakkı olan bilgiye erişim hakkını, kişisel verilerin özel olarak korunmasına yönelik hükümleri, şeffaflık kurallarını ve 7 ila 10. maddeleri arasında internet servis sağlayıcılarının sorumluluklarını düzenlemektedir.³⁰ Bu düzenlemelerde aslında AB. E-Ticaret Direktifinin 12 ila 15. maddelerine paralel düzenlemelere yer verilmekte ve büyük ölçüde bu maddelerdeki koşullar aranmaktadır.³¹

Telemedya Kanunu en son 2010 yılında³² değişikliğe uğramış olup bu değişiklikten konumuzu oluşturan internet servis sağlayıcılarının sorumlulukları kısmı etkilenmemiştir. Dolayısıyla internet servis sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin 2007 tarihinde yapılan değişiklikteki 7 ila 10. maddeler halen yürürlüktedir. Bu hükümlere göre Kanun, basit iletim, ön belleğe alma, yer sağlama ve içerik sağlama olarak dört çeşit internet servis hizmetine yer vermiş, bu hizmetleri yerine getiren içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve yer (barındırma) sağlayıcı olarak üç çeşit internet servis sağlayıcıyı birbirinden ayırmıştır.³³

²⁸ Dörr, Dieter/Janich, Steffen. (2011). The Criminal Responsibility of Internet Servis Providers in German Law, *Misissippi Law Journal*, Vol 8, S. 4, 1247-1261, s. 1248-1249.

²⁹ Dörr/Janich, s. 1249.

³⁰ Dörr/Janich, s. 1249-1250.

³¹ Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten/ Meyer, Stephen/Wind, Thilo.(2008). *Regulation of Broadcasting and Intenet Services in Germany A Brief Overview*, No 13, 2. Baskı, Hamburg: Working Papers of Hans Bredow Institute, s. 16.

³² Bu değişiklik 31.05.2010 tarihinde yapılmış ve Kanun’un genel hükümlere ilişkin ilk kısmındaki hükümleri değiştirmiştir.

³³ Hoeren, s. 562.

Alman hukukunda internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunu düzenleyen Telemedya Kanunu’nun hükümleri hem ceza, hem kamu hem de özel hukuk uyumsuzlukları bakımından uygulanabilecek hükümlerdir.³⁴ Özel hukuk bakımından Kanun’un kapsadığı konular, kişilik hakkı ihlalleri, telif ve marka hakkı ihlalleri ile haksız rekabetin önlenmesidir.³⁵ Bu hükümler, kanun koyucu tarafından sorumluluğa ilişkin başvurulabilecek öncelikli hükümler olarak düşünülmüş olup, bu önceliğin ne olarak nitelendirileceği konusunda çeşitli tartışmalar yapılmışsa da³⁶, ağırlıklı görüş bunların “filtre hükümler” olarak yol gösterici olduğunun kabulü şeklindedir.³⁷ İnternet servis sağlayıcılarına ilişkin bu hükümler, aslında internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunu genişleten değil sınırlayan düzenlemeleri kapsamakta, internet servis sağlayıcıların sorumluluğu konusunda muafiyetler getirmektedir.³⁸ İnternet servis sağlayıcıları sorumlulukla ilgili davalarda, özel veya ceza hukukuna ilişkin hükümlerden önce, bir filtre gibi bu hükümlere başvurarak sorumsuzluğa ilişkin birer imtiyaz veya savunma sebebi olarak bu hükümleri ileri sürebilirler.³⁹ İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğu bakımından bu hükümler, uyumsuzluk veya iddianın esasını çözmeye yönelik hükümler olmayıp o iddianın varlığı için aranacak ek şartları oluştururlar.⁴⁰ Başka bir deyimle bu Kanun’da düzenlenen sorumluluğun, kamu ve özel hukuk alanında başka düzenlemelere de konu olduğu durumlarda, özel veya kamu hukukuna ilişkin bu kurallardan önce “ön filtreleme normu”⁴¹ olarak kabul edilen Telemedya Kanunu’ndaki sorumluluğun koşullarına bakılacaktır.⁴²

³⁴ Hoeren, s. 562; Dörr/Janich, s. 1251.

³⁵ Bettinger, Torsten/Freytag, Stefan. (1999). Civil Law Responsibility for Links, s. 2, 15.04.2014’de http://www.bettinger.de/fileadmin/mediapool/downloads/Civil_Law_Responsibility_for_Links.pdf adresinden erişilmiştir.

³⁶ Hoeren, s. 562.

³⁷ Hoeren, s. 562; Dörr/Janich, s. 1252.

³⁸ Dörr/Janich, s. 1252; Gramlich, Cristoph. (2012) Civil Liability for Violations of Personal Rights on the Internet from the German Point of View, *Freiburg Law Students Journal*. 15.04.2014’de <http://www.freilaw.de/civil-liability-for-violations-of-personal-rights-on-the-internet-from-the-german-point-of-view/697> adresinden erişilmiştir.

³⁹ Hoeren/Yankova, s. 502.

⁴⁰ Gramlich, 2012.

⁴¹ Erman, R. Barış. (2001). Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 59, Sayı: 1-2, 203-225, s. 209.

⁴² Dörr/Janich, s. 1252.

3- Sorumluluğu düzenleyen maddeler

Telemedya Kanunu'ndaki düzenlemede önce internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunun ana hatları çizilmiş olup tüm servis sağlayıcılar için geçerli olan genel ilkeler belirlenmiş, devamında ise sunulan hizmetlere göre özel düzenlemelere yer verilmiş olup ilgili maddeler şunlardır:⁴³

Madde 7. Genel İlkeler

(1) Servis sağlayıcıları kullanıma açık tuttıkları kendi bilgileri için genel hükümlere göre sorumludurlar.

(2) 8. madde ile 10. maddeye kadar bahsi geçen servis sağlayıcılarının kendileri tarafından aktarılan veya kaydedilen bilgileri izleme veya hukuka aykırı bir eyleme işaret eden koşulları araştırma sorumlulukları yoktur. Servis sağlayıcılarının 8. madde'den 10. madde'ye göre sorumsuzlukları halinde dahi genel hükümlere göre bilgilerin kullanımı engelleme veya uzaklaştırmaya ilişkin sorumlulukları muaftır. Haberleşme hürriyetinin Telekomünikasyon Kanun'unun 88. maddesine göre korunması saklıdır.

Madde 8. Bilginin aktarımı

(1) Servis sağlayıcıları iletişim ağında aktardıkları veya kullanıma erişim sağladıkları yabancı bilgiler hakkında;

1. aktarımı başlatmadıkları,
 2. aktardıkları bilgilerin muhataplarını seçmedikleri ve
 3. aktardıkları bilgileri seçmedikleri veya değiştirmedikleri,
- müddetçe, sorumlu değildirler.

Birinci cümle, Servis sağlayıcılarının hukuka aykırı fiilleri işlemek için kasıtlı olarak kendi hizmetinden faydalanan bir kullanıcıyla beraber çalışmaları halinde geçerli değildir.

(2) Birinci fıkra anlamında bilgilerin aktarımı ve erişim sağlanmasına aracılık etme, bilgilerin otomatik kısa süreli ara kaydının sadece iletişim ağındaki aktarımın gerçekleştirilmesi için olması ve bilgilerin aktarım için normalden daha fazla kaydedilmemesi koşuluyla, bahsi geçen durumu da kapsar.

⁴³ Maddelerin çevirisi Freiburg Max-Planck Enstitüsü Doktora Öğrencisi Mehmet Arslan tarafından yapılmıştır.

Madde 9. Bilgilerin hızlandırılmış aktarımı için ara kayıt

Servis sağlayıcıları otomatik zaman sınırlı ve sadece yabancı bilgilerin diğer kullanıcılara talep üzerine daha etkin bir şekilde aktarımın düzenlemek amacıyla yapılan ara kayıt için;

1. bilgileri değiştirmedikleri,
2. bilgilere erişimin koşullarına uydukları,
3. genel kabul gören ve kullanılan endüstri standartlarınca tespit edilen bilgilerin güncelleştirme kurallarına uydukları,
4. genel kabul gören ve kullanılan endüstri standartlarınca tespit edilen bilgilerin kullanımını hakkındaki verilerin toplanmasına ilişkin teknolojilerin geçerli kullanımını zedeledikleri ve
5. bu madde anlamında kaydedilen bilgileri uzaklaştırmak veya bunlara erişimi engellemek için, bilgilerin kaynak çıkış noktalarından yayılmasının ağdan çıkartıldığı veya bunlara erişimin engellendiği veya bir mahkeme veya idari kurumun çıkarmaya veya engellemeye karar verildiği hakkında bilgi alır almaz zaman geçirmeden hareket ederlerse,
sorumlu değildirler.
8. maddenin 1. fıkrasının 2. cümleleri kıyasen uygulanır.

Madde 10. Bilgilerin kaydedilmesi

Servis sağlayıcıları bir kullanıcı için kaydettikleri yabancı bilgilerden dolayı;

1. hukuka aykırı hareket veya bilgi hakkında bilgi sahibi olmadıkları ve tazminat taleplerinin varlığı halinde hukuka aykırı bir hareket veya bilginin açık bir şekilde anlaşıldığı olgu veya koşullara vakıf olmadıkları veya
2. bu bilgiyi elde eder etmez, bilgileri çıkarma veya erişimin engellenmesi için zaman geçirmeden harekete geçmeleri halinde,
sorumlu değildirler.

Birinci cümle, kullanıcının servis sağlayıcının altı olması veya onun tarafından gözetlenmesi durumunda geçerli değildir.

4- İnternet servis sağlayıcıları ve sorumlulukları

Alman hukukunda internet servis sağlayıcıları, fonksiyonları bakımından birbirlerinden ayrılmış ve bu ayrıma göre sorumlulukları derecelendirilmiştir. Bu sistem gereği internet servis sağlayıcılar, adlarına açıkça yer verilmese de içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve yer (barındırma) sağlayıcı olarak sınıflandırılmıştır.

A- İçerik sağlayıcı

İçerik sağlayıcı kendi hazırladığı içeriği internet ortamında üçüncü kişilerin kullanıma sunan bilgi sağlayıcısıdır. Bu bağlamda internette kendi web sayfasını hazırlayan onun içeriğinden sorumludur.⁴⁴ İçerik sağlayıcının kendi hazırladığı içerik nedeniyle sorumluluğunda, bu içeriği başkasından kopyalaması veya kullanım hakkına sahip olmaması hallerinde bile sorumluluğu geçerlidir.⁴⁵ Telemedya Kanunu 7/1. maddesinde “servis sağlayıcıları kullanıma açık tuttıkları kendi bilgileri için genel hükümlere göre sorumludurlar” denilmek suretiyle, içerik sağlayıcının kendi kullanıma sunduğu içerik (bilgi) nedeniyle sorumluluğu “genel hükümlere” tabi kılınmıştır. Yani içerik nedeniyle cezai ve hukuki bir sorumluluk varsa içerik sağlayıcı genel hükümler gereği eylemi nedeniyle sorumlu tutulacaktır.⁴⁶

Gerek AB hukukunda gerek Alman hukukunda internet servis sağlayıcılarının sorumsuzluğuna ilişkin ayrıcalık, başkasına ait (harici) içerik söz konusu ise geçerlidir. Bu bağlamda servis sağlayıcının kendisine ait içerik ile başkasına ait içeriğin nasıl belirleneceği ve ayrımının yapılacağı sorusu gündeme gelecektir. Zira içerik sağlayıcının sorumluluğunda asıl belirleyici olan ve önem kazanan husus başkasına ait içerikten kaynaklanmaktadır.⁴⁷ İçerik sağlayıcının internet ortamında başkasına ait içeriğe yer vermesi, link verilmesi, frame vb. yollarla bağlantı sağlaması mümkün olup pratikte bu durumda, kişinin internet ortamında kendisi tarafından hazırlanmış içerik ile üçüncü kişinin içeriğinin birbirinden ayrımının açıkça yapılmış olması önem kazanacaktır.⁴⁸ İçerik sağlayıcının “içerik nedeniyle sorumluluk sahibine aittir, hiçbir sorumluluk kabul etmeyiz

⁴⁴ Hoeren, s. 562.

⁴⁵ Dörr/Janich, s. 1253.

⁴⁶ Dörr/Janich, s. 1253.

⁴⁷ Dörr/Janich, s. 1253.

⁴⁸ Hoeren, s. 562.

vb.” ifadelerle başkasına ait içerikle kendi içeriğini ayırt etmesi mümkün ise de, bu durum Alman mahkemelerince her zaman sorumluluğu ortadan kaldıran bir durum olarak değerlendirilmemiştir.⁴⁹ Hamburg LG bir kararında⁵⁰, özel hayata ilişkin bilgileri içeren başkasına ait içerik nedeniyle bir internet forum işleteninin sorumluluğunu tartıştığı davada, işletenin özel hayatı ihlal eden başkasına ait içerikle ilgili genel bir mesafe koymasına ilişkin sorumsuzluk şartının geçerli olmayacağını belirtmiştir. Kararda içerik sahibinin sadece kendisine ait içerik nedeniyle değil, internet ortamında erişimine imkân sağladığı başkasına ait içerik nedeniyle de sorumlu olabileceği, zira forum işleteninin gönderilen bilgileri değiştirip düzeltme imkânına sahip olduğu açıklanmış, işletenin hâkimiyet sahasında bulundurma gerçeğinin bir sonucu olarak siteye kanuna aykırı olarak gönderilen içerik nedeniyle sorumlu olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Başkasına ait içeriğin kullanıma sunulmasıyla yayılmasında şu üç durumun birbirinden ayrılması gerekir. Bunlar, içeriğin teknik dağıtımı, fikri dağıtımı ve başkasına ait içeriğin benimsenmesidir.⁵¹

Başkasına ait içeriği, içerik sağlayıcı sadece teknik olarak yayıyorsa, içerikle ilgisi olmayıp içerik hakkında bir bilgisi de yoktur.⁵² Bu nedenle içerik sağlayıcıların başkasına ait içerik nedeniyle cezai ve tazminat nedeniyle sorumlu olmayacakları düşünülebilirse de, bu onlara karşı saldırının önlenmesi veya durdurulması konusunda yasal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmaz.⁵³ Ancak üçüncü kişilerin haklarının ihlali söz konusu ise başvurulabilecek bu yollarla sorumluluk, dağıttıkları ürünlerle hiçbir bağlantıları olmayan dağıtıcı şirketlerin sorumluluğuna benzer.⁵⁴ Burada sorumluluk içerik sahibine ait olup, içerik sağlayıcı devamlı güncellenip değişen içeriğe atıf yaptığından, her ne kadar Kanun'un 8/2. maddesi (ön belleğe ara kayıt) lafzında araştırma yükümlülüğüne yönelik istisnada link aracılığı ile bilginin dağıtımından söz etmese de, buradaki istisna hükümleri teknik dağıtım yapan içerik sağlayıcılara da uygulanabilir.⁵⁵

⁴⁹ Hoeren, s. 562.

⁵⁰ LG Hamburg, 27.04.2007, 324 O 600/6 (<https://dejure.org/>).

⁵¹ Köster, Oliver/Jürgens, Uwe. (2003). *Liability For Links in Germany*, Hamburg: Working Papers of the Hans Bredow Institute, s. 6.

⁵² Köster/Jürgens, s. 6-7.

⁵³ Köster/Jürgens, s. 9.

⁵⁴ Köster/Jürgens, s. 9.

⁵⁵ Köster/Jürgens, s. 9.

İçeriği fikren yayan için, en azından bu içerikten haberdar olması ve buna bağlı olarak içeriğe atıf yapması, imada bulunması, bahsetmesi, espri yapması gibi yollarla içeriğin farkında olduğunun anlaşılması gerekir.⁵⁶ Başkasına ait içeriği fikren yayan, onu tam kendi içeriği gibi benimsemese bile sorumlu tutulabilir. Bu içeriğin benimsenmediğinin genel ifadelerle belirtilmiş olması durumunda, içeriğin belli bir suç düzeyine ulaşmaması hali ve özellikle hakaret içeren içerikler nedeniyle sorumluluk doğmayacağı mahkemelerce kabul edilmektedir.⁵⁷ Bu dağıtım işleminin kanuna uygunluğu her olayda o olayın şartları ve özellikle yayılan hukuka aykırılığının ciddiyeti ile bu bilginin yayılmasındaki yararların tartılması suretiyle belirlenecektir.⁵⁸

Başkasına ait içeriğin benimsenmesinde, içerik sağlayıcı başkasına ait içerikle aynı fikirde olup içeriğe katılmakta, bu katılımı da kullandığı kelimelerle içerik sanki kendisine aitmiş gibi ortaya koymakta, başkasına ait içeriği hazırlamadığı halde öyle davranmakta ve bağlantı sağladığı beyanlarla kendisini özdeşleştirdiğini göstermektedir.⁵⁹ Başkasına ait içeriğin benimsenip benimsenmediğinin en çok gündeme geldiği konu linklerdir. Çok miktardaki veri veya dökümana evrensel olarak yapılan atıflar içeriği benimseme olarak kabul edilemeyeceği gibi, bağlantı sağlanan içeriğin link sağladığı başka içerikler nedeniyle bu yeni içeriğin benimsediği genel olarak kabul edilmemektedir.⁶⁰ İçerik sağlayıcı başkasına ait içeriğe sayfa içi link (inline –link) vererek geçiş sağlamak suretiyle benimsediği kabul edilebilir. Bu şekildeki link, içerik sağlayıcının kendi bilgisi ile öyle bir bütünlük göstermektedir ki, içerik sağlayıcı bilgilerin kaynaklarını açıkça ayırt etmedikçe bu onun benimsediği içerik sayılır. Bu durumun istisnasını ise, içerik sağlayıcının gerçekten bu içerikle aynı fikirde olmadığını, bu fikri onaylamadığını veya karşı olduğunu açıkladığı durumlar oluşturur.⁶¹ Fakat linkin içerik sağlayıcının servisi ile bu derece bütünlük içinde olmadığı durumlarda da başkasına ait içeriğin benimsenmesi mümkündür. Özellikle

⁵⁶ Köster/Jürgens, s. 6-7.

⁵⁷ Köster/Jürgens, s. 9.

⁵⁸ Köster/Jürgens, s. 9.

⁵⁹ Hoeren, Thomas. (1998). Liability in the Internet und the new German multimedia law regulations, (multimedia). 10.04.2014'de <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/veroeffentlichungen/Auteurs&Media-Article.pdf> adresinden erişilmiştir.

⁶⁰ Dörr/Janich, s. 1255.

⁶¹ Köster/Jürgens, s. 8.

basınla ilgili davalarda bu konu gündeme gelebilir. İçerik sağlayıcının link vermesi bir atıf belirtisi olabilir. Çok sayıda ve belli bir listedeki günlük gazetelere link verilmesinde, her ne kadar bu gazeteler bilerek seçiliyorsa da, içerik sağlayıcı içerikleri devamlı değişen bu linklere genel bir atıfta bulunmaktadır.⁶² İçerikleri sık sık değişmeyen bir internet sitesi veya makale gibi unsura link verilmesi durumunda, orta düzeydeki bir kullanıcı bunun sunuş biçiminden (renginin farklılığı, altının çizili olması vb.) farklı olduğunu anlayabilir. Dahası bu tür bağlantı yapılan linke içerik sağlayıcının hakim olması, linkin içeriğini değiştirmesi de beklenemez. Bu durumda başkasına ait içeriğin benimsendiğine dair açık kabul veya “satır arası” açıklamalara göre durumun değerlendirilmesi gerekir. Bazı durumlarda sadece şeklen kendi içeriği ile başkasına ait içeriğin ayrıştırılması durumu değiştirmeyecek, bu ayrımın gerçekten varlığı diğer bağlantılı şartlarla birlikte değerlendirilecektir. Bağlantı yapılan içeriğin ağır şekilde kanuna aykırılığının açıkça görüldüğü durumlarda, onun benimsenmiş olmasının sınırı daha düşük olarak değerlendirilecektir.⁶³ Başkasının içeriğine erişim sağlayıcı tarafından link sağlamada link verenin durumunu Berlin-Tiergarten Yerel Mahkemesi tartışmıştır.⁶⁴ Mahkeme burada linkin bağlamını, hangi bağlamda bağlantı yapıldığını ve bunun sunuluş biçimini dikkate almıştır. Link ile başkasının içeriğine sadece bir atıf yapılıyorsa link veren erişim sağlayıcıdır ya da böyle değerlendirilmelidir. Ancak başkasının içeriğini benimsemesi ile link atılmasında durum farklıdır. Burada, içerik sağlayıcı gibi davranmakta ve link atarak bağlantı sağladığı linkteki beyanlarla kendisini özdeşleştirdiğini göstermektedir.⁶⁵

Başkasına ait içeriğin benimsenmesini belirlemede içerik sağlayıcının durumuna da bakılmalıdır. Bir başkasının içeriğinin bilerek ve seçilerek alınması ve bunun açıkça içerik sağlayıcı tarafından kabulü halinde, başkasına ait içeriğin onun tarafından benimsendiği sonucuna varılabilir. Ayrıca içerik sağlayıcının başkasına ait içeriği benimsediği konusunda, içeriğe ilişkin görünen tutumuna dayalı objektif çıkarımlar da bu varsayımı destekleyebilir. Editoryal bir incelemenin (haber gruplarında moderatör vb. kullanılması) olduğu durumlarda içeriğin hiçbir değişime uğramadan aynen

⁶² Köster/Jürgens, s. 8-9.

⁶³ Köster/Jürgens, s. 9.

⁶⁴ Naklen Hoeren (multimedia), 1998.

⁶⁵ Hoeren (multimedia), 1998.

alınması veya içerikle ilgili evrensel kabul gören sorumluluğa ilişkin kabul anlamına gelen bir açıklamanın bulunması hallerinde içeriğin benimsendiği sonucuna varılabilir⁶⁶.

Ancak servis sağlayıcının başkasına ait içeriği benimseyip benimsemediği her davada o davanın koşullarına göre belirlenmelidir.⁶⁷ Burada içeriğin benimsenip benimsenmediği, kullanıcının perspektifinden incelenmeli, benimsenen içeriğin içerik sağlayıcının olduğuna dair kullanıcıda bir kanaat oluşmalıdır.⁶⁸

Kişi başkasına ait içeriği benimsemiş kendisine aitmiş gibi yaymış ise, bağlantı sağladığı içeriği kontrol etmediği veya bağlantının devamına ilişkin yardımı nedeniyle sorumlu tutulmaktadır.⁶⁹

B- Erişim sağlayıcı

İnternet ortamında, başkalarına ait bilgileri (içerik) yalnızca ileten veya bilgilerin kullanımına erişimini sağlayan hizmet sağlayıcıları erişim sağlayıcılar olup bunlar müşterilerinin telefon hatları aracılığı ile internet erişimini sağlayan elektronik haberleşme şirketlerine benzetilirler.⁷⁰ Bu nedenle de erişim sağlayıcılar kural olarak ilettikleri bilgiler nedeniyle sorumluluktan muafırlar. Bu sorumluluktan muafiyetinin nedeni bilgi toplumunda erişim hizmetlerinin öneminden kaynaklanmakta, erişim sağlayıcıların erişim altyapısı ile hukuka aykırı veya zararlı içeriği ileterek bunların yayılmasına yardımcı bulunmaları, bunlara sorumluluk yüklenmesini gerektirir makul bir neden olarak görülmemektedir.⁷¹

Erişim sağlayıcıların sorumluluğu Telemedya Kanunu, 8 ve 9. maddelerinde düzenlenmiş olup bu hükümler AB E-Ticaret Direktifinin 12. maddesine karşılık gelmekte, erişim sağlayıcılar için basit iletim hizmetlerinin yanı sıra ön belleğe alma (caching) şeklindeki ara depolama hizmetlerini de düzenlemektedir.⁷² Kanun'un 7/2. maddesi gereği erişim sağlayıcılara ilettikleri veya kaydettikleri içerik nedeniyle bir içerik denetimi

⁶⁶ Dörr/Janich, s. 1254.

⁶⁷ Dörr/Janich, s. 1254.

⁶⁸ Köster/Jürgens, s. 6-7.

⁶⁹ Dörr/Janich, s. 1255.

⁷⁰ Dörr/Janich, s. 1256.

⁷¹ Dörr/Janich, s. 1256-1257.

⁷² Hoeren, s. 565.

yükümlülüğü getirilmemiştir. Ceza ve tazminat sorumlulukları söz konusu olmasa da, genel hükümlere göre erişim sağlayıcılara içeriğin yayından çıkarılması veya erişimin engellenmesi yükümlülüğü getirilebilir ki, bu yükümlülükler onların sorumluluk muafiyetinden etkilenmezler. Ancak burada “hiç kimsenin imkansız zorlanamayacağı” (impossibilium nemo obligator) ilkesine başvuru olarak sınırsız erişimin engellenmesi istemlerine karşı konulabilir.⁷³(Önceki düzenlemede Teleservisler Kanunu 5. maddesinde teknik olarak mümkün ve beklenebilir olma şartı aranırken yeni düzenlemede bu ifadelere yer verilmemiştir.)

Basit iletim hizmetleri, Kanunun 8. maddesinde düzenlenmiş ve kural olarak erişim sağlayıcıların sorumsuz oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre muafiyet ancak, kullanıcı bilgilerini iletmeleri ya da iletişim ağına erişimde aracılık etmeleri durumunda geçerli olacaktır.⁷⁴ Kural, erişim sağlayıcılarının sorumluluktan muaf olması olsa da, bazı durumlarda bu muafiyetten söz edilemez. Bu durumlardan ilki hukuka aykırı fiilleri işlemek için kasıtlı olarak kendi hizmetinden faydalanan bir kullanıcıyla beraber çalışmalarını yani birlikte hareket etmeleri halidir. Burada erişim sağlayıcı hukuka aykırı eylemi, sağladığı hizmetle bilinçli bir şekilde kullanıcı ile işbirliği yaparak gerçekleştirmektedir. Erişim sağlayıcının eylemi suça iştirak olup örneğin gerekli linkin sağlanmasında olduğu gibi, suçun işlenmesine yardımda bulunulması yeterli olacaktır.⁷⁵ Kanun’un 7/1. maddesinde kendi içeriği nedeniyle sorumluluk ayrıca düzenlenip genel hükümlere göre sorumluluk kabul edildiğinden, bu iştirak durumunun kanuna karşı hile yoluyla başvurulmuş bir kendi içeriğini oluşturma olup olmadığı sorusu gündeme gelecek ve bu konuda da inceleme yapılacaktır.⁷⁶

Erişim sağlayıcıların sorumluluğunun gündeme geleceği bir diğer durum ise, iletişim ağına aktardıkları veya kullanıma erişim sağladıkları yabancı bilgilere müdahalede bulunmalarıdır.⁷⁷ Kanun metnine göre, internet ortamındaki iletimi başlatma, ilettikleri bilgilerin muhataplarını seçme, ilettikleri bilgileri seçme veya değiştirme söz konusu ise sorumluluk muafiyeti söz konusu olamayacaktır.

⁷³ Hoeren, s. 565.

⁷⁴ Hoeren, s. 565.

⁷⁵ Dörr/Janich, s. 1257.

⁷⁶ Dörr/Janich, s. 1257.

⁷⁷ Erman, s. 216.

Sorumluluktan muafiyet için Kanun'un 8/2. maddesinde aradığı bir durum ise, maddenin ilk fıkrasına uygun aktarım ve erişim sağlanmasına aracılıkta, bilgilerin iletim için gerekli olandan daha fazla süre ile kaydedilmemiş olması koşulu olup bunun aksine uygulamalarda sorumluluk söz konusu olacaktır.⁷⁸

Proxy- cache (Ön bellekte ara kayıt) sağlayıcılar, genellikle içerik sağlayıcılarca istenilen içeriği, tekrar iletime gerek olmadan bir ön belleğe kaydeden internet araçlarıdır.⁷⁹ Bu sistemde çokça talep edilen içerikler çeşitli sunucularda ön belleğe kaydedilmekte olup bu çeşitli kayımların ekonomik önemi nedeniyle Alman kanun koyucu, bu durumda özel bir muafiyet tanımış, genellikle ön belleği alma hizmeti de erişim sağlayıcılar tarafından yerine getiriliyor olsa da haklı olarak ön belleğe alma hizmetini erişim sağlama hizmetinden ayırarak farklı şekilde düzenlemiştir.⁸⁰ Bu düzenleme AB. E-Ticaret Direktifinin 13. maddesiyle uyumludur.⁸¹ Ön belleğe alma hizmetleri bakımından Kanun'un 9. maddesinde erişim sağlayıcı için sorumluluk muafiyeti söz konusu ise de, bu basit iletim hizmetlerinden farklıdır. Kanun'a göre sorumsuzluk, kullanıcı tarafından talep edilen başkasına ait içeriğin, daha etkin bir şekilde iletimi için otomatik olarak ve belirli bir zamanla sınırlı olarak ön belleğe kaydında geçerlidir.⁸² Sorumluluk muafiyeti için, erişim sağlayıcının bu içeriği değiştirmeden yani orijinal sunucudaki başlangıçtaki ilk şekline uygun olarak ön bellekte kopyalanmasını sağlaması ve bilgiye erişim koşullarının göz ardı edilmemesi gerekir.⁸³ Yani, kaynak sunucunun bilgiye erişim için öngördüğü hususları ön bellekte ara kayıt (Proxy-cache) sağlayıcısı değiştirmemeli, örneğin küçüklerin korunması için site sahibince şifre vb. aranıyorsa bu koşulu erişim sağlayıcı da garanti etmeli, erişimi için öngörülen tüm kontrol ve kısıtlamaya ilişkin uygulamaları sürdürmelidir.⁸⁴ Sorumsuzluğun bir diğer şartı ise, içeriğin güncellenmesi konusunda genel kabul gören ve kullanılan standartlara uygun davranılmasıdır. Ana kaynağa bağlı olarak sağlayıcı, bilgilerini ana kaynakla karşılaştırarak gerektiğinde değiştirip güncellemelidir.⁸⁵ Sorumsuzluk için aranan bir diğer

⁷⁸ Dörr/Janich, s. 1257.

⁷⁹ Dörr/Janich, s. 1258.

⁸⁰ Dörr/Janich, s. 1258.

⁸¹ Hoeren/Yankova, s. 508.

⁸² Dörr/Janich, s. 1258.

⁸³ Dörr/Janich, s. 1258.

⁸⁴ Dörr/Janich, s. 1258.

⁸⁵ Dörr/Janich, s. 1258.

şart ise, sağlayıcının bilgilerin kullanımına ilişkin verileri toplamada geçerli olan kurallara uyması olup, sağlayıcının veri toplama teknolojisine müdahale etmesine izin verilmez.⁸⁶ Sorumluluk muafiyetine ilişkin en önemli düzenleme ise, içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi konusunda mahkeme veya kamu otoriteleri tarafından alınmış kararların ön bellekte ara kayıt sağlayıcısına bildirilmesi veya ön belleğe kaydettikleri içeriğin asıl siteden çıkarılmış olduğu bilgisinin alınması halinde derhal harekete geçerek ön bellekten bu bilgileri kaldırma yükümlülüğüdür. Ana kaynaktaki bilginin silinmesi halinde bile, ön bellekteki kayıt orada kalmaya devam edeceğinden, ön bellekte ara kayıt sağlayıcısına mahkeme veya idari emir verilmesi veya bu kaldırmadan haberdar olunması halinde erişimi sağlamaya devam etmesi nedeniyle sorumluluk getirilmiştir.⁸⁷

Basit iletimi sağlama konusundaki 8/1. fıkra 2. cümlesi kıyasen ara depolamada da uygulanacak, basit iletme erişim sağlamada olduğu gibi ara depolama ile erişimin sağlanmasında da hukuka aykırı fiilleri işlemek için kasıtlı olarak kendi hizmetinden faydalanan bir kullanıcıyla beraber çalışan, yani birlikte hareket eden ön bellek ara kayıt yapan erişim sağlayıcıları için Kanun'un 9/son maddesi gereği sorumluluk gündeme gelecektir.⁸⁸

C- Yer sağlayıcı

Yer sağlayıcılar, barınma hizmeti sağlamakta olup kendilerine ait bilgisayarlı kullanıcılar için içeriklerin saklanması olanak tanır. Bunların bilinen en klasik örneği, gerçek veya tüzel kişilere ait web sitelerinde barınma imkanı tanıyan sunuculardır.⁸⁹ Yer sağlayıcı için Alman kanun koyucu, yer sağlayıcıların sunucularında depoladıkları bilgilerin miktarı ve hızla değişmesi nedeniyle, sistem itibarıyla bunları kontrol imkânının zor olmasına dayalı olarak barınma hizmeti verilen içerik nedeniyle sorumluluk öngörmemiştir.⁹⁰ Bu bağlamda Telemedya Kanunu 10. maddesinde kural olarak yer sağlayıcılar için hukuki veya cezai sorumluluk olmadığı belirtilmişse de, bu sorumsuzluk ancak içeriğin hukuka aykırı olduğunun bilinmediği durumlar için mutlaklıdır. Buradaki bilme, "açıkça"

⁸⁶ Dörr/Janich, s. 1259.

⁸⁷ Dörr/Janich, s. 1259.

⁸⁸ Dörr/Janich, s. 1259.

⁸⁹ Dörr/Janich, s. 1259.

⁹⁰ Dörr/Janich, s. 1259.

hukuka aykırı olduğunu bilmez.⁹¹ Ayrıca maddenin düzenleniş biçiminden (özellikle çalıştırdığı kişilerin eyleminden sorumluluğa ilişkin hükümler bakımından), kanun koyucunun yer sağlayıcıları, gerek iç işleyiş biçimi gerekse birliklerle otokontrol (özdenetim) mekanizmaları geliştirmeye zorladığı görülmektedir.⁹² Bu konu Münih LG'nin bir kararında tartışmaya konu olmuş ve mahkeme, servis sağlayıcının bazı şeylere göz yummasının beklenmesinin sorumluluk bakımından istisnalara yol açacağını ve bu tür istisnalara izin verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, kanuna aykırılık temelinin somut olay bazında araştırılması görevinin yüklenmesinin gerekebileceğine vurgu yapmıştır.⁹³ Özellikle açıkça internet yoluyla saldırı tehlikesinin bulunduğu hallerde bu görevin servis sağlayıcıya yüklenmesi uygun olsa da, bu durum AB E-Ticaret Direktifi'nin 15/1. maddesindeki içeriğin denetiminden kaçınılması düzenlemesiyle çelişiktir.⁹⁴

Yer sağlayıcılar, barındırdıkları başkasına ait içeriklerin açıkça hukuka aykırılığı hakkında bilgi sahibi olur olmaz, bu içeriğin çıkartılması ya da buna erişimin engellenmesi için gerekli önlemleri derhal almalıdır.⁹⁵ Aksi halde bu bilinçli eylemi nedeniyle hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Burada ispat yükü davacı tarafta olup yalnızca yer sağlayıcının bildiği değil aynı zamanda hukuka aykırı olduğunu bildiğini de ispat ile sorumluluk doğacaktır.⁹⁶ Ancak bu sorumluluk tüm hukuka aykırı eylemden değil, yer sağlayıcıların kendi kasıtlı suç ve ya haksız fiili ile sınırlı olarak sorumluluğuna neden olacaktır.⁹⁷ Yer sağlayıcıya yüklenen bu yükümlülüklerin (içeriğin çıkarılması, erişimin engellenmesi vb.) teknik olarak mümkün ve uygun olup olmadığı da araştırılmalıdır. Uygun olma yalnızca ekonomik uygunluk olarak algılanmamalı, bu unsur her davada o davanın şartları değerlendirilerek ve korunan hukuki yararların objektif değerlerine göre belirlenmelidir.⁹⁸

Sorumluluk muafiyetinin yer sağlayıcılar bakımından geçerli olmadığı bir diğer durum ise, Kullanıcının yer sağlayıcının emri altında çalışması veya

⁹¹ Hoeren, s. 567.

⁹² Hoeren, s. 567.

⁹³ Hoeren, s. 568.

⁹⁴ Gramlich, 2012; Hoeren, s. 568.

⁹⁵ Hoeren, s. 567.

⁹⁶ Hoeren/Yankova, s. 509.

⁹⁷ Hoeren, s. 567.

⁹⁸ Dörr/Janich, s. 1260.

onu gözetim yükümlülüğünün bulunması halidir. Yer sağlayıcının, denetim ve gözetim yükümlülüğünün sonucu olarak içeriğe bu yolla hakim olabilmesinden kaynaklanan bir sorumluluk söz konusu olacaktır.

5- Diğer internet servis ve aracılıkları nedeniyle sorumluluk

İçerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcıya ilişkin hükümlere Alman Telemedya Kanunu'nda yer verilmişse de, bunlar dışında yer alan, internet ortamında her gün karşılaştığımız ve fakat açıkça nitelikleri ve sorumluluklarının ne olduğu tartışılan birçok aracılık hizmeti ve bunların sağlayıcıları vardır. Bu internet aktörlerinin sorumluluğu Almanya'da çeşitli davalarda mahkemelerce tartışılmakta ve içtihatlar sorumluluğa yön vermektedir. Bu nedenle çeşitli yargı içtihatları ve tartışılan internet servisleri konusunda bazı örnekler verilerek sorumluluktaki yeni yaklaşımlara ışık tutmaya çalışacağız.

Online alış veriş ve açık artırma sitelerinde sahte ürünler satılması nedeniyle görülen davalarda BGH, e-Bay ve Ricardo adlı sitelere karşı açılan davalarda bu siteleri yer sağlayıcı olarak nitelendirmiş, AB E-Ticaret Direktifi'nin 14. maddesine atıf yaparak kullanıcı adına başkalarına ait bilgileri sunucularında depoladıklarından başkasına ait bu bilgilerden haberdar olmalarının beklenemeyeceğini belirterek, birinci derecede sorumlu tutulamayacakları sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemenin genel yaklaşımı, bu satış sitelerinin satışına aracılık ettikleri her ürünü denetleyemeyeceği, aynı veya benzer haksız saldırıları önleme yükümlülüğünün servis sağlayıcıdan "beklenebilir olması" halinde bu yükümlülüğün yüklenebileceğidir.⁹⁹ Bu sitelerden her ürünü denetlemelerinin istenmesinin sundukları iş modeli gereği beklenemeyeceği gibi, her ürünün denetimine yönelik böyle bir görev yüklenmesi bu satış sistemini işlemez hale getirebilecektir. Öte yandan Mahkeme, online satış sitelerinin bu işi ticari amaçla yapmakta ve yapılan satışlardan pay alarak gelir elde etmekte olduklarını, başka bir deyimle bu faaliyetten yarar sağladıklarından belli külfetlere katlanmaları gerektiğini de göz ardı etmemektedir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde çatışan değerler arasında uygun bir dengenin kurulması bakımından ihlal öncesinde yer sağlayıcıya denetim yükümlülüğü getirilemezse de, ihlal konusunda bilgilendirilerek ihlalin varlığını öğrendikten sonra erişimin engellenmesi taleplerini yerine getirmeleri,

⁹⁹ BGH, 19 Nisan 2007, I ZR 35/04; BGH, 11 Mart 2004, I ZR 304/01 (dejure.org).

dahası ileriki ihlalleri önleme bakımından makul, kendilerinden beklenebilir ve teknik olarak da mümkün olan önlemleri almaları gerekir.¹⁰⁰ Yüksek Mahkeme, ileriki ihlaller bakımından online açık artırma sitelerinde belli markalı ürünler gibi özel bir içeriğe odaklanmayı sağlayıp, fırsat vb. adlar altında yeni ve benzeri katkı ve teklifler sunarak ileriki ihlallere neden olunacağı tezini kabul edilebilir bulmamıştır. Hamburg OLG (Oberlandesgericht)¹⁰¹ ise, internet alışveriş sitesi işleticilerinin gelecekteki ihlalleri önlemede başarısız olmaları durumunda, eyleme müsamaha göstermek suretiyle doğrudan ihlalde bulunan olarak kabul edilebileceklerini belirtmiştir. Bu bakış açısına göre, saldırının önlenmesi konusundaki dava, işletici ihlalin farkında olmasa bile açılabilir, ancak ihlalin varlığına dair bilgi elde edildikten sonra gereği yapılmazsa bu noktadan sonraki zararların tazmini sorumluluğu gündeme gelecektir.¹⁰²

Web Portal¹⁰³ işleteni de Alman Hukukunda çeşitli yargı kararlarında tartışılmıştır. Telif hakkı ihlalleri bakımından incelenen dosyada BGH,¹⁰⁴ bir

¹⁰⁰ Bu kararların ayrıntılı yorumu ve diğer AB ülkeleri uygulamaları ile karşılaştırılması için bakınız: Rühmkorf, Andreas. (2009). eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'oreal v eBay. *Scripted A Journal of Law, Technology & Society*, 15.04.2014'de http://script-ed.org/?page_id=228 adresinden erişilmiştir.

¹⁰¹ OLG Hamburg'un, 24.07.2008, 3 U 216/06 sayılı kararında, ikametgahı İsviçre'de olup Almanya'da şubesi bulunan internet satış sitesine çocuk sandalyesi üreticisi olan davacı tarafından marka ve haksız rekabet iddiasına dayalı olarak açılan davadaki tartışmalar için bakınız: <http://openjur.de/u/30706.html> (26.04.2014).

¹⁰² Hoeren/Yankova, s. 529.

¹⁰³ Portal, kelime anlamı itibarıyla "giriş, büyük kapı" demek olup bilişim alanında diğer sitelere daha kolay ve hızlı erişmek için ziyaret edilen, siteler için kullanılan bir deyimdir. Portallar, içeriklerindeki arama motorlarıyla internet ortamında kullanıcıları istedikleri sitelere götürmeyi amaçlarlar. mynet.com, trmsn.com gibi portallar çok kullanılan portallardır. (Ayrıntılı bilgi için bakınız: <http://bilgelist.com/portal-nedir/>).

¹⁰⁴ BGH'nin, 12.11.2009, I ZR 166/07 sayılı kararında dava, davacının kendi internet sitesinde yayınladığı yemek tarifleri ve fotoğraflarının davalı tarafından işletilen portala bir kullanıcı tarafından davacının izni alınmadan yüklenmesine ilişkindir. Burada portal işleteni aleyhine de açılan davada, sorumluluğa hükmedilmiş, İstinaf Mahkemesi davacının bu tarif ve fotoğrafları zaten kendi sitesinde sunduğu yönündeki istinaf talebini, davacının bunları kendi sitesinde sunmasının davalı tarafın sorumluluğunu etkilemeyeceği ve davalı portal işletenin sorumluluk imtiyazından bilgileri depolayarak dağıttığı için yararlanamayacağı gerekçesiyle reddetmiş ve dosya Yüksek Mahkemeye gelmiştir. Yüksek Mahkeme, davalının verdiği tarifleri kendi amblemi ve şefinin şapkası altında vermesini, tarifi yazandan takma bir adla bahsetmesi ve içindekiler listesinde yazarının belirtilmemesini dikkate alarak davalı portal işletenin sorumluluğunu, içerik nedeniyle sorumlu olmayacağına dair sitede yapılan açıklamanın yeterli olmayacağını ve portal işletenin kendi platformunda yayınlanan şeylerde hak sahibinin kim olduğunun yeterince araştırmadığını belirtmiştir. (dejure.org)

web portal işletenin kullanıcı kaynaklı içeriği kendisininmiş gibi benimsemesi halinde sorumlu olacağını, siteye yüklemeye önce yüklenecek içeriğin doğruluğu konusunda inceleme yapılmasının içeriğin benimsenmesi olarak yorumlanabileceğini belirterek kullanıcı tarafından yüklenen içeriği portal işletenin kendi amblemi altında sunarak içerikle bütünleşmesi ve ekonomik kar elde etmesinin içeriğin benimsenmesinde yeterli işaretler olduğuna hükmetmiştir. Bu davada, içeriğin açıkça kullanıcıya ait olup kullanıcı kaynaklı içerik olduğunun ve portal işletenine ait olmadığı belirtilmesi önemsiz görülmüştür. Berlin AG (Amtsgericht) de bir kararında fotoğraf paylaşım portalı işletenin içerik sağlayıcı olarak sorumluluğuna hükmetmiştir.¹⁰⁵ Kararda portal işletenin içerikle kendisini bütünleşmesi halinde içerik nedeniyle sorumlu tutulabileceği gibi, başkasına ait içeriği benimsemese bile içerik yüklenmeden önce bu içerikleri inceliyorsa başkasına rahatsızlık vermeden kaynaklanan sorumluluk ilkesine göre de sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Bu kararların aksine, Hamburg OLG kullanıcı kaynaklı içeriğin web portalı işleticisi tarafından benimsendiği görüşünü reddetmektedir.¹⁰⁶ İşletenin başkasına ait içeriği benimsemesinin reddi fikrine göre, içerik sağlayıcının kendi içeriğinden sorumluluğuna ilişkin hükümlere gidilemez. İçeriği önceden araştırma yükümlülüğünün ihlali rahatsızlık vermeme yönündeki yükümlülüğün ihlali görülebilirse de, Hamburg OLG yukarıdaki davada rahatsızlık vermeden kaynaklanan sorumluluk için yasal bir dayanak bulamamıştır. Mahkemeye göre günlük 50.000 den fazla videonun yüklendiği böyle bir portalda yüklenen içeriğin önceden denetlenmesi ve muhtemel ihlallerin araştırılması işletenden “beklenebilir” bir durum değildir. Sadece o konuda bir ihbar üzerine içeriğin hukuka aykırılığı bilgisini edinmişse, içeriğe erişimi engellenmek ve ileriki saldırıları durdurmak görevi yüklenebilir. Ayrıca mahkemece bu kararda, gelecekte gerçekleşecek ileriki saldırıların önlenmesi yükümlülüğünü doğrulanmıştır.¹⁰⁷

¹⁰⁵ AG Berlin, 10. 07. 2009, 9 W 119/18 (naklen Hoeren/Yankova, s. 511).

¹⁰⁶ OLG Hamburg, 29. 09. 2009, 5 U 9/09 sayılı kararında davacı bir müzik yayıncısı olup kayıt sistemine dayalı olarak hizmet veren davalı portalda, kullanıcı tarafından yüklenen müzik videoları nedeniyle telif hakkının ihlal edildiği ve davalı portal işletenin de bu eserlere ulaşıp çalınabilir hale getirerek ihlale neden olduğu iddiasını dile getirmiş ve mahkeme bu konuda inceleme yapmıştır. Kararın detayları için bakınız: <http://openjur.de/u/59811.html>.

¹⁰⁷ Hoeren/Yankova, s. 511.

Web forumları, iletişim eş zamanlı olmadığından kullanıcıların paylaşacakları içerikleri bir duvara yazdıkları, diğer kullanıcıların da bunları bir duvardan okudukları mesaj panosuna benzer internet uygulamalarıdır.¹⁰⁸ Web forum işletenlerinin sorumluluğu da bazı yargı kararlarında tartışılmıştır. Forum işleteninin önleme amaçlı olarak içeriğin tamamını veya her girilen içeriği denetlemesi yükümlülüğü yüklenemez.¹⁰⁹ Sadece ihlal tehdidinde dair şüpheli durumların olmasında, işletenin kendisinden beklenebilirlik sınırları içinde forumdaki bilgileri inceleme yükümlülüğü getirilebilir. Örneğin kendi davranışları ile ihlale neden olan gönderileri kışkırtmasının veya böyle ihlallere yol açmasının öngörülebilir olduğu durumlarda, içeriğe konu şeyleri inceleme yükümlülüğü yüklenebilir. Bunun dışında ancak, bir ihlal eylemine dair bildirim, uyarı veya ihbarda bulunulması halinde içeriği araştırma yükümlülüğü doğabilir.¹¹⁰ Düsseldorf LG, ihlale ilişkin bilginin alınmasından sonra derhal içerik konusunu kaldırma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.¹¹¹

Arama motorları Alman Hukukunda çokça tartışmaya neden olan konulardandır. Alman Telemedya Kanunu'nda arama motorlarıyla ilgili bir madde bulunmamaktadır. Bunların sorumluluğunda Hoeren'e göre Telemedya Kanunu 8 ila 10. maddelerinde internet servis sağlayıcılar için geçerli olan sorumluluk muafiyetlerine başvurulamayacağı gibi bilinçli bir boşluk olmadığından kıyas yoluna da başvurulamayacaktır.¹¹² Acaba içerik sağlayıcılara ilişkin hükümlerin arama motorları için uygulanması mümkün müdür? Otomatik olarak kaynak olan linki bulan arama motorlarının bu işlemi, Kanun'un 7/1. maddesindeki içerik sağlayıcının kendisine ait içeriği

¹⁰⁸ Hance, Olivier. (1996). *Business and Law on the Internet*. Mc Graw- Hill Yayınevi, s. 45.

¹⁰⁹ OLG Zweibrücken, 14.05.2009, 4 U 139/ 08 (naklen Hoeren/Yankova, s. 512).

¹¹⁰ OLG Hamburg, 04.02.2009, 5 U 167/07, karar metni için bakınız: <http://openjur.de/u/30675.html>.

¹¹¹ LG Düsseldorf, 25.01.2006, 12 O 546/05 sayılı kararında davalının işleteni olduğu forum işleticisinin haber bülteni şeklinde işlettiği Paraguay'la ilgili bilgilerin tartışıldığı açık forumda, kullanıcılar tarafından Paraguay'daki çocuklara yardım için kurulan bir internet sitesinin üyesi ve yöneticisi olan davacı hakkında hakaret içeren "seks kralı olduğu, iflas ettiği ve avanak olduğu" şeklindeki kullanıcı gönderileriyle saldırıları, bildirimle rağmen önleme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği tartışılmıştır. Mahkeme, davacının davalıya bildirim üzerine aynı gün ilk saldırıda bulunan içeriği IP adresinden engellemeyen davalının saldırıyı önlemede başarısız olduğu kanaatine varmıştır. Bu kararda başka takma isimlerle saldırıların yaklaşık 20 gün boyunca devam etmesi ve IP adresli engellenmenin IP numarası değiştirilerek aşılabilmesi ile keza başka isimlerle aynı saldırıların tekrarlanabilmesi de dikkate alınmıştır. (dejure.org)

¹¹² Hoeren, s. 573.

olarak nitelendirilemez. Arama motorları, sağlanılacak hizmete ilişkin sitelerin başkasına ait içerik hakkında olup olmadığına dair bir değerlendirme yapmadan bulunacak siteye ait kısa tanımlamalara yer vermektedirler. Dolayısıyla gezinti yardımıyla oluşturulan metin parçacıklarında sorumluluğu gerektirecek bir içerik bulunmadıkça, başkasına ait içerik nedeniyle sorumluluk da gündeme gelmeyecektir.¹¹³ Bu nedenle arama motorlarına içerik sağlayıcıya ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Erişim sağlayıcıya ilişkin Kanun'un 8. maddesindeki hükümlere bakılacak olursa, arama motorları internette gezinti yapmada yardımcı olacak uygulamalara sahip olup internette erişime ilişkin teçhizata sahip olmadıklarından erişim sağlayıcı olarak kabul edilemezler. Bu bağlamda arama motorlarının sunduğu hizmetlerle, erişim sağlayıcının iletişim ağına erişimi için Kanun'da tanınan teknik ayrıcalığa ilişkin hükümler birbirleriyle kıyaslanamazlar. Arama motorlarının bulduklarını aktarımı, Kanun'un 9. maddesi anlamında bilgilerin hızlandırılmış aktarımı için geçici kayıt olarak da nitelendirilemez.¹¹⁴ Bir arama motorunu yer sağlayıcı olarak nitelendirebilmek için, mutlaka bilgi eksikliği ve depoladığı bilgi üzerinde kontrolü noktalarında rolünün tarafsız (neutral) olup olmadığı araştırılmalıdır.¹¹⁵ Bir yerel mahkemece sadece fotoğrafların thumbnail (ön izleme küçük resmi) olarak kullanılması halinde telif hakkı ihlali olmayacağı kabul edildiği gibi¹¹⁶ BGH de bir davada, davacıya ait çizimlerin thumbnail olarak kullanılmasında arama motorunun sorumlu olmadığını onaylamıştır.¹¹⁷ Bu bağlamda diğer arama motorlarındaki bilgileri arayan meta-arama motorlarının sorumluluğu da gündeme gelmiştir. Berlin KG

¹¹³ Hoeren, s. 573.

¹¹⁴ Hoeren, s. 573.

¹¹⁵ Hoeren/Yankova, s. 515.

¹¹⁶ LG Bielefeld, 18.02. 2005, 42 C 767/04 (naklen Hoeren/Yankova, s. 515).

¹¹⁷ BGH, 29.04. 2010, I ZR 69/08 sayılı karar, 2003 yılında kurduğu internet sitesinde görsel eserlerini sergileyen bir sanatçının Google aleyhine açtığı ve kendi sitesinde yayımlayıp telif hakkı uyarısında bulunduğu eserin davalıya ait arama motorunda telif hakkı ihlal edilir şekilde sunumuna ilişkindir. Kararda Mahkeme arama motorlarının fonksiyonları hakkında detaylı bilgi vermiş ve telif hakkı ihlali bakımından davalının sunduğu hizmeti değerlendirmiştir. Davalıya ait arama motorunda robot ve tarayıcılar aracılığıyla yapılan arama sonucu internetteki içeriğin keşfine yardımcı olunduğu, ön izleme görüntülerinin ise otomatik olarak sağlandığına dikkat çekilmiştir. Ayrıca, internette bilgiye erişim ve iletişim özgürlüğü ile davalı arama motoru sahibinin ticari özgürlüğü de tartışılmış ve çıkarlar arasında denge sağlanmaya çalışılmıştır. Kararın ayrıntıları için bakınız: <http://lexetius.com/2010,1136>.

(Kammergericht) meta-arama¹¹⁸ motorunun sorumluluğunu tartıştığı davada, davalı husumetin kendisine değil kanuna aykırı içeriği bulunduğu diğer arama sitesine yöneltilmesi gerektiğini savunmuş, saldırının varlığını öğrenmesi üzerine asıl arama motoruna durumu ilettiğini ve hukuka aykırı içerisin sunulduğu sitenin kara listeye alındığını belirtmiştir. Mahkeme ise, davalı arama motorunun internette ilk gezinti yardımı ile eşit bir fonksiyon yerine getirmesi nedeniyle ancak kanuna aykırı içerik hakkında bilgi sahibi olması durumunda sorumlu olacağını belirtmiştir.¹¹⁹ Bu kararla, ihlale neden olan eylemler zincirinde yer alan her sorumlunun ileriki saldırıları durdurma bakımından aynı teknik imkânlarla sahip olmadığı kabul edilmiştir.¹²⁰

Bir web sitesindeki herhangi bir belgeye veya internetteki başka sayfalara kullanıcıları yönlendiren hyperlinkler bakımından verilmiş kararlar da mevcuttur. Bunların en ünlüsü “paperboy” davasıdır. Bu davada BGH,¹²¹ bir yayınevi tarafından açılan telif hakkı ihlali iddiasına dayalı olarak www.paperboy.de adlı sitede günlük gazete ve dergilerdeki haber ve makaleleri bulmayı ve verdiği linklerle erişimi sağlayan davalının sorumluluğunu tartışmıştır. Davalı sunduğu arama hizmeti aracılığı ile kullanıcılar tarafından istenilen gazete ve dergideki haber veya makalelere

¹¹⁸ Meta-arama motorları, birçok arama motorunda veya veri tabanlarında istenilen bilgiyi sorguladıktan sonra her birindeki sonuçları bir arada sunan bir arama motorlarıdır. Kullanıcılarına girilen arama kriterlerini birçok arama motorunda eş zamanlı aramalarına olanak sağlamaları, kullanıcılara tek bir tıklama ile birçok arama motoru sonuçlarına ulaşılabilirliği ve zaman kazanmayı sağlar.(Ayrıntılı bilgi için bakınız: http://tr.wikipedia.org/wiki/Meta_arama).

¹¹⁹ KG Berlin’in, 10.02.2006, 9 U 55/05 sayılı dosyasında, bir televizyon sunucusu olan davacı davalı tarafa ait meta-arama motorunda adının yanına “çıplak” kelimesinin eklenmesiyle yapılan aramada kendisinin kişilik hakkını ihlal eden siteye erişimin sağlanması nedeniyle saldırının önlenmesi dava açmıştır. Dava burada görüşülmeden önce yerel mahkemede görüşülmüş ve davalının uygun sistemleri kullanarak ileriki saldırıları önlemesine karar vermişse de, İstinaf Mahkemesi aksini düşünmüştür. Mahkeme burada davalının kişilik hakkını ihlal eder eyleme katkısının ispatlanamadığını belirtmiştir. Kararın gerekçesinde davalıdan çok kısa süre elinde tuttuğu, çok büyük miktarlarda akış yapan ve otomatik bir süreçle aktarımı yapılan bilgilere sahip olması nedeniyle her arama veya sorgu sonuçlarının kontrol etmesinin beklenemeyeceğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca, davalının kendisine gelen ihbar üzerine istişare edebileceği veya daha başka şeyler yapabileceği bir veri tabanı bulunmadığı hususuna ve ilgili içeriği sorguladığı diğer arama motoru olan Yahoo’ya bildirerek kanuna aykırı sitenin “kara liste”ye alınmasını da sağladığına dikkat çekilmiştir.(<http://openjur.de/u/194344.html>).

¹²⁰ Hoeren, Thomas/Rodenhausen, Anselm. (2008) *Constitutional Rights and New Technologies A Comparative Study*, Bölüm 5, The Hauge: Asser Enstitüsü Yayınları, s. 144.

¹²¹ BGH, 17. 07. 2003, I ZR 259/00 (dejure.org).

yönelik liste sonuçlarını sunmata ve devamında linkleri vererek bunların tıklanması halinde, ilgili materyalin bulunduğu gazete veya derginin ana sayfasının atlanması suretiyle materyalin yer aldığı sayfaya bağlanmaktadır. Mahkeme bu durumda davalının telif hakkına konu yayınları çoğaltıp yaymadığını, sadece yayına ait bazı kelime ve cümlelerle arama hizmeti yani ara bağlantı sağladığını, kendi sitesinin bir parçası olarak eserleri sunmadığını, davacının internet ortamında zaten eseri umuma sunması nedeniyle telif hakkı ihlalleri konusunda üçüncü kişilerden gelecek tehlikelerin davalının link vermesi ile değişmeyeceğini, bilgiye erişimdeki kamu yararını da değerlendirerek arama motorları ve onların linkleri olmasaydı web üzerindeki zengin bilgilerden akılcı bir şekilde yararlanma imkânından yoksun kalacağını kararına gerekçe yapmıştır.

Usenet, belli konularda kullanıcılarının haber gruplarından yararlanmalarına, karşılıklı görüş ve düşünce alışverişine imkân tanıyan, çok sayıda haber grubundan oluşan tartışma platformlarıdır.¹²² Belli konulara göre hiyerarşik bir yapıdaki haber gruplarından oluşan usenet hizmetini sunanların sorumluluğu ise kararlarda farklı şekilde yorumlanmıştır. Hamburg LG¹²³ Usenet işleteninin sorumluluğunu telif hakkı bağlamında, yasa dışı müzik eserlerinin usenet işleteninin sağladığı servisle indirilmesi nedeniyle tartışmıştır. Mahkemeye göre usenet işleteni belli bir ihlal konusunda bilgilendirilmesi halinde ihlali durdurmakla yükümlüdür.¹²⁴ Düsseldorf OLG ve Münih OLG ise usenet işleteninin erişimi sağlama hizmetinin ön belleğe alma (cach) suretiyle erişim sağlama ile karşılaştırılabilir olduğu görüşündedirler.¹²⁵ Usenet işleteninin kayda değer miktarda kullanıcı kaynaklı içeriği kontrol imkânı olmaması nedeniyle erişim sağlama hizmeti verdiği görüşü de kabul görmüştür.¹²⁶

Domain sağlayıcılar alan adlarını tahsis eden kuruluşlar olup Almanya'da üst düzey alan adı tahsislerini DENIC¹²⁷ yerine getirmektedir. Bu kuruluşun sağladığı alan adları nedeniyle meydana gelen hak ihlallerinde

¹²² Özel, Sibel. (2004). *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 153.

¹²³ LG Hamburg, 19.02.2007, 308 O 32/07 (naklen Hoeren/Yankova, s. 514).

¹²⁴ Hoeren/Yankova, s. 514.

¹²⁵ OLG Düsseldorf 15.01.2008, I 20 U 95/07; LG Munich 19.04.2007, 7 O 3950/07 (naklen Hoeren/Yankova, s. 514).

¹²⁶ OLG Hamburg, 28.01.2009, 5 U 255/07 (naklen Hoeren/Yankova, s. 514-515).

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız: <http://www.denic.de/>.

sorumluluğu da, tescilli bir marka altında mutfak eşyaları satışı yapan şirketin bu markanın alan adı olarak tahsisi talebinin, başkasına daha önce tahsis yapıldığından reddi üzerine açılan davada tartışılmıştır. BGH,¹²⁸ davalının rahatsızlık veren olarak sorumluluğunda genel kriterleri; inceleme görevinin ihlal edilmesi, bu alan adının kendileri tarafından belirlenip belirlenmediği ve ne dereceye kadar tahsis edilen alan adının araştırılmasının beklenebileceği olarak belirlemiştir. Mahkemeye göre DENIC için, tahsis işlemini gerçekleştirmeden önce herhangi bir önleyici denetim veya araştırma yapması makul yani “beklenebilir” değildir. Kayıttan sonra ise, belli bir konuda üçüncü kişinin hak ihlali konusunda bilgilendirilmesiyle ilgili araştırma yapması ancak, bu hak ihlali belirgin veya kolayca tespit edilebiliyorsa istenebilir. DENIC aleyhine açılan davalarda genellikle iddia ihlale neden olan alan adının silinmesi yönünde olsa da, Yüksek Mahkeme başka bir kararında¹²⁹ DENIC’e kaydı engellenmiş marka veya etiketleri bir listede tutma yükümlülüğü yüklenemeyeceğine karar vermiştir. Sonuç olarak alan adı sağlayıcıların sorumluluğunda aranan yüksek gereklilikler, neredeyse onların sorumluluğunu mümkün kılmamaktadır.¹³⁰

WLAN hesabı sahibinin aracılık ettiği içeriğin hukuka aykırı olması nedeniyle sorumluluğu da Alman Hukukunda irdelenmiş konulardandır. WLAN (Wireless Local Area Network- Kablosuz Yerel Alan Ağı Teknolojisi), kablo kullanılmadan bilgi ve iletişime imkân tanıyan teknolojileri ifade etmektedir. Başka bir deyimle kablolulu iletişime alternatif olarak uygulanan, RF (Radyo Frekans) radyo teknolojisini kullanarak havadan bilgi alışverişi yapmayı sağlayan, amaçlı radyo işaretlerinin belirli bir frekans kanalında iletildiği, karasal (terrestrial) esnek bir iletişim yöntemidir.¹³¹ WLAN hesabı sahibinin kablosuz ağda güvenliği sağlaması önemlidir. Ağ güvenliği, erişim kontrolü, hizmetlerin sınırlandırılması, şifreleme veya kimlik doğrulanması gibi yöntemlerle sağlanabilir. Ağ yetkisiz erişimleri önlememek ve ağ güvenliğini sağlamamak suretiyle ağ

¹²⁸ BGH, 17.05.2001, I ZR 251/99.

¹²⁹ BGH, 10.02.2004, I ZR 82/01 sayılı karar, bir siyasetçinin isminin başka bir kişiye alan adı olarak tahsisi ile ilgili olup mahkeme burada davalı alan adı sağlayıcının fonksiyonunun alan adını kayıt ve idare etme olduğunu, bu işten kâr elde etmediğini, davalının “önce gelen alır” kuralı gereği tahsisi yaptığını ve tahsis ettiği adın aidiyeti konusunda bir araştırma yapmasının beklenemeyeceğini belirtmiştir.(dejure.org).

¹³⁰ Hoeren/Yankova, s. 521.

¹³¹ <http://www.turkcebilgi.org/teknoloji/diger/wlan-nedir-25252.html>.

hesabı sahibi, bu güvensiz ağ yoluyla kanuna aykırı saldırılara katkıda bulunmuş olacaktır. BGH’ye göre yetkisiz kişilerce güvensiz ağın kullanımı yoluyla telif hakkı ihlallerine sebep olunduğu durumlarda, özel ve güvensiz ağın sahibi de sorumlu tutulabilir.¹³² Bir fonogram yapımcısının hak sahibi olduğu bir müzik eserinin başka kullanıcılarla indirilip paylaşılması üzerine, paylaşımın yapıldığı IP adresine ulaşarak bu adresin sahibi olan davalıya karşı açılan davada, davalı iş yerindeki bilgisayarının kendisi tatilde iken kablosuz ağa üçüncü kişi tarafından girilmesi suretiyle eylem gerçekleştirildiğinden sorumlu olmadığını belirtmiştir. Bunun üzerine kablosuz ağın yetkisiz üçüncü kişilerce kullanımına olanak tanınması suretiyle haksız saldırının gerçek eylemde davalının ağ güvenliğini sağlaması gerekip gerekmediği ve davalının yerel ağ güvenliğini yeterince sağlamaması nedeniyle üçüncü kişinin bu eksiklikten yararlanarak ve ağ yardımıyla eylemin gerçekleştirilmesinde, kablosuz hattın güvenliği nedeniyle bakım ve gözetiminin eyleme katkısı tartışılmıştır. Mahkemece davalının dava konusu paylaşımın yapıldığı sırada tatilde olması ve ofisteki bilgisayarının kapalı olması nedeniyle hukuka aykırı eyleme bilinçli bir katılımı olmadığından tazmin sorumluluğu olmasa da, üçüncü kişilerin davalının kablosuz ağına dışarıdan bağlanması yoluyla gerçekleşen eylemde, davalının ağın güvenliğine yönelik önlemleri alma yükümlülüğünün ihlalinin rahatsızlık verenin sorumluluğuna neden olabileceği belirtilmiştir. Yine kararda ağ güvenliğini sağlama konusunda getirilecek yükümlülüklerin makul ve “beklenebilir” olması gerektiği, yani piyasadaki son teknolojiye uygun güvenlik önlemlerinin uygulanmasının özel kablosuz ağ kullanıcılarından istenemeyeceği belirtilmiştir. Düsseldorf LG¹³³ ise, ağ güvenliğinin sağlanmamasının, hukuka aykırı eylemleri gerçekleştirenlerin hiçbir endişeye kapılmadan bağlandıkları yerel ağ hesaplarının arkasına sığınarak eylemlerini gerçekleştirmelerine imkân tanıdığına belirterek en azından şifreleme gibi makul önlemlerin WLAN hesabı sahibinin kendisinden beklenebileceğinin altını çizmiştir.

Alman mahkemelerinde uyuşmazlığa konu olan durumlardan biri de, internet bağlantı (erişim) hakkı sahibinin sorumluluğudur. Hamburg LG’de görülen bir davada,¹³⁴ plak şirketi işleteni olan ve dava konusu izinsiz

¹³² BGH, 12.05.2010, I ZR 121/08 (dejure.org).

¹³³ LG Düsseldorf, 16.07.2008, 12 O 195/08 (dejure.org).

¹³⁴ LG Hamburg 15.07.2008, 310 O 144/08 (dejure.org).

albümün hak sahibi olan davacı şirket, eserin izinsiz olarak indirilmesi nedeniyle başvuruda bulunmuş, yapılan incelemede indirimin yapıldığı IP adresinin davalıya ait olduğu anlaşılmıştır. Davalı bayan kendisinin, kocasının ve çocuklarının bağlantı yapılan saatte uyuduklarını, çocukların müzik indirmelerinin yasak olduğunu ve internete bağlanmadıklarını savunmuştur. Yapılan incelemede ağın şifre ile korunduğu anlaşıldığından dışarıdan saldırı ihtimali mahkemece dışlanmıştır. Mahkeme, bilgisayarla bu tür hak ihlalleri için ille de bilgisayar başında fiziken bulunmanın gerekmediğini, aktif ve ulaşılabilir haldeki bilgisayar, ilgili dosya ve dönüşüm programının ihlal için yeterli olduğunu belirterek, hak ihlalini açıklaması gerekenin davalı olduğuna vurgu yapmıştır. Madem ihlali bizzat davalı yapmadı, o zaman eşi, üçüncü kişi veya özellikle 13 yaşındaki kızının yapmış olması ihtimaline değinen mahkeme, davalının ihlali önleyici tedbirleri alması gerekip sürekli olarak aile üyelerini ve üçüncü kişileri kontrol edemese de, internete erişimi uygun hale getirmeden önce bunun sonuçlarının sebep olacağı riskler konusunda bilgilendirmede bulunması ve aile üyelerini talimatları ile kontrol etmesinin gereğine değinmiştir. Böylece mahkeme davalıya önleyici denetim yükümlülüğü yüklemiştir. Ancak diğer mahkemeler bu görüşü katılmamışlardır. Düsseldorf İstinaf mahkemesi¹³⁵, aile üyelerine sınırsız internete erişimin sağlanmasının ihlale sebep olduğu durumlarda, “beklenebilir” araştırma ve kontrol yükümlülüğü yüklenmesi gerektiğini belirterek standardı düşürmüştür.¹³⁶

Bilgisayar oyunlarının grafikleri, genelde sanal ortam ve kahramanların bulunduğu ortamlar olarak kurgulansa da, bazen örnek alınan olay veya kişiler, mesela spor simülasyonlarında olduğu gibi gerçek hayattan seçilebilmektedir.¹³⁷ Bu durum sanat özgürlüğü ile kişinin resim ve ismi üzerindeki hakkının karşıya geldiği ve bu haklar arasında dengenin kurulmasını gerektiren durumlardan olup Hamburg OLG'nin¹³⁸ bir kararına konu olmuştur. Yaratıcılık vasfı taşıyan eserler- ki bilgisayar oyunu da yerel mahkemece kısmen böyle görülmüştür- Alman Anayasası'nın 5/3. maddesi gereği sanat özgürlüğünün koruması altında ise de, Mahkeme dava konusu bilgisayar oyununda Alman Milli Takımının kalecisi olan davacının adının

¹³⁵ OLG Düsseldorf, 27.12.2007, I-20 W157/07 (naklen Hoeren/Yankova, s. 517).

¹³⁶ Hoeren/Yankova, s. 157.

¹³⁷ Hoeren/Rodenhausen, s. 144

¹³⁸ OLG Hamburg, 13.01.2004, 7 U 41/03 (dejure.org).

rızasının alınmamasına rağmen kullanılmasına dikkat çekmiş ve bilgisayar oyunu bir sanat olarak değerlendirilse bile ad sahibinin rızasının alınması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁹

SONUÇ

İnternet servis sağlayıcıları ve diğer aracılığı, günümüzün vazgeçilmezi olan internette bilgiye erişimde temel işlevi yerine getirmektedirler. Ancak internet, bilgiye erişimin olduğu kadar çeşitli hak ihlallerinin de bir aracı olduğundan bu ihlallerde internet servisi ve aracılarının sorumlulukları Alman Hukukunda da gündeme gelmiştir. Sunulan internet servisleri nedeniyle sorumluluk kendi eyleminden sorumluluk, başkasının eylemine katılma, rahatsızlık vermeden kaynaklanan sorumluluk veya haksız rekabetten kaynaklanan sorumluluk olarak ortaya çıkabilmektedir. İnternet servis sağlayıcıları ve bunların sorumluluğu Telemedya Kanunu ile düzenlenmiş olup Kanun'da erişim, yer ve içerik sağlama hizmetlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Avrupa Birliği E-Ticaret Direktifi'ndeki düzenlemelere paralel olan Kanun'da, tüm internet servis sağlayıcıları için geçerli olan genel ilkeler; internet servis sağlayıcılarının kendilerine ait içerikten dolayı genel hükümlere göre (hukuk ve ceza) sorumlu oldukları ve başkasına ait içeriği aktarmaları veya kaydetmeleri nedeniyle kendilerine, içerik denetimine ilişkin bir yükümlülük yüklenemeyeceğidir. Erişim ve yer sağlayıcının ise sorumsuzluğu esas olup Telemedya Kanunu'nda sayılan belli durumlarda sorumluluk gündeme gelebilmektedir. Kanun'un yanı sıra, uygulama birliğinden söz edilemese de Alman yargı içtihatları sorumluluğu belirlemede ana kaynağı teşkil etmektedir.

Türk Hukukunda internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu, 6518 ve 6527 sayılı Kanunlar ile değişik 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" ile düzenlenmiştir. Kanun'da içerik, yer ve erişim sağlayıcıların tanımları, yüklenen yükümlülükler, yükümlülüklerin ihlaline bağlanan yaptırımlar ile içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine ilişkin detaylı hükümlere yer verilmiştir. Alman hukukunda

¹³⁹ Hoeren/Rodenhausen, s. 144.

olduğu gibi Türk hukukunda da temel ilke, kendi içeriği nedeniyle sorumluluk olduğu gibi erişim ve yer sağlayıcılara içerik denetimi yükümlülüğü getirilmemiş olmasıdır. Ancak Almanya’da internet servis sağlayıcılarının sorumsuzluğunu esas alan düzenlemelerin aksine, 5651 sayılı Kanun ile internet servis sağlayıcılara çeşitli yükümlülükler getirilmiş ve bunlara uymama hali yaptırımlara bağlanmıştır. İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi halleri Kanun’da ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve yapılan son değişiklikler ile erişimin engellenmesini gerektiren durumlar kişilik hakkı ihlalleri ile özel hayatın gizliliğini ihlal nedeniyle genişletilmiştir. Kanun’un gerekçesine göre erişimin engellenmesinin etkin hale getirilmesi amacıyla yapılan bazı değişiklikler yapılırken AB mevzuatından uzaklaşmıştır. İnternet servis sağlayıcılarının sorumluluğunun belirlenmesinde 5651 sayılı Kanun kadar yargı içtihatları da uygulamaya yön verecek olduğundan alınacak kararlarda, internet ortamında ifade özgürlüğü, haber alma ve bilgiye erişme hakkının yanı sıra, getirilen yükümlülükler ile sorumluluğun belirlenmesinde “orantılılık” ilkesi ile hiç kimsenin imkânsıza zorlanamayacağına ilişkin “impossibilium nemo obligator” ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Bettinger, Torsten/Freytag, Stefan. (1999). Civil Law Responsibility for Links, s. 2, 15.04.2014'de http://www.bettinger.de/fileadmin/mediapool/downloads/Civil_Law_Responsibility_for_Links.pdf adresinden erişilmiştir.
- Dörr, Dieter/Janich, Steffen. (2011).The Criminal Responsibility of Internet Servis Providers in German Law, *Misissippi Law Journal*, Vol 8, I. 4, 1247-1261.
- Erman, R. Barış. (2001) Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 59, Sayı: 1-2, 203-225.
- Gramlich, Cristoph. (2012) Civil Liability for Violations of Personal Rights on the Internet from the German Point of View,*Freiburg Law Students Journal*. 15.04.2014'de <http://www.freilaw.de/civil-liability-for-violations-of-personal-rights-on-the-internet-from-the-german-point-of-view/697> adresinden erişilmiştir.
- Hee-Hang, Seung. (2007). “Compu-Serve Davası”, Çeviren İlker Tepe, *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7*, Ankara Seçkin Yayıncılık.
- Hance, Olivier. (1996). *Business and Law on the Internet*. Mc Graw- Hill Yayınevi
- Hoeren, Thomas. (2009). Liability of online Services in Germany, *German Law Journal*, Vol. 10 No. 05, 561-589.
- Hoeren, Thomas. (1998) Liability in the Internet und the new German multimedia law regulations, (multimedia). 18.04.2014'de <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/veroeffentlichungen/Auteurs&Media-Article.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Hoeren, Thomas/ Rodenhausen, Anselm. (2008) *Constitutional Rights and New Technologies A Comparative Study*, Bölüm 5, The Hauge: Asser Enstitüsü Yayınları.

- Hoeren, Thomas/Yankova, Silvia. (2012) The Liability of Internet Intermediaries- The German Perspective, *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 43, No 5/2012, 501-531.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk. (2013). (4.Bası). Ankara: Turhan Kitapevi
- Koch, Harald. (2005) *Introduction to German Law*, Edited by Mathias Reiman and Joachim Zekoll, The Hague: Kluwer Law International.
- Köster, Oliver/Jürgens, Uwe. (2003). *Liability For Links in Germany*, Hamburg: Working Papers of the Hans Bredow Institute.
- Özel, Sibel. (2004). *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara: SeçkinYayıncılık.
- Parti, Katalin/Marin, Luisa.(2013). Ensuring Freedom of Protecting Rihgts in tha Governance of the Internet: A Comparative Analysis on Blocking Reasures and Internet Providers' Removal of Illegal Internet Content, *Journal of Contemporary European Research*,Volume 9, 1 (2013). 10.04.2014 tarihinde <http://www.jcer.net/index.php/jcer/article/view/455> adresinden erişilmiştir
- Rühmkorf, Andreas. (2009). eBay on the European Playing Field: A Comparatice Case Analysis of L'oreal v eBay. *Scripted A Journal of Law, Technology & Society*, 15.04.2014'de http://scripted.org/?page_id=228 adresinden erişilmiştir.
- Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten/Meyer, Stephen/Wind, Thilo.(2008) *Regulation of Broadcasting and Intenet Services in Germany A Brief Overview*, No 13, 2. Baskı, Hamburg: Working Papers of Hans Bredow Institute.
- Sırabaşı, Volkan. (2007). *İnternet Ve Radyo-Televizyon Aracılığı İle Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)*, (2. Bası). Ankara: Adalet Yayınevi.

