

ZUGANGSRECHT

Prof. Dr. Katharina de la Durantaye^{*}

Zugang zu Wissen im Digitalen – ein rechtsvergleichendes Plädoyer^{**}

Einleitung

Zugang zu Wissen ist elementar für die Bildung der Persönlichkeit, den wissenschaftlichen Fortschritt und den gesellschaftlichen und politischen Diskurs. Im Digitalen ist es theoretisch deutlich einfacher als im Analogen, Zugang zu gewähren bzw. zu erhalten. Technisch kann alles von überall aus jederzeit verfügbar sein. Im Grunde könnten wir also in einer globalen Wissensgesellschaft leben. Das tun wir aber nicht. Dafür gibt es wirtschaftliche, kulturelle, politische und auch rechtliche Gründe, insbesondere urheberrechtliche. Anhand von drei Fallbeispielen, die unterschiedlichen rechtlichen und kulturellen Kontexten entstammen, werde ich illustrieren, wie derzeit um das angemessene Level an Zugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten gerungen wird.

In Teil eins des Aufsatzes werde ich zunächst knapp den Stand der Diskussion in Deutschland darstellen, ob und unter welchen Umständen Öffentliche Bibliotheken ihren Nutzer:innen E-Books zur Verfügung stellen dürfen sollen (E-Lending), ohne die Rechteinhaber:innen um Erlaubnis bitten zu müssen. Teil zwei hat eine Klage zum Gegenstand, die vier Publikumsverlage in den USA gegen das Internet Archive erhoben haben, nachdem dieses sein E-Lending-Angebot während der Corona-Pandemie erheblich erweitert hatte. Teil drei ist einem anderen laufenden Verfahren gewidmet. In Indien haben marktmächtige US-Verlage die Schattenbibliothek Sci-Hub verklagt. Der Fall hat im Land große Aufmerksamkeit erregt und zu legislativen Vorschlägen geführt, die wissenschaftliche Texte der Öffentlichkeit allgemein zugänglich machen würden.

* Katharina de la Durantaye ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht an der Freien Universität Berlin.

** Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag, den ich im Oktober 2022 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster auf der Tagung „Digitale Buchmärkte. Potenziale und Herausforderungen“ des SFB 1385 gehalten habe. Den Teilnehmer:innen gebührt herzlicher Dank für Anregungen und Kritik. Danken möchte ich außerdem Tom Hirche und Céline M. Lalé für wertvolle Recherchearbeit.

Verglichen mit den Fällen in den USA und in Indien erscheinen die Diskussionen, die wir hier in Deutschland über das E-Lending führen, als Diskussionen über Details von Regelungen, die zum Kontext eines Landes der westlichen Welt passen und die den Normalzustand betreffen. Der Fall in den USA verhandelt unter anderem die Frage, inwiefern diese allgemeinen Regeln auch in Ausnahmesituationen Geltung beanspruchen. In Indien schließlich wird über den Wissenstransfer zwischen dem Globalen Norden und dem Globalen Süden diskutiert – und über mögliche Kollateralschäden, die das internationale urheberrechtliche System, das an westliche Bedingungen ausgerichtet ist, dort produziert. In der Zusammenschau bieten die drei Fälle Material, um sich grundsätzlichere Fragen dazu zu stellen, wie der Zugang zu Wissen im Digitalen strukturiert sein sollte und welchen Beitrag wir Wissenschaftler:innen leisten können, um Zugang zu verbessern. Der Beitrag schließt denn auch mit einem Plädoyer für eine Änderung der (rechts-)wissenschaftlichen Publikationskultur.

I. Deutschland

Die Diskussion, ob das E-Lending neu geregelt werden sollte und wenn ja, wie genau so eine Regelung aussehen könnte, schwelt in Deutschland schon seit Jahren.¹ Sie spielte auch bei den Verhandlungen der Ampelkoalition eine Rolle. Da prallten ebenfalls unterschiedliche Ansichten aufeinander. Das Ergebnis ist ein sybillinischer Passus im Koalitionsvertrag: „Wir wollen faire Rahmenbedingungen beim E-Lending in Bibliotheken.“² Es ist nicht verwunderlich, dass dieser Satz konsensfähig war. Er ist denkbar unpräzise; seine Bedeutung hängt entscheidend davon ab, was man als fair erachtet. Der Satz enthält keine Aufforderung. Es geht nicht unbedingt darum, faire Bedingungen zu schaffen. Möglich ist auch, dass die Bedingungen, wie sie derzeit existieren, fair sind, und die Koalitionsparteien diese Fairness bewahren wollen.

Wie genau ist die derzeitige Praxis in Deutschland? Wie in vielen Ländern weltweit, unterliegen Bibliotheken in Deutschland anderen rechtlichen Regelungen, wenn sie physische Bücher verleihen, als wenn sie E-Books zur Verfügung stellen. Das Urheberrechtsgesetz gibt Bibliotheken die gesetzliche Erlaubnis, gedruckte Bücher, die sie erworben haben, physisch zu verleihen (§ 17 Abs. 2 UrhG). Im Gegenzug müssen sie die sogenannte Bibliothekstantieme entrichten (§ 27 Abs. 2 UrhG). Für das E-Lending fehlt ein derartiger Erlaubnistatbestand. Das Urheberrechtsgesetz gestattet Nutzungen

1 Vorschläge finden sich beispielsweise bei *Grünberger*, ZGE 2017, 188, 204 ff.; *Hofmann*, ZUM 2018, 107, 112 f.; *Kleinkopf/Pflüger*, ZUM 2021, 643, 649 ff.; *Kuschel*, ZUM 2020, 138, 140; *Reda/Binder*, RuZ 2020, 167, 179 ff.; *Stieper*, FS Schulze, 2017, S. 107, 111 ff.; *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2017, 594, 599 f. Zum Vorschlag des Bundesrats, eine Zwangslizenz für E-Books einzuführen (BR-Drucks. 142/21), *Pohlmann/Peter*, MMR-Aktuell 2021, 438576; zu den unterschiedlichen Vorschlägen insgesamt *de la Durantaye*, ZUM 2022, 585.

2 Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 123, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

für Zwecke von Bildung und Forschung (§§ 60a ff. UrhG). Diese Erlaubnisse schließen das E-Lending nicht per se ein, sie sind aber insgesamt recht großzügig bemessen. Auf Basis dieser gesetzlichen Nutzungsmöglichkeiten haben Universitäten und Forschungseinrichtungen mit Wissenschaftsverlagen Verträge geschlossen, nach denen weitreichende Nutzungen gestattet sind.³ Die politische Diskussion, ob das E-Lending erlaubt werden soll, konzentriert sich daher auf Nutzungen, die an Öffentlichen Bibliotheken wie etwa Stadtbibliotheken stattfinden, also auf Nutzungen für allgemeine Bildungs- und Unterhaltungszwecke. Für diese Zwecke benötigen Bibliotheken die Zustimmung der Verlage, wenn sie E-Books zur Verfügung stellen wollen.

Derzeit funktioniert das System wie folgt:⁴ Verlage schließen einen Vertrag mit einem Vermittler, der divibib GmbH, deren Produkt Onleihe in Deutschland auf dem Markt für deutschsprachige E-Books über einen Marktanteil von nahezu 100 Prozent verfügt. Divibib erteilt dann Lizenzen an Bibliotheken. Überdies hält divibib die digitale Infrastruktur vor. Nutzer:innen der Bibliotheken erhalten Zugriff auf die Bücher über die Plattform von divibib. Die Bibliotheken verfügen selbst nicht über die E-Books, die Gegenstand der Onleihe sind. Es gibt also einen sehr starken Player in der Mitte, der sich im Wesentlichen aus Steuereinnahmen finanziert.

Die Verträge, die divibib mit den Bibliotheken abschließt, beinhalten im Wesentlichen drei Bedingungen.⁵ Erstens dürfen Bibliotheken pro Lizenz zu jedem Zeitpunkt immer nur einem:r Nutzer:in eine Kopie zugänglich machen (*one copy, one user*), obwohl es technisch möglich wäre, gleichzeitig mehreren Nutzer:innen Zugang zu einem auf einem Server befindlichen E-Book zu verschaffen. Diese Vorgabe dient dazu, künstlich eine Situation herzustellen, wie sie bei gedruckten Büchern besteht. Ein solches Buch kann rein faktisch jeweils nur eine Person ausleihen. Auch die zweite Bedingung der Verträge soll das E-Lending an den Verleih gedruckter Bücher annähern: Eine Lizenz erfasst nur eine bestimmte Anzahl von „Ausleihvorgängen“, anschließend erlischt sie. Möchte die Bibliothek das E-Book weiter anbieten, muss sie eine neue Lizenz erwerben. Das soll die physischen Beschränkungen gedruckter Bücher simulieren; dort wird der Neuerwerb irgendwann erforderlich, weil sich Bücher im Laufe der Zeit abnutzen. Drittens sehen die Verträge oftmals das sogenannte „Windowing“ vor; E-Books dürfen erst nach Ablauf von sechs bis zwölf Monaten nach Veröffentlichung zur Verfügung gestellt werden. Das soll den Verlagen ermöglichen, den ersten Bedarf komplett selbst zu decken, ohne dass Bibliotheken ihnen Konkurrenz machen.

Dass die erste Bedingung angemessen ist, ist im Grunde unumstritten. Die Bibliotheken nehmen aber Anstoß an den anderen beiden Bedingungen sowie an dem Preis,

3 Diese Lizenzen werden teilweise aggregiert erworben. Vgl. das Projekt DEAL unter Federführung der Hochschulrektorenkonferenz (<https://www.projekt-deal.de/aktuelles>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023) sowie die von der DFG geförderten Nationallizenzen (<https://www.nationallizenzen.de>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023).

4 Dazu Budzinski, ZUM 2022, 594, 600 f. Vgl. auch: <https://www.divibib.com/fuer-verlage/c-1508>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

5 Dazu de la Durantaye, ZUM 2022, 585, 588 f.; Fischer/Schuster, ZUM 2022, 603, 605 f.

den sie bezahlen müssen.⁶ Sie fordern eine gesetzliche Erlaubnis, E-Books ohne Zustimmung der Rechteinhaber:innen zu „verleihen“, solange sie dafür eine Gebühr zahlen – also eine Situation, wie sie bei gedruckten Büchern besteht.⁷ Was wäre die Konsequenz? Bibliotheken dürften die E-Books umgehend zu den im Gesetz niedergeschriebenen Bedingungen nutzen. Sie müssten mit den Verlagen lediglich über den Preis verhandeln, den sie ihnen für die Nutzung zahlen müssten. Die Verhandlungsposition der Bibliotheken würde also gestärkt. Zudem könnte die Dividende an Bedeutung verlieren, weil sie nicht mehr in die Rechteklärung eingebunden werden müsste,⁸ sondern allenfalls die technische Infrastruktur für das E-Lending zur Verfügung stellen würde.⁹

Die Diskussion in Deutschland kreist um eben diese Fragen:¹⁰ Wollen wir die Gewichte zwischen Verlagen und Bibliotheken verschieben, indem wir eine Schranke vorsehen, die den Bibliotheken die Nutzung unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt? Welche Voraussetzungen sollen das sein?

II. USA

Die Situation in den USA ähnelt jener in Deutschland. Auch dort gibt es keinen gesetzlichen Erlaubnistaatbestand, der das E-Lending explizit gestattet. Auf dem Markt haben sich kommerzielle Anbieter für E-Lending etabliert. Der verbreitetste ist OverDrive, das auch auf dem deutschen Markt für das E-Lending englischsprachiger E-Books tätig ist.¹¹ Die Angebote dieser Anbieter basieren auf Verträgen mit Verlagen; sie sind kostenpflichtig und generieren Einnahmen für Rechteinhaber:innen. Viele Öf-

⁶ Pressemitteilung des dbv vom 29.03.2021, abrufbar unter: https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2021-04/2021_03_29_PM_Novellierung%20Urheberrecht_E-Lending.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Vgl. auch die Begründung des Bundesrats zu seinem Vorschlag für eine Zwangslizenz zugunsten von Bibliotheken, BT-Drucks. 142/21. Nach der Stellungnahme des Börsenverein des Deutschen Buchhandels et al. zum Vorschlag des Deutschen Bundesrats zur gesetzlichen Regelung der digitalen Leihgabe von E-Books vom 07.04.2021, S. 2 f., abrufbar unter: <https://www.boersenverein.de/presse/pressemitteilungen/detailseite/boersenverein-nein-zu-einer-ueberstuerzten-gesetzlichen-regelung-fuer-die-e-bo-ok-ausleihe>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023, sind die Bibliotheken den Verlagen nicht strukturell unterlegen.

⁷ Vgl. etwa den offenen Brief vom Deutschen Bibliotheksverband e.V. (dbv) sowie über 1.000 Bibliotheksleitungen bundesweit von Januar 2021, abrufbar unter: <https://www.bibliotheksverband.de/sites/default/files/2021-06/dbv%20-%C2%A0Offener%20Brief%20an%20die%20Abgeordneten%20des%20Deutschen%20Bundestages.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

⁸ Eine weitere Stärkung der Marktmacht von Dividenden befürchtet hingegen das Netzwerk Autorenrechte in seinem offenen Brief an die Abgeordneten des Deutschen Bundestags 2021, S. 2, abrufbar unter: https://www.moerderische-schwestern.eu/fileadmin/user_upload/NAR_Stellungnahme_E-Lending_260121.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

⁹ Die Öffentlichen Bibliotheken sind in das etablierte System inzwischen so sehr investiert, dass sie auch dann, wenn eine gesetzliche Erlaubnis bestünde, vermutlich keine eigene technische Infrastruktur für das E-Lending aufbauen würden.

¹⁰ Dazu ausführlicher *de la Durantaye*, ZUM 2022, 585.

¹¹ <https://company.overdrive.com/company-profile/who-we-are>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

fentliche Bibliotheken, etwa die New York Public Library, kooperieren mit diesen Anbietern.¹²

Eine Alternative zu solchen kostenpflichtigen Diensten bietet das Angebot des Internet Archive, einer nicht-kommerziellen Internetbibliothek, die kulturelle Artefakte in digitaler Form aufbewahrt.¹³ Es hat 36 Millionen Texte in seinem Archiv, davon rund 7,2 Millionen Bücher.¹⁴ Knapp die Hälfte ist urheberrechtlich gemeinfrei und deshalb ohne Beschränkungen zugänglich. Rund 3,9 Millionen Titel unterliegen urheberrechtlichem Schutz. Auf diese Bücher können Nutzer:innen über die Open Library zugreifen.¹⁵ Sie ist auch aus Deutschland zugänglich, erforderlich ist nur ein Benutzer:innenkonto.

Für die in der Open Library enthaltenen Werke hat das Archive keine Verträge mit Verlagen geschlossen. Von US-amerikanischen (Universitäts-)Bibliotheken sowie der NGO Better World Books¹⁶ erhält das Archive gedruckte Bücher, die diese erworben oder geschenkt bekommen haben. Darüber hinaus nimmt es Bücherspenden von Privatpersonen entgegen und erwirbt auch selbst Bücher im Buchhandel.¹⁷ Das Archive betreibt eigene Digitalisierungszentren, in denen die Bücher Seite für Seite manuell eingescannt werden.¹⁸ Die digitale Kopie stellt es in die Open Library ein.

Der kostenlose Zugang zu den Digitalisaten, den das Archive ermöglicht, steht inzwischen unter folgenden Bedingungen: Das Archive beherzigt nicht nur die Regel *one copy, one user*, sondern stellt das Werk seinen Nutzer:innen grundsätzlich auch nur für eine Stunde und lediglich auf der Webseite der Open Library zur Verfügung.¹⁹ Diesen kurzzeitigen Zugang können die Nutzer:innen immer wieder erneuern. Solange sie dies tun, erhält niemand anders Zugriff. Von rund einem Drittel der erhältlichen Werke hält das Archive mehrere Kopien bereit, weil es über mehrere gedruckte Exemplare

12 <https://nypl.overdrive.com>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

13 <https://archive.org>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Berühmt geworden ist das Internet Archive durch seine Wayback Machine. Mit dieser Internet-Zeitreisemaschine lassen sich 771 Milliarden archivierte Webseiten besuchen, von denen viele anderweitig nicht mehr abrufbar sind.

14 Aktuelle Zahlen finden sich unter <https://archive.org/details/texts?tab=collection>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

15 <https://openlibrary.org>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

16 https://help.archive.org/help/national-emergency-library-faqs/#h_8af3cee4-c78f-46d5-815b-68baadb8de7e, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

17 *Freeland*, Internet Archive responds: Why we released the National Emergency Library, Internet Archive Blog, 30.03.2020, abrufbar unter: <https://blog.archive.org/2020/03/30/internet-archive-responds-why-we-released-the-national-emergency-library>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

18 <https://archive.org/scanning>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Das Archive unterhält 32 solcher Zentren in acht Ländern, <https://archive.org/details/partnerdocs>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Vgl. auch Jones, How the Internet Archive Digitizes 3,500 Books a Day—the Hard Way, One Page at a Time, Open Culture, 22.02.2021, abrufbar unter: <https://www.openculture.com/2021/02/how-the-internet-archive-digitizes-3500-books-a-day.html>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

19 Dazu und zum Folgenden <https://help.archive.org/help/borrowing-from-the-lending-library>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

verfügt.²⁰ Zu diesen digitalen „Dubletten“ eröffnet das Archive Zugang für 14 Tage, und zwar jeweils nur einer Person pro physischer Buchvorlage. Nutzer:innen dürfen die Dateien während dieses Zeitraums herunterladen und mit einer speziellen Software auf ihren Endgeräten lesen. Die Dateien sind mit technischen Schutzmaßnahmen versehen, die Kopien unmöglich machen. Nach Ablauf der Zweiwochenfrist werden die Dateien automatisch gelöscht. Möchten Nutzer:innen ein Werk weiter lesen, müssen sie eine neue „Leihe“ starten. War das Buch vorgemerkt, müssen sie sich in eine Warteliste eintragen. Nutzer:innen erhalten Zugriff auf maximal zehn E-Books gleichzeitig.

Für diese Nutzungen erhalten die Rechteinhaber:innen kein Geld. Das Archive beruft sich auf einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand. Im US-amerikanischen Recht verpflichten solche Tatbestände die Berechtigten nicht, eine angemessene Vergütung zu entrichten. Sie erlauben die Nutzung vergütungsfrei. Das US-amerikanische System ist also binär: Entweder benötigt die Nutzerin eine – in der Regel kostenpflichtige – Lizenz oder sie darf nutzen, ohne dass sie eine Erlaubnis braucht. Dann muss sie auch nicht zahlen.

Verlage (und ein Teil der Urheber) standen dem Konzept der Open Library daher von Beginn an skeptisch gegenüber. Ihre Abneigung steigerte sich, als das Archive am 24. März 2020 seine National Emergency Library ins Leben rief.²¹ Zu dem Zeitpunkt waren die Öffentlichen Bibliotheken in den USA wegen der Corona-Pandemie geschlossen.²² Nach Schätzungen des Archive waren deswegen rund 650 Millionen physische Bücher nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zugänglich.²³ Elektronische Ressourcen gewannen über Nacht enorm an Wichtigkeit. Damals verfügte das Archive über rund 1,4 Millionen Scans urheberrechtlich geschützter Bücher, die es alle unter den Bedingungen zugänglich machte, die heute für „Dubletten“ gelten: Nutzer:innen durften sie für 14 Tage auf ihren Endgeräten lesen. Hatte jemand anders gerade Zugang zu einem E-Book, konnte man sich in eine Warteliste eintragen (*one copy, one user*). Im März 2020 wurden diese Wartelisten immer länger. Verschiedene Universitätsbibliotheken baten das Archive daher, seine Praxis zu ändern.²⁴ Dieser Bitte leis-

20 <https://archive.ph/2bay4#selection-151.11-151.45>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

21 *Freeland*, Announcing a National Emergency Library to Provide Digitized Books to Students and the Public, Internet Archive Blogs, 24.03.2020, abrufbar unter: <https://blog.archive.org/2020/03/24/announcing-a-national-emergency-library-to-provide-digitized-books-to-students-and-the-public>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

22 Pressemitteilung der ALA vom 17.03.2020, abrufbar unter: <https://www.ala.org/news/press-releases/2020/03/ala-executive-board-recommends-closing-libraries-public>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

23 *Freeland*, Internet Archive responds: Why we released the National Emergency Library, Internet Archive Blog, 30.03.2020, abrufbar unter: <https://blog.archive.org/2020/03/30/internet-archive-responds-why-we-released-the-national-emergency-library>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

24 Eine Liste der Bibliotheken, die das Projekt unterstützte, ist abrufbar unter: <https://docs.google.com/document/u/1/d/e/2PACX-1vQeYK7dKWH7Qqw9wLVnmEo1ZktykuULBq15j7L2gPCXSL3zem4WZO4JFyj-dS9yVK6BTnu7T1UAluOl/pub>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Besonders deutlich äußerte sich *Chris Bourg*, der Direktor der MIT Libraries, *Freeland*, Announcing a National Emergency Library to Provide Digitized Books to

tete es Folge, indem es die Wartelisten aussetzte. Fortan konnten mehrere Nutzer:innen gleichzeitig auf eine Kopie zugreifen, die Regel *one copy, one user* galt nicht mehr. Die sonstigen technischen und zeitlichen Beschränkungen blieben bestehen; auch war es nach wie vor möglich, E-Books mehrfach hintereinander „auszuleihen“.²⁵ Rechteinhaber:innen erhielten keine Vergütung. Autor:innen, nicht aber Verlage, hatten die Möglichkeit zum Opt-out.²⁶ Geplant war, dass die National Emergency Library bis zum Ende des Corona-bedingten Ausnahmezustands in den USA („through the duration of the US national emergency“), mindestens aber bis Ende Juni 2020, ihre Tore geöffnet haben würde.²⁷

Wissenschaftsverlage waren zunächst empört, entschieden sich dann aber, das Archive nicht zu verklagen. Ihre eigentlichen Kundinnen, die Universitäten, hatten ohnehin Verträge mit ihnen abgeschlossen. Diese Verträge würden die Unis nicht kündigen, nur weil das Archive eigene Digitalisate zur Verfügung stellt. Die Wissenschaftsverlage sahen ihr Kerngeschäft somit nicht in Gefahr. Bei Publikumsverlagen war das anders. Vier große Verlagskonglomerate – Hachette, Harper Collins, Penguin Random House und Wiley – verklagten das Archive wegen der Verletzung von Urheberrechten an 127 kommerziell erfolgreichen Werken.²⁸ Daraufhin schloss die National Emergency Library am 16. Juni 2020 vorzeitig ihre Tore. Seither betreibt das Archive seine Open Library wieder unter Geltung von *one copy, one user*. Außerdem hat es die oben genannte Beschränkung eingeführt, dass Kopien von Werken, über die das Archive nur einfach verfügt, lediglich für eine Stunde ausgeliehen werden können.

Der Rechtsstreit läuft noch immer. Im Oktober 2022 hat das Archive seinen Antrag auf Klageabweisung im Schnellverfahren erneut präzisiert. Gegenstand des Verfahrens ist nicht nur die National Emergency Library, sondern auch und vor allem die Open Library. Die Verlage machen geltend, dass das Archive mit seinem gesamten E-Lending-Angebot gegen das Urheberrecht verstößt. Das Archive macht geltend, dass die Nutzungen der Open Library dem zentralen gesetzlichen Erlaubnistatbestand des US-amerikanischen Urheberrechts unterfallen, der *fair use defense* (17 U.S.C. § 107). Das ist ein offener Tatbestand. Er verpflichtet Gerichte dazu, die widerstreitenden Interessen insbesondere anhand von vier Faktoren abzuwägen:

Students and the Public, Internet Archive Blogs, 24.03.2020, abrufbar unter: <https://blog.archive.org/2020/03/24/announcing-a-national-emergency-library-to-provide-digitized-books-to-students-and-the-public>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

- 25 *Freeland*, Internet Archive responds: Why we released the National Emergency Library, Internet Archive Blog, 30.03.2020, abrufbar unter: <https://blog.archive.org/2020/03/30/internet-archive-responds-why-we-released-the-national-emergency-library>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.
- 26 <https://help.archive.org/help/national-emergency-library-faqs>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.
- 27 <https://help.archive.org/help/national-emergency-library-faqs>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.
- 28 *Hachette Book Group, Inc. et al. v. Internet Archive et al.*, No. 1:20-CV-04160-JGK (N.Y.S.D., filed June 1, 2020). Für eine Analyse der im Laufe und anlässlich des Verfahrens vorgebrachten Argumente *Rimmer*, 11 Laws 79 (2022), abrufbar unter: <https://doi.org/10.3390/laws11050079>.

- the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non-profit educational purposes;
- the nature of the copyrighted work;
- the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- the effect upon the potential market for or value of the copyrighted work.

Klassischerweise ist für die Abwägung am wichtigsten, ob die Nutzung transformativ und nicht kommerziell ist (1. Faktor) sowie ob sie die (kommerziellen) Angebote der Rechteinhaber:innen substituieren könnte (4. Faktor). Die Faktoren zwei und drei hingegen sind in aller Regel nicht entscheidend. Zum ersten Faktor ist die Lage nicht eindeutig. Die Nutzungen des Archive sind zwar nicht kommerziell, auch wenn die Verlage dies bezweifeln, aber sie sind höchstwahrscheinlich auch nicht transformativ. Wie die Verlagsangebote stellt das Archive Nutzer:innen ganze Werke zum Lesen zur Verfügung. Das unterscheidet diesen Fall etwa von Google Books.²⁹ Das Archive selbst argumentiert damit, dass es „Bücher ins Web einwebe“ („weave books into the web“).³⁰

Streitentscheidend wird wohl der vierte Faktor sein. Bei nicht-kommerziellen Nutzungen gilt insofern eine Beweislastumkehr; die Kläger müssen den Substitutionseffekt beweisen. Die Verlage geben an, dass das Angebot des Archive sowohl den Verkauf von E-Books als auch E-Lending über kommerzielle Anbieter schmälert. Das Archive hat Expert:innen beigezogen, deren Aussagen belegen sollen, dass das E-Lending über die Open Library keinen nennenswerten wirtschaftlichen Effekt auf die Verlage hat. Die Verlage haben ihren eigenen Experten präsentiert, der zu anderslautenden Ergebnissen kommt.

Für die National Emergency Library klingt das Vorbringen der Verlage plausibel. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass mehr Menschen kommerzielle E-Lending-Angebote genutzt oder E-Books erworben hätten, wenn sie die Werke nicht kostenlos über das Internet Archive hätten beziehen können. Ein Grund dafür ist allerdings, dass die Öffentlichen Bibliotheken im Frühjahr 2020 geschlossen waren und Nutzer:innen daher, anders als normalerweise, neben dem Angebot des Archive nur noch kommerzielle digitale Angebote zur Verfügung standen. Die National Emergency Library fungierte mithin wenigstens auch als Substitut für die vielen Millionen Bücher, die sich in Öffentlichen Bibliotheken befinden und die damals nicht zugänglich waren. Obwohl die *fair use defense* deutlich flexibler ist als die gesetzlichen Erlaubnistatbestände des EU-Rechts: Derlei Erwägungen lassen sich nur mit Mühe unter die vier Faktoren

²⁹ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015). Google stellte Leser:innen jeweils nur Ausschnitte von Werken zur Verfügung. *Google Books* ermöglichte dadurch Recherche; es eignete sich aber nicht, um komplette Werke zu lesen.

³⁰ Reply Memorandum in Support of the Defendant Internet Archive's Motion for Summary Judgment, 07.10.2022, S. 5, abrufbar unter: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.537900.gov.uscourts.nysd.537900.175.0.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

subsumieren;³¹ bei nicht-transformativen Nutzungen wird *fair use* in einer Weise angewandt, die stark auf Markteffekte ausgerichtet ist.³²

Für die Open Library fällt die Beurteilung anders aus. Die ursprüngliche (und klagegegenständliche) Funktionsweise, nach der Nutzer:innen stets für zwei Wochen auf das Werk zugreifen dürfen und die Kopie auf dem eigenen Endgerät lesen können, ähnelt zwar in mancher Hinsicht den kommerziellen Angeboten. Allerdings können die Dateien damals wie heute nicht auf Reader wie den Amazon Kindle aufgespielt werden, der Komfort ist also geringer. Außerdem lässt sich wegen der Geltung von *one copy, one user* argumentieren, dass die Effekte vergleichbar sind mit jenen, die der Verleih von gedruckten Büchern durch Öffentliche Bibliotheken hat. Er ist in den USA vergütungsfrei zulässig (17 U.S.C. § 108). Führende Bibliothekar:innen der USA haben vor Jahren bereits ein Position Statement publiziert, nach dem sie das *controlled digital lending* durch Bibliotheken, also das E-Lending unter Einhaltung von *one copy, one user*, für rechtmäßig erachten.³³ Möglicherweise haben die dort geäußerten Argumente die Publikumsverlage für einige Zeit davon abgehalten, gegen das Archive vorzugehen – die Open Library existiert bereits seit 2006.

Auch das Archive kann aber nicht gewiss sein, dass sein Angebot als *fair use* gewertet werden wird. Dies ist sicher ein wichtiger Grund, weshalb es die Nutzungsmöglichkeiten der Open Library in der Zwischenzeit stärker limitiert hat und nun den Zugang grundsätzlich nur noch für eine Stunde und ausschließlich über seine eigene Webseite ermöglicht. Damit setzt es sich stärker ab von den E-Lending-Angeboten kommerzieller Anbieter. Die Open Library erspart Nutzer:innen den Gang zur Bibliothek, um einen Fußnotennachweis zu überprüfen oder ein paar Seiten zu durchblättern. Sie stellt aber keine Alternative für die Möglichkeit dar, E-Books über mehrere Wochen auf dem eigenen Reader lesen können.

Wie das Verfahren ausgehen wird, ist derzeit nicht absehbar. Sollte das Gericht das Archive wegen vorsätzlicher Urheberrechtsverletzungen verurteilen, könnte es den Verlagen Schadensersatz in Millionenhöhe zusprechen. Würde das Archive Insolvenz anmelden müssen, könnte es auch die vielen anderen in der Open Library erhältlichen Werke nicht mehr anbieten, obwohl die allermeisten von ihnen erstens nicht Gegenstand des Verfahrens sind und zweitens anderen kommerziellen Regeln unterfallen als die streitgegenständlichen Werke, etwa weil sie im Handel nicht erhältlich sind oder weil es sich bei ihnen um wissenschaftliche Werke handelt, die sich an eine Fachöffentlichkeit richten.

31 Vgl. dazu *de la Durantaye*, Verfassungsblog, 15.12.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsb.log.de/e-books-for-the-common-good>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

32 *Beemsterboer, J. L. Tech. & Pol'y* 387, 486 ff. (2021) möchte die Grundsätze der doctrine of public necessity in die fair use-Abwägung einbeziehen.

33 *Bailey et. al.*, Position Paper, Controlled Digital Lending by Libraries, abrufbar unter: <https://controlleddigitallending.org/statement>. Vgl. auch *Hansen/Courtney*, White Paper on Controlled Digital Lending of Library Books, 2018, abrufbar unter: <https://dash.harvard.edu/handle/1/42664235>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

III. Indien

In Indien hat ein Verfahren Wellen geschlagen, das nicht E-Books für Unterhaltungs- bzw. allgemeine Bildungszwecke zum Gegenstand hat, sondern den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen.³⁴ Beklagte ist die Schattenbibliothek Sci-Hub,³⁵ über deren Internetseite Nutzer:innen auf Aufsätze, Buchkapitel oder auch ganze E-Books zugreifen können, die eigentlich hinter einer Bezahlschranke liegen. Sci-Hub verfügt über ein eigenes PDF-Archiv, in dem Nutzer:innen die Inhalte hochladen und zur Verfügung stellen können. Auf welchem Wege sie diese Inhalte erhalten, ist nicht ganz klar. Wahrscheinlich ist, dass Zugangsdaten gephished oder gehackt werden, dass Personen, die über Zugangsdaten verfügen, die Inhalte weitergeben, und dass zum Teil auch Autor:innen selbst Korrekturversionen zur Verfügung stellen.³⁶

Sci-Hub führt eine Statistik dazu, aus welchen Ländern wie viele Inhalte heruntergeladen werden.³⁷ Die Downloaddaten für November 2022 weisen Indien auf Platz drei aus. Die USA liegen auf Platz zwei, Deutschland immerhin auf Platz sieben. Allerdings sind die Zahlen mit Vorsicht zu genießen, denn aus der Statistik lässt sich nicht erkennen, ob ein Bot für den Zugriff verantwortlich ist oder ein VPN-Client eingesetzt wurde. Womöglich haben Personen aus einem Land, in dem Sci-Hub blockiert ist, über eine VPN-Verbindung und damit vermeintlich aus einem anderen Land heraus auf Sci-Hub zugegriffen. Deutlich wird aber jedenfalls: Nicht nur Menschen im Globalen Süden nutzen Sci-Hub. John Bohannon titelte 2016 in Science: „Who’s downloading pirated papers? Everyone“.³⁸ Das stimmt auch 2022.

Sci-Hub wurde bereits in mehreren Ländern verklagt und hat dort Säumnisurteile kassiert.³⁹ Es ist klar, dass die Praxis der Webseite gegen das Urheberrecht in Deutschland oder den USA verstößt. In mehreren Ländern sind einzelne Domains von

34 Zu den rechtlichen Vorgaben und praktischen Schwierigkeiten beim E-Lending durch öffentliche Bibliotheken in Indien *Liang/Malamud, Controlled Lending by Public Libraries Under Indian Law*, 2023, abrufbar unter <https://archive.org/details/Controlled.Lending.India/page/10/mode/2up>, zuletzt abgerufen am 6. Februar 2023).

35 Daneben wurde auch Library Genesis, kurz LibGen, verklagt.

36 Vgl. *Banks*, 47 Am. Libr. 46, 47 (2016).

37 <https://sci-hub.se/stats>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. In den Top Ten für November 2022 befinden sich China (58.384.603), die USA (12.492.446), Indien (3.153.002), Russland (2.207.757), Brasilien (2.173.364), Indonesien (1.578.016), Deutschland (1.321.735), Singapur (1.058.422), Iran (1.027.595) und Mexiko (935.624).

38 Bohannon, 352 Science, 508 (2016), abrufbar unter: <https://doi.org/10.1126/science.352.6285.508>.

39 Z.B. 2017 in den USA (<https://www.eff.org/document/order-acs-v-does-sci-hub>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023); 2018 in Schweden (*The Wire Staff*, Elsevier Forces ISP to Block Access to Sci-Hub, ISP Blocks Elsevier as Well, *The Wire*, 05.11.2018, abrufbar unter: <https://thewire.in/the-sciences/elsevier-forces-isp-to-block-access-to-sci-hub-isp-blocks-elsevier-as-well>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023); 2019 in Frankreich (*TG1 Paris*, 7 mars 2019, N° RG18/14194) und 2021 in Großbritannien (*Maxwell*, Sci-Hub: Elsevier and Springer Nature Obtain UK ISP Blocking Order, *torrentfreak*, 18.02.2021, abrufbar unter: <https://torrentfreak.com/sci-hub-elsevier-and-springer-nature-obtain-uk-isp-blocking-order-210218>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023).

Sci-Hub gesperrt. In Indien wurde im Dezember 2020 am Delhi High Court Klage gegen Sci-Hub erhoben.⁴⁰ Die Klägerinnen sind US-amerikanische Wissenschaftsverlage, deren Kerngeschäft Sci-Hub betrifft: die Wissenschaftssparte von Wiley, deren belletristischer Arm an dem Verfahren gegen das Internet Archive beteiligt ist, außerdem Elsevier sowie die American Chemical Society (ACS). ACS und Elsevier hatten Sci-Hub ein paar Jahre zuvor jeweils erfolgreich in den USA verklagt.⁴¹

Die Klägerinnen wollen, dass die Webseiten von Sci-Hub inklusiv aller künftigen Mirror-Webseiten⁴² in Indien blockiert werden.⁴³ Anstatt ein weiteres Säumnisurteil in Kauf zu nehmen, entschied sich *Alexandra Elbakyan*, die kasachische Programmiererin und Betreiberin von Sci-Hub, dieses Mal vor Gericht aufzutreten. Den Antrag der Verlage auf Erlass einer einstweiligen Verfügung lehnte der zuständige Richter ab.⁴⁴ Die Seite existierte seit 2011.⁴⁵ Der Subtext: Bei Klageerhebung 2020 gab es Sci-Hub schon seit neun Jahren; die Verlage schienen es somit selbst nicht eilig gehabt zu haben. Allerdings musste *Elbakyan*s Anwalt vor Gericht eine Erklärung abgeben, dass seine Mandantin „bis zur nächsten Verhandlung“ („till the next date of hearing“) keine

- 40 Der Court Docket ist abrufbar unter: https://delhihighcourt.nic.in/court/judgment_orders?pno=1019626, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.
- 41 ACS hatte erstritten, dass Suchmaschinen in den USA nicht auf (die damalige Seite von) Sci-Hub verlinken dürfen und ISPs sie blocken müssen, außerdem war ihr Schadensersatz in Höhe von 4,8 Millionen US-Dollar zugesprochen worden, vgl. *Singh Chawla*, Court demands that search engines and internet service providers block Sci-Hub, *Science*, 06.11.2017, abrufbar unter: <https://www.science.org/content/article/court-demands-search-engines-and-internet-service-providers-block-sci-hub>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Elsevier wurde Schadensersatz in Höhe von 15 Millionen US-Dollar zugesprochen, vgl. *Schiermeier*, US court grants Elsevier millions in damages from Sci-Hub, *nature*, 22.06.2017, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1038/nature.2017.22196>.
- 42 Vgl. aktuell nur <https://sci-hub.se/mirrors>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.
- 43 In Reaktion auf diese Klage prüft die Sci-Hub-Community derzeit, wie sie Speicherung und Zugänglichmachung so dezentralisieren kann, dass sich Sci-Hub de facto nicht mehr sperren lässt, weil Anträge auf Sperrung zu viele Webseiten erfassen müssten, vgl. *Wodinsky*, Archivists Want to Make Sci-Hub ‘Un-Censorable’, *Gizmodo*, 14.05.2021, abrufbar unter: <https://gizmodo.com/archivists-want-to-make-sci-hub-un-censorable-1846898276>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.
- 44 *Dembi*, Ep. 07: Sci-Hub, The Indian copyright regime & access to knowledge, *Jack Of All Knowledge*, 17.02.2021, abrufbar unter: https://open.spotify.com/episode/5uKC4cFCJemVg3XOmScJnr?si=RK_aT-PpQ-mUmzPFNÝUKbQ, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.
- 45 Court Order vom 24.12.2020, abrufbar unter: http://164.100.60.183/writereaddata/OrderSAN_PDF/ras/2020/1608919403012_2020.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

weiteren Werke der Verlage auf Sci-Hub hochladen würde.⁴⁶ Seither ist der Bestand von Sci-Hub deutlich langsamer angestiegen als in den Jahren zuvor.⁴⁷

Teile der Wissenschaftscommunity haben Interventionsanträge gestellt. Insgesamt hat das Gericht rund 20 Anträge von Wissenschaftler:innen sowie drei Anträge von Wissenschaftsorganisationen erhalten.⁴⁸ Sie alle betonen die Wichtigkeit des Verfahrens für ihre Arbeitsbedingungen. Teile der Wissenschaftscommunity nahmen den Fall zum Anlass, um das wissenschaftliche Publikationssystem insgesamt anzugreifen. So befand etwa die *Breakthrough Science Society*: „We strongly oppose any form of commoditization of research information that is a hindrance to the development of science and the humanities. In the interest of the advancement of knowledge, Sci-Hub [...] should be allowed to operate in India“.⁴⁹

Der zunächst mit dem Fall betraute Justice *J.R. Midha* sagte während eines frühen Verhandlungstermins zwar, dass es sich um „an issue of public importance“ handele.⁵⁰ Von dem Argument der Wissenschaftler:innen, dass ihnen die Sperrung von Sci-Hub die Grundlage ihrer Arbeit entziehen würde, zeigte sich sein Kollege Justice *C. Hari Shankhar*, der zu einem späteren Zeitpunkt mit dem Fall betraut war, aber nicht beeindruckt: „If the material in question is infringing, it would have to be taken off and if the consequence is that it becomes unavailable to persons who were making use of such material, that is but a consequence which follows in law“.⁵¹ Nur weil

⁴⁶ Court Order vom 24.12.2020, abrufbar unter: http://164.100.60.183/writereaddata/OrderSAN_PDF/ras/2020/1608919403012_2020.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Seither streiten sich die Parteien über die Bedeutung der Phrase „till the next date of hearing“, vgl. nur die Court Order vom 21.09.2021 (http://164.100.60.183/writereaddata/OrderSAN_PDF/chs/2021/1632290473638_97515_2021.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023) sowie vom 13.05.2022 (http://164.100.60.183/writereaddata/OrderSAN_PDF/jis/2022/1652784564882_63726_2022.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023).

⁴⁷ Vgl. die Wachstumszahlen unter <https://sci-hub.se/database>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Die Anzahl an Uploads scheint allerdings auch deswegen abzunehmen, weil Sci-Hub inzwischen laut eigenen Angaben den Altbestand nahezu komplett hochgeladen hat und nur noch die Neuerscheinungen des betreffenden Jahres hinzufügen muss.

⁴⁸ *Singh*, Delhi High Court agrees to hear scientists, organisations in piracy suit by Elsevier and others against Sci-Hub, LibGen, Bar and Bench, 07.01.2021, abrufbar unter: <https://www.barandbench.com/news/litigation/delhi-high-court-agrees-to-hear-scientists-elsevier-piracy-suit-sci-hub-libgen>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023. Vgl. dazu auch Court Order vom 02.03.2022, abrufbar unter: http://164.100.60.183/writereaddata/OrderSAN_PDF/vjn/2022/1646228393530_2022.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

⁴⁹ Please sign the statement: Make knowledge accessible to all. No to banning Sci-Hub and LibGen, Breakthrough Science Society, abrufbar unter: <https://breakthroughindia.org/online-petition-make-knowledge-accessible-to-all-no-to-banning-sci-hub-and-libgen>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

⁵⁰ *Banka*, SCI hub, Libgen case: Delhi HC to hear students, researchers, Hindustan Times, 07.01.2021, abrufbar unter: <https://www.hindustantimes.com/india-news/sci-hub-libgen-case-delhi-hc-to-hear-students-researchers/story-PxBftjgAPFPfuXGok4qG7N.html>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

⁵¹ Court Order vom 10.02.2022, abrufbar unter: http://164.100.60.183/writereaddata/OrderSAN_PDF/chs/2022/1644935977385_81155_2022.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

es angenehm sei, rechtsverletzendes Material zur Verfügung zu haben, dürften die Wissenschaftler:innen dem Verfahren nicht als Streitbeihelfer:innen beitreten.

In seiner Verteidigung stützt sich Sci-Hub erstens auf das sogenannte *fair dealing*. Es enthält einen Tatbestand, der explizit Nutzungen zu wissenschaftlichen Zwecken erlaubt (Sect. 52(1)(a)(i) Indian Copyright Act).⁵² Gerichte sind zu einer Abwägung im Einzelfall verpflichtet; das Gesetz führt, anders als sein Pendant im U.S. Copyright Act, keine Faktoren auf, die in die Betrachtung einbezogen werden müssen. Bezugspunkt ist vor allem der britische Fall *Hubbard v. Vosper*.⁵³ Lord Denning betont darin: „It is impossible to define what is ‚fair dealing‘. It must be a question of degree.“⁵⁴ Gleichwohl stellt er vier Kriterien auf, die jenen der US-amerikanischen *fair use defense* stark ähneln. Der Delhi High Court selbst hat geurteilt, dass die vier Faktoren, wie sie im US-amerikanischen Recht gelten, auch in Indien Geltung entfalten.⁵⁵ Entscheidungserheblich wird vermutlich erneut sein, inwiefern Sci-Hub die Angebote der Klägerinnen substituiert. Sci-Hub hat vorgebracht, dass ihr Angebot keine finanziellen Schäden bei den Verlagen produziert habe.⁵⁶ Ob es damit durchdringen wird, ist fraglich. Dies gilt noch einmal mehr, als unklar ist, ob sich eine Plattform überhaupt auf eine Forschungsschranke berufen kann, wenn sie selbst keine Forschung betreibt und auch nicht an eine Forschungseinrichtung angeschlossen ist.⁵⁷

Im Frühjahr 2022 hat Sci-Hub noch ein zweites Argument vorgebracht. Ihrer Ansicht nach sind Lizenzverträge gem. Sect. 19 Indian Copyright Act nur dann wirksam, wenn sich der Verlag zu Lizenzzahlungen verpflichtet. Diese Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt, weil die Wissenschaftsverlage ihre Autor:innen nicht bezahlten, sondern sich die Rechte kostenlos hätten übertragen lassen.⁵⁸ Wörtlich lässt sich dem § 19 eine solche Pflicht zur Zahlung einer Vergütung nicht entnehmen; womöglich wäre Sci-Hub mit diesem Argument also nicht durchgedrungen. Das Gericht wird sich dazu aber nicht verhalten; Sci-Hub selbst hatte die Rechtsinhaberschaft der Verlage anfänglich bereits zugestanden. Eine Rücknahme des Zugeständnisses lehnte Justice Navin Chawla mit Bescheid vom 3. November 2022 ab.⁵⁹ Der nächste Verhandlungstermin

52 Judgment vom 03.11.2022, abrufbar unter: http://164.100.69.66/jupload/dhc/NAC/judgement/05-11-2022/NAC03112022SC5722020_174858.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

53 *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 QB 84.

54 *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 QB 84, 94.

55 *India TV Independent News Service v. Yashrai Films*, FAO(OS) 583/2011, abrufbar unter: <https://indiankanoon.org/doc/115992789>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

56 Judgment vom 03.11.2022, abrufbar unter: http://164.100.69.66/jupload/dhc/NAC/judgement/05-11-2022/NAC03112022SC5722020_174858.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

57 *Purohit, Sci-Hub and Libgen Up against Academic Publishers: A Death Knell for Access to Research? – Part II*, spicyp, 28.12.2020, abrufbar unter: <https://spicyp.com/2020/12/sci-hub-and-libgen-up-against-academic-publishers-a-death-knell-for-access-to-research-part-ii.html>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

58 *Jain, Case Leaning Against Sci-Hub, Says Delhi High Court*, medianama, 18.05.2022, abrufbar unter: <https://www.medianama.com/2022/05/223-sci-hub-publishers-lawsuit-hearing-delhi-high-court>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

59 Judgment vom 03.11.2022, abrufbar unter: http://164.100.69.66/jupload/dhc/NAC/judgement/05-11-2022/NAC03112022SC5722020_174858.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

ist für den 9. Februar 2023 angesetzt.⁶⁰ Bereits bei einem Termin im Mai 2022 hatte das Gericht durchscheinen lassen, dass es bereit sei, Sci-Hub zu verurteilen.⁶¹ Vermutlich wird Sci-Hub also erneut verlieren.

Gleichwohl hat das Verfahren viel Aufsehen erregt. Nur wenige Hochschulen und Forschungseinrichtungen in Indien sind wirtschaftlich in der Lage, Lizzenzen von Wissenschaftsverlagen zu erwerben. 2022 ist eine Studie erschienen, nach der im Jahr 2020 in Indien etwa 200 Millionen US-Dollar für „subscriptions of knowledge resources“ ausgegeben wurden.⁶² Gleichwohl haben nur wenige elitäre Institutionen in Indien Zugang erhalten.⁶³ Den meisten fehlt dafür schlicht das Geld.⁶⁴

Mittlerweile hat sich darum die indische Regierung dieses Themas angenommen. Sie hat keinen Vorschlag für eine Änderung des Indian Copyright Act unterbreitet, um das Angebot von Sci-Hub und Co. rechtmäßig zu machen. Das wäre unter den geltenden völkerrechtlichen Vorgaben auch schwierig. Stattdessen hat sie in Aussicht gestellt, mit den Verlagen einen Lizenzvertrag abzuschließen.⁶⁵ Das Projekt firmiert unter dem Namen One nation, one subscription (ONOS). ONOS ist ein Baustein der Strategie der indischen Regierung, ein *Open Science Framework* in Indien aufzubauen.⁶⁶ Die Regierung will eine Lizenz mit Wissenschaftsverlagen aushandeln, die landesweit gelten soll. Das Besondere an diesem Vorhaben ist, dass die Lizenz nicht nur für Nutzungen zu wissenschaftlichen Zwecken gelten soll, wie etwa Nationallizenzen hier in Deutschland, sondern dass jeder berechtigt sein soll.

Noch ist das Vorhaben recht blumig, und es ist höchst unklar, ob sich die Wissenschaftsverlage auf so ein Projekt einlassen werden. Aber es gibt auch darüber hinaus einige Kritik an dem Projekt. Viele in Indien befürworten eine Abschaffung der klassischen Verlagsstrukturen. Das *right to research* solle in der Verfassung festgeschrieben werden, damit Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken grundsätzlich erlaubt werden. So fordern es auch die Wissenschaftler:innen in ihren Eingaben im Sci-Hub-Verfahren. Zudem weisen einige

60 Judgment vom 03.11.2022, abrufbar unter: http://164.100.69.66/jupload/dhc/NAC/judgement/05-11-2022/NAC03112022SC5722020_174858.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

61 Jain, Case Leaning Against Sci-Hub, Says Delhi High Court, medianama, 18.05.2022, abrufbar unter: <https://www.medianama.com/2022/05/223-sci-hub-publishers-lawsuit-hearing-delhi-high-court>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

62 Koley/Lala, 127 Scientometrics 3383, 3388 (2022), abrufbar unter: <https://doi.org/10.1007/s11992-022-04375-w>.

63 Koley/Lala, 127 Scientometrics 3383, 3388 (2022), abrufbar unter: <https://doi.org/10.1007/s11992-022-04375-w>.

64 Else, What Sci-Hub's latest court battle means for research, nature, 14.12.2021, abrufbar unter: <https://www.nature.com/articles/d41586-021-03659-0>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

65 Government of India – Ministry of Science and Technology, Science, Technology, and Innovation Policy, 2020, S. 13, abrufbar unter: https://dst.gov.in/sites/default/files/STIP_Doc_1.4_Dec2020.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

66 Government of India – Ministry of Science and Technology, Science, Technology, and Innovation Policy, 2020, S. 2, abrufbar unter: https://dst.gov.in/sites/default/files/STIP_Doc_1.4_Dec2020.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

darauf hin, dass ONOS ihnen nicht dabei hilft, im Globalen Norden gehört zu werden.⁶⁷

IV. Erkenntnisse und Plädoyer

Was lässt sich aus diesen Case Studies extrahieren? Was sind wiederkehrende Themen? Wo liegen Unterschiede?

1. Die Diskussion um das E-Lending in Deutschland und den USA betrifft vor allem Publikumsverlage und Öffentliche Bibliotheken. Die Versorgung mit wissenschaftlichen Texten scheint, auch unter Pandemiebedingungen, so gut funktioniert zu haben, dass insofern am etablierten System nicht gerüttelt wurde.⁶⁸ In Indien hingegen stehen die Wissenschaftsverlage im Zentrum der Diskussion. Verhandelt wird über den Zugang zu Grundbedingungen für Forschung. Dieser Zugang ist bei uns vertraglich sichergestellt, dort jedenfalls noch nicht.
2. In Deutschland fordert niemand, das E-Lending für Bibliotheken kostenfrei zu machen. Alle halten es für gerechtfertigt, dass Bibliotheken die Verlage für den „Verleih“ entlohnern. Grund dafür ist vermutlich zweierlei: Erstens besteht in Deutschland eine lange Tradition, gesetzliche Erlaubnstatbestände vergütungspflichtig auszugestalten. Zweitens besteht im Grunde Einigkeit, dass die Bedingungen, die für den Verleih gedruckter Bücher durch Bibliotheken gelten, im Digitalen repliziert werden sollen. Der Verleih gedruckter Bücher ist aber vergütungspflichtig – Bibliotheken müssen eine Bibliothekstantieme entrichten. Dann ist es nur folgerichtig, dass auch die „digitale Leih“ vergütet werden muss. In den USA und in Indien ist dies anders. Dort sind gesetzliche Erlaubnstatbestände in aller Regel nicht vergütungspflichtig ausgestaltet. Ist das E-Lending durch eine Schranke gestattet, erhalten Rechteinhaber:innen mithin keine Vergütung.
3. Überall wird darum gestritten, ob das E-Lending nur auf Basis einer Lizenz möglich sein soll, oder ob dafür gesetzliche Erlaubnstatbestände geschaffen werden sollen. Wo die Schrankennutzung automatisch bedeutet, dass Rechteinhaber:innen keine Vergütung erhalten, ist der Druck stärker, ein lizenzbasiertes Modell zu bevorzugen. In Deutschland und den USA sind solche lizenzbasierten Modelle derzeit geltende Praxis. Auch die indische Regierung hat sich nun zum Ziel gesetzt, eine Lizenz zu erwerben. Sie schlägt nicht vor, die Beschränkungen des Urheberrechts auszuweiten.
4. Es fehlt an Empirie, insbesondere dazu, inwiefern der „Verleih“ von E-Books durch Bibliotheken das Geschäftsmodell der Verlage gefährdet, indem es ihre Angebote substituiert. Das ist eine Frage, die die Diskussion in Deutschland dominiert

67 Vgl. Koley/Lala, 127 *Scientometrics* 3383, 3409 f. (2022), abrufbar unter: <https://doi.org/10.1007/s11192-022-04375-w>.

68 Ergänzt wurde das System möglicherweise auch durch Plattformen wie Sci-Hub, die außerhalb von Deutschland und den USA gehostet werden und für Nutzer:innen aus aller Welt zugänglich sind.

und die auch für die Fälle in den USA und in Indien zentral ist. Zu diesem Thema brauchen wir mehr (unabhängige) empirische Forschung.

5. Ein großer Teil des Contents, den Wissenschaftsverlage vertreiben, wird mit Hilfe staatlicher Mittel generiert. Wenn Wissenschaftler:innen Werke in Ausübung ihrer öffentlich finanzierten Position schaffen, dann sind die Argumente, dass diese Werke für alle öffentlich zur Verfügung stehen müssen, größer, als wenn ihre Erstellung nicht öffentlich finanziert wurde.
6. Der indische Fall zeigt anschaulich, wie wichtig es ist, dass wir Wissenschaftler:innen unsere Publikationskultur überdenken. Viele von uns publizieren nach wie vor in großem Umfang innerhalb klassischer Verlagsstrukturen und rezipieren auch zumeist Werke, die in diesen Strukturen geschaffen wurden. Global produziert das Kollateralschäden. Das gilt selbst für goldene Open-Access-Publikationen bei kommerziellen Verlagen.⁶⁹ Verlage des Globalen Nordens verlangen von den Autor:innen in der Regel Gebühren, damit sie Werke *open access* zur Verfügung stellen. Diese Mittel haben Menschen aus dem Globalen Süden aber oft nicht, weil ihr Staat sie ihnen – anders als unser Staat uns – nicht geben kann. Der goldene Open-Access-Weg führt also *de facto* dazu, dass Autor:innen aus dem Globalen Süden Werke aus dem Globalen Norden lesen, aber an den Diskussionen hierzulande nicht aktiv teilnehmen können, jedenfalls nicht, indem sie sich in Zeitschriften äußern, die wir zu Kenntnis nehmen. Das Plädoyer der indischen Wissenschaftler:innen ist daher vor allem ein Plädoyer an uns, wissenschaftliche Publikationsorgane zu schaffen bzw. in Organen zu veröffentlichen, die wirklich *open* sind in dem Sinne, dass jede:r die Inhalte zur Kenntnis nehmen kann, wenn er:sie über einen Computer und eine ausreichend gute Internetverbindung verfügt, aber auch in dem Sinne, dass alle dort veröffentlichen können, ohne dafür bezahlen zu müssen. Wenn wir zu einer globalen Wissenschaftscommunity werden wollen, dann müssen wir anders publizieren. Und wir müssen das Belohnungssystem in der Wissenschaft verändern, indem wir etwa Publikationen anders ranken. Dafür brauchen wir jedenfalls in der Fachöffentlichkeit eine grundsätzliche Debatte. In den Rechtswissenschaften nimmt sie gerade an Fahrt auf.⁷⁰ Wir sollten uns aktiv daran beteiligen.

69 Zum goldenen (und grünen) Weg des Open-Access-Publizierens <https://open-access.netwerk/informieren/open-access-grundlagen/open-access-gruen-und-gold>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

70 Vgl. nur die Aktivitäten des Netzwerks Open Access für die Rechtswissenschaft (jurOA), abrufbar unter: <https://www.juroa.de>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023, oder aber, speziell für den grünen Bereich, die Schriftenreihe digital | recht, abrufbar unter: <https://digitalrecht-z.uni-trier.de/index.php/drz/index>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

Zusammenfassung: Theoretisch könnten wir in einer globalen Wissensgesellschaft leben. Praktisch tun wir dies nicht. Das hat unter anderem urheberrechtliche Gründe. Der Aufsatz beleuchtet exemplarisch, wie derzeit um das angemessene Maß an Zugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten gerungen wird. Er präsentiert dafür drei Fallbeispiele, die unterschiedlichen rechtlichen und kulturellen Kontexten entstammen. Die Beispiele bieten Anlass für grundsätzlichere Überlegungen, wie der Zugang zu Wissen im Digitalen strukturiert sein sollte und welchen Beitrag wir Wissenschaftler:innen leisten können, um Zugang zu Wissen zu verbessern.

Summary: Theoretically, we could live in a global knowledge society. Practically, however, we do not. The reasons are manyfold – some have to do with copyright law. The article presents three case studies. They stem from different legal and cultural contexts and illustrate the current struggle for the appropriate level of access to copyrighted material. In addition, they provide an opportunity for more fundamental reflections on how access to knowledge should be structured, and on what we, as scholars, might do to broaden access to knowledge.



© Katharina de la Durantaye