

nPVR – Network Personal Video Recorder und Urheberrecht

von Christian Zib

Experten sehen die Bedeutung des linearen Fernsehens, bei dem ein Programm zu einer bestimmten Sendezeit ausgestrahlt wird, deutlich im Rückgang.¹⁾ Neben zahlreichen Video-Streaming-Diensten wie Netflix, Maxdome, Sky, Flimmit und Amazon Prime, die ihren Kunden Zugang zu Filmen und Serienepisoden bieten, wollen Kabelanbieter auch Fernsehprogramme zeitentkoppelt verfügbar machen, sodass der Nutzer das Programm zur Zeit seiner Wahl ansehen kann. Der Kunde kauft dabei keine physische Werkkopie mehr, sondern hat über einen Online-Account Zugriff auf das Programmangebot.

I. Funktionsweise netzseitiger Videorecorder

nPVR (Network Personal Video Recorder) bezeichnet einen netzwerkbasierten digitalen Videorecorder, der nicht beim Kunden, sondern beim Diensteanbieter angesiedelt ist und die Aufnahme der gewünschten Sendungen auf der Infrastruktur (Server) des Diensteanbieters durchführt. nPVR können verschiedene technische Modelle zugrunde liegen.²⁾

Online-Videorecorder können verschiedene Ausschlussrechte der Fernsehsender (sowie der Filmhersteller, Drehbuchautoren, Regisseure etc) berühren, insbesondere das Vervielfältigungsrecht (§ 15 Abs 1 UrhG), das Kabelweitersenderecht (§ 17 Abs 2 UrhG) und das Zurverfügungstellungsrecht (§ 18a UrhG) bzw die entsprechenden Schutzrechte des Rundfunkunternehmers (§ 76a UrhG).

In den USA hat das Gericht zweiter Instanz im Rechtsstreit Cablevision eine Verletzung des Urheberrechts verneint: nPVR sei im Wesentlichen gleich zu behandeln wie ein kundenbasierter Videorecorder, nur der Aufstellungsort des Videorecorders sei unterschiedlich.³⁾ Der US Supreme Court hat 2009 ein Rechtsmittel dagegen abgelehnt. Seither verbreitet sich nPVR in den USA und in Europa. In einem Urteil aus 2014 hat der Supreme Court eine etwas restriktivere Sichtweise judiziert (dazu unten IV.).

Dass bei nPVR die technische Ausgestaltung wesentlich ist, zeigen zahlreiche Entscheidungen deutscher Gerichte einschließlich des BGH. Auch in der Literatur werden verschiedene technische Modelle behandelt. Ausführungen zu diesem Thema sind daher stets im Kontext der jeweiligen technischen Vorgänge zu verstehen.

II. Vervielfältigungsrecht (§ 15 Abs 1 UrhG)

Auf dem Server des Diensteanbieters findet eine Vervielfältigungshandlung statt. Somit ist eine Zustimmung des Rechteinhabers notwendig, sofern es sich nicht um

eine freie Nutzung gem § 42 Abs 4 UrhG (Privatkopie) handelt.

A. Privatkopie (§ 42 Abs 4 UrhG)

§ 42 Abs 4 UrhG gewährt jeder natürlichen Person das Recht, von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke auf anderen als den in Abs 1 genannten Trägern – also auch auf digitalen Datenträgern – zum privaten Gebrauch und weder für unmittelbare noch mittelbare kommerzielle Zwecke herzustellen.

Entscheidend ist insoweit, wer der Hersteller der Kopie ist, ob also die Kopien als Privatkopie den Nutzern zugerechnet werden können oder als Verletzung des Vervielfältigungsrechts durch die Diensteanbieter zu werten sind. Bei der Privatkopie ist die eigene Herstellung der Kopie durch den Nutzer selbst (§ 42 Abs 4 UrhG) von der Herstellung der Kopie durch einen Dritten (§ 42a UrhG) – hier durch den Diensteanbieter – abzugrenzen.

B. Hersteller der Kopie

1. Die deutsche Rechtsprechung zu „Shift.TV“ und „Save.TV“

Die Kernfrage ist, ob der privilegierte Nutzer oder der Diensteanbieter der Hersteller der Kopie ist. Zum deutschen Recht hat sich der BGH in zwei Urteilen vom 11.4.2013 mit dieser Frage beschäftigt. Den dort entschiedenen Fällen „Shift.TV“ und „Save.TV“ lagen unterschiedliche technische Verfahren zugrunde, deren Bewertung durch den BGH unterschiedlich ausfiel.

Im Fall Shift.TV⁴⁾ stufte der BGH den Kunden als Hersteller der Kopie ein und sah den Vorgang daher als durch die Privatkopierschranke des § 53 Abs 1 Satz 1 dUrhG (entspricht § 42 Abs 4 österr UrhG) gedeckt.⁵⁾

Dort lag vom ersten Schritt eines Aufnahmeprozesses an stets eine individuelle Kundenkopie vor. Auf der Festplatte des Aufnahmeservers wurde zunächst eine einzelne Videodatei gespeichert. Diese wurde sodann in

| **ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Zib**, Institut für Unternehmensrecht, Universität Wien

1) *Serentschy*, format.at 7.1.2015.

2) Dem Beitrag liegt eine gutachtliche Stellungnahme zu einer Anfrage der Wirtschaftskammer Österreich zugrunde.

3) 2nd U.S. Circuit Court of Appeals August 5, 2008, *Cartoon Network LP v. CSC Holdings Inc.*, 536 F.3d 121.

4) BGH 11.4.2013, I ZR 152/11 – Internet-Videorecorder II (Shift.TV).

5) BGH aaO Rz 11.

ein kundenspezifisches Verzeichnis im „Storage Cluster“ verschoben. Anzeichen für die Speicherung einer Masterkopie bestanden nicht. Der Speicherplatz des Kunden muss sich – so der BGH – nicht im „Storage Cluster“ befinden, sondern kann auch auf dem Aufnahmeserver liegen.⁶⁾ Das klagende Sendeunternehmen RTL hatte erfolglos vorgebracht, dass die kundenindividuelle Videodatei erst durch eine Kopie der auf dem Aufnahmeserver als Masterkopie gespeicherten Videodatei erzeugt werde. Bereits die Speicherung dieser Masterkopie greife in ihr Vervielfältigungsrecht nach § 16 dUrhG (bzw das Leistungsschutzrecht nach § 87 Abs 1 Nr 2 Fall 1 dUrhG) ein und sei nicht von § 53 Abs 1 Satz 1 dUrhG gedeckt.⁷⁾ Der BGH qualifizierte die Kopie auf dem Aufnahmeserver demgegenüber als kundenindividuelle Kopie, nicht als Masterkopie.

Im Fall *Save.TV*⁸⁾ bejahte der BGH hingegen eine „Masterkopie“ und rechnete die Vervielfältigung dem Diensteanbieter zu.

Zwar wurde eine nur von einem einzigen Kunden programmierte Sendung auf einem ausschließlich für diesen Kunden bereitgestellten Speicherplatz auf dem Fileserver gespeichert. Lagen jedoch mehrere Kundenaufträge zur Aufnahme einer Sendung zu gleicher Zeit vor, wurde zunächst eine Aufnahme in Form einer TS-Datei auf dem Aufnahmeserver gespeichert und sodann von dieser Datei entsprechend den Kundenaufträgen kundenspezifische Auslieferungsdateien erstellt und auf dem Fileserver in den jeweiligen Kundenverzeichnissen gespeichert.⁹⁾

Das Speichern von Sendungen auf dem Aufnahmeserver stellte nach dem BGH eine unbefugte Vervielfältigung – und zwar durch den Diensteanbieter – dar. Hersteller dieser Vervielfältigung war zwar der Nutzer, der die körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt. Die Vervielfältigung diene jedoch nicht dem privaten Gebrauch dieses Nutzers, sondern war eine zentrale Kopiervorlage („Masterkopie“) zur Herstellung kundenindividueller Vervielfältigungen auf kundenindividuellen Speicherplätzen des Fileservers. Da der Nutzer, der die Masterkopie auf dem Aufnahmeserver hergestellt hatte, zudem keine Kontrolle über sie ausübte, rechnete der BGH diese Vervielfältigung dem Diensteanbieter zu, der sich des Nutzers gleichsam als Werkzeug zur Herstellung der Masterkopie bediene. Diese Vervielfältigung war nicht von § 53 Abs 1 Satz 1 dUrhG (§ 42 Abs 4 österr UrhG) gedeckt, da es sich dabei nicht um eine Vervielfältigung durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch handelt und sie darüber hinaus Erwerbszwecken diene.¹⁰⁾ Dagegen handelte es sich bei den kundenindividuellen Speicherungen auf dem Fileserver um von § 53 Abs 1 Satz 1 dUrhG gedeckte Vervielfältigungen durch die Nutzer.¹¹⁾

Nach den BGH-Urteilen aus 2013 hat sich das OLG München neuerlich mit *Save.TV* befasst:¹²⁾ Das Modell wurde dort – anders als beim BGH – so beschrieben, dass nach Aufnahme einer Sendung auf dem Aufnahmeserver dann auf dem Fileserver in den jeweiligen Kundenverzeichnissen Hard-Links auf die nur einmal existierenden Video Stream Parts gespeichert wurden.

Letztere lagen ebenfalls auf dem Fileserver, aber offenbar außerhalb der individuellen Kundenverzeichnisse.

Im Ergebnis sah das OLG München darin keinen Unterschied, weil es schon die Aufnahme der Sendungen auf dem Aufnahmeserver in Form der TS-Dateien als Verletzung des Vervielfältigungsrechts einstufte und sich dabei an die Begründung des BGH in I ZR 151/11 (*Save.TV*) anlehnte. Welchen Unterschied es macht, dass nach der Beschreibung in diesem Verfahren anschließend nicht kundenindividuell kopiert, sondern verlinkt wurde, blieb unerörtert, weil das OLG München schon die Erstkopie („Aufnahmeserver“) als unerlaubt einstufte. Das OLG ist allerdings ersichtlich davon ausgegangen, dass diesfalls keine kundenindividuellen Kopien existieren; es hat daher für Hard-Links auf die physische Ebene abgestellt, nicht auf die logische (eine andere Frage ist dies bei Deduplizierung, dazu unten II.C). Gegen diese Entscheidung wurde kein Rechtsmittel erhoben.

Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann eine erlaubte Privatkopie somit relativ sicher dann angenommen werden, wenn vom ersten Schritt an (also insb schon bei der Erstkopie) kundenindividuelle Kopien vorliegen. Hingegen ist eine erlaubte Privatkopie mit hoher Wahrscheinlichkeit zu verneinen, wenn eine Masterkopie angelegt wird. Von den Nutzern sodann angelegte weitere Kopien von dieser Masterkopie weg wurden als unschädlich eingestuft.

Das Ergebnis der deutschen Rechtsprechung erscheint nicht unbedingt einleuchtend: Werden auf dem Server für eine Vielzahl von Kunden ebenso viele inhaltsgleiche Kopien derselben Sendung mit Dateigrößen – je nach Auflösung (HD oder SD) und Kompressionsgrad – von jeweils 1 bis 4 GB pro Stunde Spieldauer gänzlich kundenindividuell erstellt, so liegen erlaubte Privatkopien vor (*Shift.TV*). Wird stattdessen nur eine Datei erstellt und darauf verlinkt, so ist dies nach dem OLG München keine erlaubte Privatkopie (wenn die Datei unter der Kontrolle des Anbieters steht). Das ist das Gegenteil der technisch sinnvollen Vorgangsweise.

Nun ist freilich nicht gesagt, dass die technisch sinnvolle Ausgestaltung von nPVR urheberrechtlich immer noch eine freie Werknutzung sein muss. Dies bedarf vielmehr näherer Untersuchung.

Zu klären ist, wer bei nPVR der Hersteller der Kopie ist. In den BGH-Fällen lagen nun verschiedene Kopien vor: Für die kundenindividuellen Kopien in den Verzeichnissen der Kunden hat der Gerichtshof letztere als Hersteller angesehen, insoweit stimmen die Urteile *Shift.TV* und *Save.TV* überein. Der zentrale Punkt war eine allenfalls vorgelagerte Erstkopie (uU: Masterkopie): Ist der Kunde ihr Hersteller, so kann eine Privatkopie

6) BGH aaO Rz 13.

7) BGH aaO Rz 12.

8) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (*Save.TV*).

9) BGH aaO Rz 16.

10) BGH aaO Rz 17 ff.

11) BGH aaO Rz 21.

12) OLG München 19.9.2013, 29 U 3989/12 (Sat 1/Pro 7/Kabel Eins/Sixx vs *Save.TV*).

pie vorliegen, wird hingegen der Diensteanbieter als ihr Hersteller angesehen, so ist eine Privatkopie wohl auch nach österreichischem Recht ausgeschlossen, weil die Vervielfältigung nicht durch eine natürliche Person erfolgt und weil sie kommerziellen Zwecken dient (§ 42 Abs 4 UrhG).¹³⁾ Die Unterscheidung zwischen kundenindividueller Kopie und Masterkopie ist nicht per se ausschlaggebend, sondern als Kriterium zur Entscheidung der Herstellerfrage:

Der BGH hat für die Herstellerfrage darauf abgestellt, ob die Kopie nur dem privaten Gebrauch des Nutzers dient oder (auch) der Herstellung einer zentralen Kopiervorlage und ob der Nutzer Kontrolle über die Masterkopie ausübt. Wird eine Masterkopie hergestellt und übt der Nutzer keine Kontrolle über sie aus, so wurde die Kopie dem Anbieter zugerechnet.¹⁴⁾ Der Kunde ist dann zwar vordergründig Hersteller der Kopie, handelt aber nur als Werkzeug des Anbieters.

Bejaht man eine dem Anbieter zuzurechnende Masterkopie, so ist diese nicht als dennoch zulässige flüchtige oder begleitende Vervielfältigung nach § 41a UrhG (§ 44a dUrhG) einzustufen.¹⁵⁾ Solche Vervielfältigungen sind nur dann erlaubt, wenn sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben.

Liegt hingegen keine Masterkopie im Sinne des BGH vor, sondern eine kundenindividuelle Kopie, über die der Nutzer die Kontrolle ausübt, so ist der Kunde ihr Hersteller.

2. Modelle mit Deduplizierung

Zwischen den vom BGH beschriebenen Modellen gibt es aber noch weitere Gestaltungsvarianten. Bei einem in der Schweiz praktizierten Modell arbeitet nPVR in der Weise, dass durch den ersten aufzeichnenden Nutzer eine individuelle Kopie angelegt wird (somit keine Masterkopie). Zeichnen weitere Kunden dieselbe Sendung auf, so werden für sie (aus Anwendersicht) scheinbar weitere individuelle Kopien erstellt. Anders als bei Shift.TV und Save.TV in der Darstellung des BGH existieren diese weiteren Kopien aber nicht physisch als Dateien, sondern zur Vermeidung redundanter Daten erfolgt eine Deduplizierung: Auf einer tiefer liegenden technischen Ebene ist die Datei nur einmal gespeichert, der Zugriff der Anwender erfolgt über Referenzierung.

Man kann dies mit Links vergleichen, die in den Nutzerverzeichnissen auf die Kopie des ersten Nutzers gesetzt werden. Anders als bei den von Betriebssystemen wie Windows oder Linux bekannten Links hat jedoch die hierarchisch darüber liegende Anwenderschicht keine Kenntnis von der Deduplizierung und keine Einflussmöglichkeit auf sie. Der technische Vorgang der Deduplizierung läuft vollautomatisch ab. Die Existenz der Datei ist vom Bestehen zumindest einer Kundenreferenz abhängig: Sie wird mit der vom Kunden gestarteten Aufnahme angelegt; ist keine Referenzierung eines Kunden mehr vorhanden, so wird die referenzierte Datei gelöscht.

Fraglich ist, ob diesfalls

1. der erstaufzeichnende Nutzer Hersteller einer Privatkopie ist und

2. die weiteren Kopien ebenfalls Privatkopien sind (was die Frage impliziert, ob insoweit überhaupt Kopien vorliegen).

C. Deduplizierungsneutralität im Urheberrecht

Zeichnet der Nutzer eine Sendung mit einem traditionellen Videorecorder (Heimgerät) auf, so liegt unzweifelhaft eine Privatkopie vor. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Videorecorder gemietet ist, wie dies einen Bestandteil mancher Pay TV-Pakete bildet (zB bei Sky). Erstellt der Nutzer die Kopie auf einem Netzlaufwerk, so liegt immer noch eine Privatkopie vor, und zwar selbst dann, wenn die Speicherung nicht in seinem hausinternen Netzwerk (LAN) erfolgt, sondern extern in der „cloud“, wenn also der Datenträger ihm nicht mehr gehört.

Dies zeigt zum einen – was aber ohnehin nicht zweifelhaft sein kann –, dass das Vorliegen einer Privatkopie davon unabhängig ist, ob dem Nutzer der Datenträger sachenrechtlich gehört.¹⁶⁾ Zum anderen kommen bei Verwendung höher qualifizierter Infrastruktur zur Datenspeicherung (insb bei Speicherung in Netzwerken) Hardware-Abstraktionsschichten zum Tragen, die für den Nutzer oft unsichtbar bleiben („transparent“) und von ihm auch nicht beeinflusst werden können. Dabei wird zwischen physischer und logischer Ebene unterschieden. Es kann eine Duplizierung, aber auch eine Deduplizierung von Daten erfolgen. Dies ist im Grunde schon bei eigenen Datenträgern der Fall, zeigt sich aber noch deutlicher bei fremdverwalteten Datenträgern, wie zB Netzwerkinfrastruktur.

Eine derartige *Duplizierung* findet zB statt, wenn Daten auf einer Harddisk „gelöscht“ werden (sie sind dann physisch oft noch vorhanden; gemeint ist hier nicht der „Papierkorb“) oder wenn eine Harddisk fehlerhafte Sektoren (in mehreren Versuchen) noch ausliest, umkopiert und stilllegt. Dies kann dazu führen, dass Daten physisch noch oder mehrfach vorhanden sind, logisch aber nicht.

Gleiches gilt, wenn Musik auf ein Mobiltelefon gestreamt wird: Sie wird dort uU dauerhaft gespeichert, doch ist die Kopie dem Benutzer nicht zugänglich, weil er idR keine Administratorrechte auf seinem Gerät besitzt, die dafür erforderlich wären (anders bei gerooteten Mobiltelefonen). Die Daten werden dupliziert (nämlich auf das Mobiltelefon kopiert), es besteht aber kein Zugriff des Benützers auf sie.

Dass das Urheberrecht die Unterscheidung zwischen physischer und logischer Ebene kennt, zeigt für die Duplizierung die Zulässigkeit flüchtiger oder begleitender Vervielfältigungen nach § 41a UrhG (§ 44a dUrhG). Sie bildet aber nur einen gesetzlich geregelten Anwendungsfall eines allgemeineren Prinzips, das auch die

13) So zum deutschen Recht BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 17 ff.

14) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 18.

15) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 20. Das OLG Dresden 12.7.2011, 14 U 801/07 GRUR-RR 2011, 413 = ZUM 2011, 913 hatte als Vorinstanz eine solche Zulässigkeit nach § 44a dUrhG angenommen; ebenso *Berberich*, ZUM 2013, 562 (563).

16) Vgl nur *Mitterer*, wbl 2009, 261 (264).

Deduplizierung (urheberrechtliche Kopie ohne physische Kopie) umfasst.

Deduplizierung findet bei Datenkompression zur Vermeidung redundanter Daten statt, auf Dateisystemebene zB in Btrfs (B-tree File System) und ZFS unter Linux (ua), im RAM zB durch Memory combining (ab Windows 8), das inhaltsgleiche Datenblöcke im Arbeitsspeicher dedupliziert¹⁷⁾ etc.

Bei digital gespeicherten Werken ist daher zwischen den Daten (physisch) und den Zugriffsrechten auf die Daten (logisch) zu unterscheiden. Dass der Nutzer eine physische Kopie der Daten anlegt, ist nicht erforderlich, wenn dedupliziert wird. Auch die eigenständigen Zugriffsrechte anderer Nutzer, die letztlich transparent auf dieselben Daten zeigen, ändern bei Deduplizierung nichts daran, dass jeder Nutzer Hersteller seiner Kopie – nämlich seiner Zugriffsmöglichkeit – ist. Wie bei der urheberrechtlichen Kopie an sich ist auch bei ihrer Variante der Privatkopie das benützte technische Verfahren unerheblich (vgl § 15 Abs 1 UrhG: „gleichviel in welchem Verfahren“; § 42 Abs 4 UrhG knüpft an § 15 Abs 1 an).

Die von Betriebssystemen her bekannten symbolischen Links (Softlinks) und der Vorgang der Deduplizierung sind daher rechtlich unterschiedlich zu behandeln: Wird auf eine Datei symbolisch verlinkt, so ist sie nur einmal vorhanden. Aus rechtlicher Sicht könnte man darüber geteilter Meinung sein und eine Kopie in Betracht ziehen, doch scheitert dies an den eingeschränkten Zugriffsrechten – löscht der Inhaber die Datei, so geht der Link künftig ins Leere; ändert er die Zugriffsrechte, so kann der Link nicht mehr verfolgt werden. Links sind daher keine Kopien iS des § 15 UrhG (wohl aber wird das Werk uU öffentlich zur Verfügung gestellt, § 18a UrhG). Demgegenüber ändert die für den Nutzer unsichtbare Deduplizierung von Kopien nichts am Vorliegen mehrerer Kopien. Jeder Nutzer hat weiterhin seine Zugriffsrechte auf seine Kopie.

Deduplizierung und Duplizierung können auch dynamisch aufeinander folgen: Wurde dedupliziert und nimmt ein Nutzer Änderungen an seinen Daten vor, so wird wieder eine eigenständige Kopie für ihn hergestellt (also dupliziert) und diese dann verändert.¹⁸⁾ Auch dieser Vorgang erfolgt für den Nutzer unsichtbar.

Dass die Zugriffsrechte des Nutzers idR nicht gänzlich ausschließlich sind, weil in Betriebssystemen mit Zugriffshierarchie (also praktisch allen modernen Betriebssystemen) Administratoren vorhanden sind, die seine Zugriffsrechte verändern können, bildet in Netzwerken den Regelfall und ändert – weil solche Zugriffe des Anbieters idR vertragsrechtlich eingeschränkt sind – nichts daran, dass die Kopie dem Nutzer zuzuordnen ist.¹⁹⁾

Die Irrelevanz der Deduplizierung besteht in beide Richtungen: Es können erlaubte Privatkopien, aber auch unerlaubte Kopien ohne eigenständige physische Datei bestehen.

Eine kundenindividuelle Kopie liegt somit vor, wenn der Kunde sich die Zugriffsrechte selbst herstellt und über sie verfügen kann. Ob dies bei einem nPVR-

Modell der Fall ist, wird im Folgenden für den erstaufzeichnenden und für die weiteren Nutzer getrennt geprüft.

D. Erstaufzeichnender Nutzer: Hersteller einer Privatkopie oder „Masterkopie“ des Anbieters?

Dass der erstaufzeichnende Nutzer eine Privatkopie herstellt, scheint auf den ersten Blick kaum zweifelhaft zu sein. Fraglich könnte allerdings sein, ob er der *Hersteller* der Erstkopie ist. Der BGH hat die Kopie nicht dem Nutzer (Erstaufzeichner), sondern dem Diensteanbieter zugerechnet, wenn eine Masterkopie hergestellt wird und der Nutzer keine Kontrolle über sie ausübt (so bei Save.TV, nicht aber bei Shift.TV). Der BGH hat den Kunden dann als bloßes Werkzeug des Anbieters eingestuft.

In einem solchen Fall liegt auch keine Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch eines anderen auf Bestellung (§ 42a UrhG, § 53 Abs 1 Satz 2 dUrhG) vor, weil diese nur bei Unentgeltlichkeit eine freie Werknutzung bildet.²⁰⁾ Auf die strittige Frage, ob § 42a UrhG eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch eines anderen überhaupt erfasst (§ 42a UrhG: „zum *eigenen* Gebrauch eines anderen“; § 42 Abs 4 UrhG: „zum *privaten* Gebrauch“),²¹⁾ muss daher nicht eingegangen werden.

Bei Gesamtsicht ist die Erstkopie im hier behandelten Deduplizierungsmodell aber keine Kopie des Anbieters, die unter seiner Kontrolle steht und der Anfertigung weiterer Kopien (hier: Referenzierungen) dient. Sie steht vielmehr unter der Kontrolle des Nutzers²²⁾ und zur sinnvollen Speicherplatzverwaltung wird dedupliziert. Dies entspricht insoweit dem vom BGH zugelassenen Modell Shift.TV, nur wird statt zahlreicher kundenindividueller Kopien (falls dort überhaupt einzelne Kopien vorlagen) auf einer tiefer liegenden technischen Ebene dedupliziert.

Der Nutzer muss dann aber auch tatsächlich die Kontrolle ausüben. Übt er aber die Kontrolle aus, wenn er die Referenzierung durch andere im Zuge der Deduplizierung gar nicht verhindern kann? Verneinendenfalls wäre die Datei selbst (nicht freilich die Zugriffsrechte) uU dem Diensteanbieter zuzurechnen, was zu dessen Einstufung als Hersteller der Kopie führen könnte.

Eine Referenzierung durch andere ist aber bei Deduplizierung nie ausgeschlossen, darin liegt das Wesen einer Deduplizierung. Würde dies auf einer noch tieferen technischen Ebene unbemerkt geschehen (zB durch die Firmware der Disk), würde wohl niemand die Herstellereigenschaft in Zweifel ziehen. Von der Refe-

17) *Sinofsky*, Reducing runtime memory in Windows 8 (2011), blogs.msdn.com/b/b8/archive/2011/10/07/reducing-runtime-memory-in-windows-8.aspx.

18) So zB beim Memory combining im RAM von Windows 8, *Sinofsky* aaO.

19) Gleichsinnig schon *Wiebe*, MR 2007, 130 (133).

20) *Wiebe*, MR 2007, 130 (135).

21) Verneinend *M. Walter*, Urheberrecht I (2008) Rz 1032 mwN; behahend *Dillenz/Gutman*, UrhG § 42a Rz 2; *Wiebe*, MR 2007, 130 (134).

22) So allgemein auch schon *Wiebe*, MR 2007, 130 (132 f); *Dreier*, „De fine“: vom Ende des Definierens? in FS Ullmann (2006) 37 (46 ff).

renzierung durch andere abgesehen ist die Kontrolle durch den Nutzer zu bejahen, weil er je nach technischer Ausgestaltung entweder die Datei selbst, zumindest aber seine individuelle Zugriffsmöglichkeit kontrolliert (er kann die Sendung zu jedem gewünschten Zeitpunkt ansehen, die Kopie wird auf sein Speicherplatzvolumen angerechnet etc).

Kontrolle bedeutet auch, dass der Erstaufzeichner seine „Aufzeichnung“ (Kopie) löschen kann. Bei duplizierten Dateien löscht jeder Nutzer grundsätzlich nur seine Zugriffsrechte. Dies ist bei den späteren Aufzeichnern hinreichend, beim Erstaufzeichner wirft dies wieder die Kontroll- und damit Herstellerfrage auf. Deutlicher mag seine Kontrolle erscheinen, wenn der Erstaufzeichner die Datei löscht (und nicht nur seine Referenzierung). Da es sich aber um die einzige Aufnahme-Datei handelt, würden dann die Referenzierungen der übrigen Nutzer ins Leere gehen. Die Datei müsste daher zur Erhaltung für die übrigen nunmehr einem anderen Nutzer zugeordnet werden, der die Sendung aufgezeichnet hat – zB in dessen Verzeichnis verschoben werden – und die Referenzierungen der anderen müssten automatisch mitwandern. Dies könnte transparent (für die Benutzer unsichtbar) vor sich gehen. Physisch gelöscht wird die Datei dabei nicht (ausgenommen bei Löschung durch den letzten Aufzeichner), es gehen nur die Zugriffsrechte des Nutzers verloren. Gleiches geschieht einfacher, wenn der Erstaufzeichner nur seine Referenzierung löscht: in beiden Fällen beseitigt er seine Zugriffsrechte. Die Referenzierungen anderer Aufzeichner werden davon nicht beeinflusst. Die Kontrolle aller Aufzeichner über ihre jeweilige Kopie (Zugriffsmöglichkeit) ist daher gegeben. Eine Masterkopie im Sinne des BGH liegt nicht vor.

Gegen eine Kontrolle des Nutzers kann auch nicht eingewandt werden, dass dieser seine Kopie nur abrufen (streamen), aber nicht herunterladen könne, was bei einer Privatkopie selbstverständlich sei: Zum einen dürfte dies je nach nPVR-Modell unterschiedlich sein,²³⁾ zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass Nutzungseinschränkungen auch auftreten, wenn Kopierschutzmechanismen eingesetzt werden (zB DRM bei Musik, etwa durch Bindung an bestimmte Hardware), und zwar zT schon bei den Kaufkopien und dann auch bei davon gezogenen Privatkopien. An der Eigenschaft als Privatkopie ändert dies nichts.

Verschiedene weitere für eine Kontrolle des nPVR-Diensteanbieters über die Kopie und damit seine Herstellereigenschaft ins Treffen geführte Ausstattungsmerkmale, wie technische Vorrichtungen, die regelmäßig gewartet werden müssen, ständiges Personal, das technische Pannen beheben kann, technische Hotline, Zurverfügungstellung technischer Infrastruktur, die nicht mit einem kundenbasierten Festplattenrecorder verglichen werden kann, Kabelleitungen zur Verbindung zwischen User und Diensteanbieter, Vorrätighalten der gespeicherten Daten, bestehen auch bei jedem größeren Betreiber von Servern, ohne dass man deshalb die dort gespeicherten Privatkopien der Kunden als Kopien des Diensteanbieters einstufen würde.

nPVR verbindet freilich die Speichermöglichkeit eines externen Servers mit einer Aufnahmefunktion. Letztere hat aber auch jeder kundenbasierte Videorecorder. Es wäre nicht zu sehen, wieso diese Verbindung zweier Elemente von Privatkopien keine Privatkopie mehr sein sollte.

E. Entstehen bei den weiteren Nutzern ebenfalls Privatkopien?

Ob bei den weiteren Nutzern Privatkopien entstehen, hängt zunächst davon ab, ob man bei Deduplizierung überhaupt weitere Kopien bejaht. Die Datei wird ja nur referenziert, besteht aber physisch nur einmal. Aus den oben genannten Gründen – die Zugriffsrechte treten für den Nutzer wie eine Kopie in Erscheinung – ist dies bei Deduplizierung zu bejahen. Urheberrechtlich sind diese weiteren Kopien unproblematisch. Der BGH hat in den beiden Urteilen Shift.TV und Save.TV übereinstimmend Privatkopien der weiteren Nutzer bejaht.

F. Teleologische Gesamtbetrachtung

1. Der sogenannte „Drei-Stufen-Test“

Bei teleologischer/richtlinienkonformer Auslegung ist zu berücksichtigen, dass nach Art 5 Abs 5 der Info-Richtlinie 2001/29/EG (ähnlich auch Art 9 Abs 2 RBÜ) Beschränkungen der Verwertungsrechte – wie etwa das Recht auf Privatkopie (Art 5 Abs 2 lit b Info-Richtlinie) – nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden dürfen, in denen die normale Verwertung des Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden. Dies wird häufig als „Drei-Stufen-Test“ bezeichnet,²⁴⁾ es handelt sich dabei aber nicht um hierarchische Stufen, sondern um gleichwertige Auslegungsgesichtspunkte.²⁵⁾

2. Beeinträchtigung der normalen Verwertung des Schutzgegenstandes?

Zum Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der normalen Verwertung des Schutzgegenstandes zählt im Zusammenhang mit nPVR wohl das vom BGH in einer früheren Entscheidung zu Save.TV genannte Kriterium, ob der Diensteanbieter eine urheberrechtlich relevante Nutzung in einem Ausmaß und einer Intensität erschließt, die sich mit den Erwägungen, die eine Privilegierung des Privatgebrauchs rechtfertigen, nicht mehr vereinbaren lässt: dann wäre die Vervielfältigung dem Hersteller zuzuordnen.²⁶⁾ Die normale Verwertung des

23) Wiebe, MR 2007, 130 (131) und Mitterer, wbl 2009, 261 (263) beschreiben Modelle mit Downloadmöglichkeit.

24) Vgl nur Ciresa, Urheberrecht § 41a UrhG Rz 9 mwN.

25) Hilty et al, Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step Test“ in Copyright Law.

26) BGH 22.4.2009, I ZR 175/07 ZUM 2009, 765 (Internet-Videorecorder I) (Save.TV). Der BGH hat zur weiteren Tatsachenfeststellung an die Unterinstanz zurückverwiesen. Im zweiten Rechtsgang kam die Sache neuerlich vor den BGH (Internet-Videorecorder II).

Schutzgegenstandes wird aber nicht beeinträchtigt, wenn sich der Standort des Videorecorders ändert.

Es lässt sich auch nicht sagen, dass durch nPVR Personen Privatkopien ermöglicht werden, die diese Möglichkeit sonst nicht hätten. Ein neues Publikum, an das die Rechteinhaber nicht gedacht hatten, als sie die Kabelweitersendung erlaubten,²⁷⁾ wird dadurch nicht erschlossen, wenn nPVR nur Kunden zugänglich ist, die die Kabelweitersendung abonniert haben und daher auch mit kundenbasierten Videorecordern Privatkopien herstellen könnten (und für die die Kabelweitersendung ohnehin bezahlt wird).

Zu bedenken ist weiters, dass in den urheberrechtlichen „Drei-Stufen-Test“ auch die Interessen der Allgemeinheit einzubeziehen sind, auch wenn sie in Art 5 Abs 5 der Info-Richtlinie nicht genannt sind (wohl aber für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte, insb Marken und Patente, in Art 17, 26 Abs 2 und Art 30 TRIPS). Zu den Interessen der Allgemeinheit zählt auch das Interesse, den Wettbewerb nicht zu beschränken.²⁸⁾ Dies ist deshalb von Bedeutung, weil das Urheberrecht über die kartellrechtliche Immanenztheorie zulässige Wettbewerbsbeschränkungen erzeugt, die freilich unter strikter Bindung an das zur Zielerreichung des Urheberrechts Notwendige auszulegen sind. Beschränkt wird hier der Wettbewerb zwischen Anbietern kundenbasierter HD-Recorder (Miete oder Kauf) und Anbietern von nPVR-Diensten: Während es bei kundenbasierten Videorecordern vorgegeben ist, dass zahlreiche Einzelkopien angelegt werden, ist bei nPVR eine vielfache Speicherung jeder Sendung auf dem Server völlig sinnlos und bindet gewaltige Speicherkapazität. Würde eine Duplizierung zur urheberrechtlichen Unzulässigkeit führen, so wäre ein Wettbewerb zwischen den beiden Systemen kaum möglich, weil nPVR nur unter großer Ressourcenvergeudung stattfinden könnte. Das Wettbewerbsargument kann für sich alleine nicht im Urheberrecht entscheiden, es kann aber ein weiteres Argument bilden, wenn deutliche Eingriffe in das Urheberrecht nicht zu sehen sind.

Ob sich der Anbieter von nPVR-Diensten damit eine Einnahmequelle erschließt, ist nicht relevant: Dies ist auch bei den Herstellern kundenbasierter HD-Recorder der Fall; ob Speicherplatz und Aufnahmefunktion durch Kauf-/Mietgeräte oder im Netzwerk zur Verfügung gestellt werden, macht keinen Unterschied.

3. Ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen der Rechteinhaber?

Auch die berechtigten Interessen des Rechteinhabers werden nicht ungebührlich verletzt: Für die Kabelweitersendung wird ohnehin bezahlt, Privatkopien wären dabei auch ohne nPVR möglich. Für kundenbasierte HD-Recorder ist Trägermaterialvergütung nach § 42b UrhG abzuführen, um die erlaubten Privatkopien abzugelten. Dies dürfte unabhängig von der Diskussion um eine Trägermaterialvergütung auf multifunktionale Datenträger wie zB Festplatten²⁹⁾ unzweifelhaft sein, weil der Datenträger eines HD-Videorecorders (anders als zB der eines PC) nicht multifunktional ist. Dementsprechend müssten

auch Datenträger für nPVR der Trägermaterialvergütung unterfallen, weil und sofern sie überwiegend für Privatkopien der Kunden benützt werden und dadurch ein mehr als geringfügiger Nachteil für die Rechteinhaber entsteht.³⁰⁾ Eine bloß beschränkte Nutzung als Speichermedium für Privatkopien wäre bei der Höhe der Vergütung zu berücksichtigen;³¹⁾ dies wird hier aber nicht der Fall sein.

Der EuGH und in der Folge auch der BGH haben im Fall TU Darmstadt sogar Privatkopien (Speicherung auf USB-Stick) bibliotheksseitig digitalisierter Bücher (§ 52a Abs 3 dUrhG) von elektronischen Leseplätzen öffentlicher Bibliotheken gestattet, sofern ein gerechter Ausgleich für die Rechteinhaber geleistet wird.³²⁾

Zahlungspflichtig für die österr Vergütung ist, wer das Trägermaterial von einer im In- oder im Ausland gelegenen Stelle aus gewerbsmäßig entgeltlich im Inland in den Verkehr bringt (§ 42b Abs 3 Z 1 UrhG).³³⁾ Der Nutzer des nPVR als Hersteller der Privatkopie ist nach der Info-Richtlinie 2001/29/EG wirtschaftlich gesehen der eigentliche Schuldner der Vergütung.³⁴⁾ Eine Weiterverrechnung einer vom Diensteanbieter bezahlten Vergütung an den Kunden im Rahmen der nPVR-Nutzung ist daher systemkonform.

Anspruch auf Trägermaterialvergütung nach § 42b UrhG haben die Urheber – bei Filmwerken Hauptregisseur, Drehbuchautor, Komponist der Filmmusik (vgl § 62 UrhG), uU Kameramann, prägende Darsteller – und der Filmhersteller (§ 38 Abs 1 UrhG), nicht aber mangels Verweises des § 76a UrhG auf § 42b der Rundfunkunternehmer.³⁵⁾ Dieser partizipiert daher nur bei Sendung eigener Produktionen als Filmhersteller. Ob dies de lege ferenda geändert werden sollte, ist strittig.³⁶⁾

27) Sofern man diese Wertung des EuGH 21.10.2014 C-348/13 (BestWater International) zur öffentlichen Wiedergabe für auf die Privatkopie übertragbar hält. Eine öffentliche Wiedergabe liegt nach dem EuGH nicht vor, wenn auf einer Website auf ein Werk verlinkt wird, das bereits auf einer anderen Website mit Erlaubnis des Rechteinhabers frei öffentlich wiedergegeben wurde.

28) *Hilty et al*, Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step Test“ in Copyright Law.

29) Dazu ua *Zib/Nitsch*, Rechtsfragen der Trägermaterialvergütung nach § 42b UrhG, MR 2011 Beilage Heft 2, 1.

30) Mit anderer Begründung iE auch *Mitterer*, wbl 2009, 261 (272). Zum Abstellen auf einen „mehr als geringfügigen Nachteil“ OGH 17.12.2013, 4 Ob 138/13t.

31) EuGH 5.3.2015 C-463/12 (Copydan Båndkopi gegen Nokia Danmark).

32) EuGH 11.9.2014 C-117/13 (TU Darmstadt); BGH 16.4.2015, I ZR 69/11 – Elektronische Leseplätze II.

33) Dazu näher *Zib/Nitsch*, MR 2011 Beilage Heft 2, 8 ff.

34) Dazu EuGH 21.10.2010 C-467/08 (Padawan) MR-Int 2010, 115 (*M. Walter*) Rz 45 ff.

35) *M. Walter*, Urheberrecht I (2008) Rz 1556; *Mitterer*, wbl 2009, 261 (272).

36) Bejahend *Lusser/Krassnigg-Kulhavy* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 76a Punkt 3.6; *Mitterer*, wbl 2009, 261 (272); für Deutschland *Dreier* in FS Ullmann (2006) 37 (47); verneinend *M. Walter*, Urheberrecht I (2008) Rz 1556.

III. Zurverfügungstellung für die Öffentlichkeit?

Unabhängig vom Vorliegen einer Privatkopie oder der Bejahung einer Masterkopie des Diensteanbieters stellt sich die Frage, ob die gespeicherten Sendungen vom Diensteanbieter der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden (§ 18a, § 76a UrhG).

Der BGH hat dies zur im Wesentlichen gleichlautenden Vorschrift des § 19a dUrhG (bzw zum Leistungsschutzrecht nach § 87 Abs 1 Nr 1 Fall 2 dUrhG) sowohl für das Modell Shift.TV als auch für Save.TV verneint. Dies wurde damit begründet, dass selbst bei Save.TV – also bei Annahme einer Masterkopie – „die Sendungen zu dem Zeitpunkt, zu dem sie auf dem Fileserver zum Ansehen oder Herunterladen bereitstehen, bereits ins jeweilige Kundenverzeichnis kopiert und damit nur dem jeweiligen Kunden und nicht der Öffentlichkeit zum Abruf zugänglich sind“.³⁷⁾

Daran könnten für ein Deduplizierungsmodell Zweifel bestehen, weil die Datei physisch nur einmal existiert und daher nicht „nur dem jeweiligen Kunden“ zugänglich ist, sondern allen diese Sendung aufzeichnenden (referenzierenden) Kunden. Wenngleich die referenzierenden Kunden wohl eine Öffentlichkeit bilden,³⁸⁾ ist eine öffentliche Zurverfügungstellung aber auch hier zu verneinen, weil bei Deduplizierung die Zugriffsrechte für den Nutzer wie eine selbstständige Kopie in Erscheinung treten. Eine aufgezeichnete Sendung ist daher auch hier nur dem jeweiligen Kunden und nicht der Öffentlichkeit zum Abruf zugänglich.

IV. Weitersendung

Der BGH hat sowohl im Fall Shift.TV als auch bei Save.TV eine Verletzung des Weitersenderechts bejaht (§ 20, § 87 Abs 1 Nr 1 Fall 1 dUrhG): Die Weitersendung erfolgt zeitgleich mit dem Empfang, weil der Diensteanbieter die Sendesignale der Funksendungen mit Satelliten-Antennen empfängt und zeitgleich an die Online-Videorecorder weiterleitet, die dem Bereich der Kunden als Hersteller der vollautomatischen Aufzeichnung zuzuordnen sind.³⁹⁾ Eine verzögerte Abrufbarkeit wegen Durchführung der Videokompression ändert daran nichts.⁴⁰⁾ Zu welchem Zeitpunkt die Empfänger die bestellte Sendung wahrnehmen können, ist ohne Belang.⁴¹⁾

Den Klagen wurde in diesem Punkt nur deshalb nicht stattgegeben, weil sich die Diensteanbieterin von Shift.TV bereits vor Beginn des Rechtsstreits bei der VG Media um den Erwerb des Weitersenderechts bemüht und nach Verfahrensbeginn die sich aus dem Tarif ergebenden Beträge hinterlegt hatte⁴²⁾ bzw die Anbieterin von Save.TV den Zwangslizenzinwand erhoben hatte.⁴³⁾

Auch der US Supreme Court hat 2014 den Online-Dienst Aereo – bei dem jeweils eine eigene Kopie für jeden Kunden in seinem nutzerspezifischen Verzeichnis erstellt wurde – als Weitersendung eingestuft⁴⁴⁾ (und zwar gleich, ob die Quelle nutzerspezifische Kopien seien oder eine einzige Kopie). Aereo streamte TV-Sendungen einige Sekunden zeitverzögert über das Internet, entsprach daher eher einem Internet-TV-Gerät, nicht einem Videorecorder. Eine Aufzeichnungsfunktion zur

späteren Wiedergabe war vorhanden, aber nicht Gegenstand des Verfahrens.⁴⁵⁾

In Österreich ist das Recht zur Kabelweitersendung in § 17 Abs 2, § 59a UrhG enthalten. Eine Rundfunkvermittlungs- oder Gemeinschaftsantennenanlage iS des § 17 Abs 3 UrhG, die nicht als Sendung (Weitersendung), sondern als Teil des Empfangsvorgangs gilt, dürfte bei nPVR nicht vorliegen.⁴⁶⁾ Ob man dennoch von einer gemeinschaftlich genutzten Empfangsanlage sprechen kann – was dem Vorgang näher kommen würde als die vom BGH angenommene Weitersendung an die Online-Videorecorder⁴⁷⁾ –, erscheint angesichts des § 17 Abs 3 UrhG fraglich. Der BGH hat jedenfalls eine Weitersendung bejaht. Auch das Vorliegen einer integralen – also gleichzeitigen, vollständigen und unveränderten – Weitersendung iS des § 59a UrhG wird zu bejahen sein.⁴⁸⁾ Die Weitersendung erfolgt auch hier an die Online-Videorecorder, die dem Bereich der Kunden als Hersteller der Aufzeichnung zuzuordnen sind.⁴⁹⁾

Eine Kabelweitersendung an die Kunden (deren Online-Videorecorder) wird zu bejahen sein. Sie ist zulässig, wenn – anders als bei Shift.TV, Save.TV und Aereo – Verträge zur Kabelweitersendung berechtigen und nPVR nur Kunden angeboten wird, die die Kabelweitersendung abonniert haben (und für die daher auch bezahlt wird). Diese Kunden könnten auch ohne nPVR

37) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 31; BGH 22.4.2009, I ZR 175/07 (Save.TV) Rz 24 ff. Ähnlich BGH 11.4.2013, I ZR 152/11 Rz 22 und BGH 22.4.2009, I ZR 216/06 Rz 26 für Shift.TV. Ebenso *Wiebe*, MR 2007, 130 (137) bei Herstellereigenschaft des Kunden (Shift.TV), nicht aber bei jener des Anbieters (Save.TV). Mit etwas anderer Begründung auch *Mitterer*, wbl 2009, 261 (268).

38) BGH 11.4.2013, I ZR 152/11 Rz 43 für die aufzeichnenden Kunden bei Shift.TV; *Mitterer*, wbl 2009, 261 (268).

39) BGH 11.4.2013, I ZR 152/11 (Shift.TV) Rz 42; BGH 11.4.2013, I ZR 153/11 (Shift.TV) Rz 29; BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 56; BGH 22.4.2009, I ZR 216/06 (Shift.TV) Rz 30; BGH 22.4.2009, I ZR 175/07 (Save.TV) Rz 28; zust *Berberich*, ZUM 2013, 562 (563).

40) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 56; BGH 22.4.2009, I ZR 216/06 (Shift.TV) Rz 29; BGH 22.4.2009, I ZR 175/07 (Save.TV) Rz 28, 33.

41) BGH 11.4.2013, I ZR 152/11 (Shift.TV) Rz 43; BGH 11.4.2013, I ZR 153/11 (Shift.TV) Rz 30; BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 57; BGH 22.4.2009, I ZR 216/06 (Shift.TV) Rz 35; BGH 22.4.2009, I ZR 175/07 (Save.TV) Rz 28, 33.

42) BGH 11.4.2013, I ZR 152/11 (Shift.TV) Rz 55; BGH 11.4.2013, I ZR 153/11 (Shift.TV) Rz 42.

43) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 60 ff.

44) US Supreme Court June 25, 2014, No. 13–461, *American Broadcasting Cos., Inc., et al v. Aereo, Inc.*, www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-461_1537.pdf: „Retransmitting a television program using user-specific copies is a process of transmitting a performance“.

45) US Supreme Court aaO sub I.A.

46) *Wiebe*, MR 2007, 130 (136).

47) An sich zutreffend *Wiebe*, MR 2007, 130 (136 f).

48) Ebenso *Mitterer*, wbl 2009, 261 (267 f).

49) BGH 11.4.2013, I ZR 152/11 (Shift.TV) Rz 42; BGH 11.4.2013, I ZR 153/11 (Shift.TV) Rz 29; BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 56; BGH 22.4.2009, I ZR 216/06 (Shift.TV) Rz 30; BGH 22.4.2009, I ZR 175/07 (Save.TV) Rz 28. Für das österr Recht auch *Mitterer*, wbl 2009, 261 (267).

Privatkopien der Sendungen mit kundenbasierten Videorecordern herstellen.

Der BGH hat – allerdings in anderem Zusammenhang (Zwangslizenz einwand) – angemerkt, dass zu prüfen wäre, ob das eingeräumte Weitersendungsrecht eine Weitersendung an nPVR deckt oder eine davon nicht erfasste neue Nutzungsart vorliegt.⁵⁰⁾ Bestehende Verträge werden dazu häufig keine explizite Aussage enthalten. Auch insoweit ist darauf zu verweisen, dass die Kunden auch ohne nPVR Privatkopien der Sendungen mit kundenbasierten Videorecordern herstellen können, eine „Weitersendung an Videorecorder“ daher schon bisher immanent war und sich nur deren Standort geändert hat.

Sollte aber eine Weitersendung an nPVR nicht von den vorhandenen Verträgen gedeckt sein, so könnte uU auch die Verwertungsgesellschaft nicht die erforderlichen Rechte einräumen (was von ihren Wahrnehmungsverträgen abhängt;⁵¹⁾ vgl aber § 59a Abs 2 UrhG) und auch die Rundfunkunternehmer (§ 59a Abs 3 UrhG) könnten uU nicht die erforderlichen Rechte für Fremdproduktionen als derivative Rechteinhaber⁵²⁾ einräumen. Die integrale Kabelweitersendung gem § 59a UrhG ist nicht vom Signalschutz des § 76a UrhG erfasst.⁵³⁾ Für die Kabelweitersendung der ORF-Programme ist jedenfalls kein Entgelt zu bezahlen (§ 17 Abs 3 letzter Satz UrhG).

V. Daueraufnahme / Replay-Funktion

Bei einer Replay-Funktion kann der Kunde vorweg bestimmen, welche Sender für ihn als Daueraufnahme aufgezeichnet werden sollen (Aufnahme des gesamten Programms). Aus dieser Daueraufnahme kann dann in einem definierten Zeitfenster eine/jede gewünschte Sendung im Nachhinein angesehen oder herauskopiert werden. Das Herauskopieren eines Teils aus der (gegebenenfalls) Privatkopie erzeugt eine weitere Privatkopie. Zu überlegen ist nur, ob die vorangehende Daueraufnahme eine andere Qualifikation erfordert.

Im Prinzip liegt auch in einer Daueraufnahme eine Privatkopie. Dass eine solche nur für einzelne Sendungen möglich wäre, trifft nicht zu. Fraglich könnte nur sein, ob eine Daueraufnahme den Zweck einer Privatkopie transzendiert (vgl oben zum „Drei-Stufen-Test“).

Dies scheint aus folgenden Gründen nicht der Fall zu sein: Zum einen können auch mit kundenbasierten Videorecordern Daueraufnahmen durchgeführt werden, was an deren Eigenschaft als Privatkopie nichts ändert. Erforderlich ist dafür nur hinreichende Speicherkapazität: Derzeit aktuelle *stand-alone*-Modelle mit 3 TB Disk können 750 Stunden HD- oder 1.800 Stunden SD-Video speichern, erlauben also durchaus Daueraufnahmen. Bei NAS-Systemen, die im LAN (also ebenfalls kundenseitig) speichern, beträgt die Kapazität bis zu 24 TB.

Auch für die Rezeption des Inhalts hat eine Daueraufnahme keine eigenständige Funktion: Kein Nutzer wird das aufgezeichnete Tagesprogramm später als Ganzes ansehen. Die Daueraufnahme dient nur als Rohmasse zum Ansehen einzelner gewünschter Sendungen. Das Gesamtprogramm wird vom Nutzer zwar – im Rah-

men seines verfügbaren Speicherplatzes auf dem Server – kopiert, aber nicht konsumiert (anders als bei der Kopie gesamter oder gar aller Musikalben eines Künstlers, also ebenfalls eines „Gesamtprogramms“, die dennoch eine Privatkopie bleibt). Kopie und Konsum fallen hier auseinander. Es liegt daher eine höhere Quantität der Aufzeichnung vor, die aber nicht in eine andere Qualität der Kopie umschlägt.

Der Charakter als Privatkopie ändert sich dadurch nicht. Ein gerechter Ausgleich für die Rechteinhaber (Art 5 Abs 2 lit b der Info-Richtlinie 2001/29/EG) besteht aufgrund der Vergütung für das Weitersenderecht und aufgrund der Trägermaterialvergütung nach § 42b UrhG.

VI. Zusammenfassung

nPVR-Modelle mit deduplizierten individuellen Kopien sind im Wesentlichen so zu beurteilen, wie der deutsche BGH dies zum Modell Shift.TV entschieden hat. Die Nutzer erstellen auf einem ausgelagerten Videorecorder kundenindividuelle Kopien. Dass diese hier nicht als Vielzahl inhaltsgleicher Dateien bestehen, sondern auf einer tiefer liegenden technischen Ebene nur einmal gespeichert werden (der Zugriff der Anwender erfolgt über Referenzierung), wovon die darüber liegende Anwenderschicht keine Kenntnis und worauf sie keine Einflussmöglichkeit hat (Deduplizierung), ändert daran nichts. Eine Masterkopie des Diensteanbieters liegt nicht vor.

Der erstaufzeichnende Nutzer ist Hersteller einer Privatkopie (§ 42 Abs 4 UrhG) und übt die Kontrolle über diese aus. Für die Kopien der weiteren Nutzer gilt Gleiches. Auch eine teleologische Gesamtbetrachtung („Drei-Stufen-Test“) ergibt keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung des Schutzgegenstandes und keine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen der Rechteinhaber.

Eine Zurverfügungstellung für die Öffentlichkeit (§ 18a UrhG) liegt nicht vor. Wohl aber wird eine Kabelweitersendung an die Kunden (deren Online-Videorecorder) zu bejahen sein. Sie ist zulässig, wenn – anders als bei Shift.TV und Save.TV – Verträge zur Kabelweitersendung berechtigen und nPVR nur Kunden angeboten wird, die die Kabelweitersendung abonniert haben.

Auch eine Daueraufnahme (Replay-Funktion) ist grundsätzlich eine Privatkopie. Der Charakter als Privatkopie ändert sich durch die größere Länge ebenso wenig wie bei herkömmlichen Videorecordern.

50) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 67, 68.

51) BGH 11.4.2013, I ZR 151/11 (Save.TV) Rz 68; BGH 11.4.2013, I ZR 153/11 (Shift.TV) Rz 39.

52) *Lusser/Krassnigg-Kulhavy* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 59a Punkt 3.3.2.

53) *Lusser/Krassnigg-Kulhavy* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 76a Punkt 3.2; wohl auch *M. Walter*, Urheberrecht I (2008) Rz 1552. AM *Wittmann*, Das Leistungsschutzrecht des Rundfunkunternehmers nach § 76a UrhG in der Weitersendung, MR 2014 Beilage Heft 5, 1.