

Überlegung war, dass das Gleichbehandlungsgebot als Ausfluss des Gerechtigkeitsgedankens auch im Zivilrecht Beachtung finden muss, womit sich die Vorzeichen verkehren: „Begründungsbedürftig ist nicht mehr, wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist“ (*Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144, 159). *Grünberger* macht sich diesen Satz zu eigen, meint aber, dass ich mit seiner Durchführung „auf halbem Weg stehen“ bleibe (S. 750). In der Tat schrecke ich vor der Konsequenz, jede private Ungleichbehandlung einem Rechtfertigungszwang zu unterwerfen, zurück. Denn es gibt gute Gründe, weshalb Menschen außerhalb einer Sonderverbindung *nicht* erklären müssen, warum sie sich so und nicht anders verhalten. Rechtfertigungsbedürftig wird die private Ungleichbehandlung (nur) bei Marktversagen i. w. S. oder wenn sie die Würde des Gegenübers tangiert (*Bachmann*, ebd., S. 159 ff.).

*Grünberger* geht darüber hinaus, indem er einen dritten Lösungsansatz („Rechtfertigungsmodell“) präsentiert (S. 823 ff.). Jeder ungleich Behandelte kann danach vom Ungleichbehandelnden, gleich ob Staat oder Privater, eine Erklärung für sein Verhalten einfordern („Recht auf Rechtfertigung“). Rechtstheoretisch stützt er sich dazu auf ein Modell juristischer Gerechtigkeit, das Gleichheit als allgemeines „Zugangsrecht“ begreift (S. 892 ff.). Den positiven Geltungsgrund erkennt *Grünberger* in Art. 3 I GG, dem er, wie den Grundrechten und Grundfreiheiten allgemein, Horizontalwirkung zuspricht (S. 1004 ff.). Meinen Vorschlag, eine solche Wirkung erst nach vorgeschalteter Zivilrechtsprüfung zum Zuge kommen zu lassen (*Bachmann*, AcP 2010 (2010), 424, 473 ff. – „subsidiäre Horizontalwirkung“), weist er als „erneuten Versuch einer Tatbestandslösung“ zurück (S. 1036).

*Grünbergers* Modell erfährt Einschränkungen, die auch den Hebel für die Kritik liefern: Weil sich der private Ungleichbe-

handler auf Grundrechte (Freiheitsrechte) berufen kann, fällt seine Rechtfertigungslast viel geringer als diejenige des Staates aus, ja sie reduziert sich in den meisten Fällen, in denen auch die h. M. einen Gleichbehandlungsanspruch verneint, „auf Null“ oder doch „Nahe Null“ (S. 840, 935 und öfter). Der ungleich Behandelnde darf seinem Gegenüber auf die Frage „Warum?“ dann schlicht antworten: „Weil ich meine Freiheit ausübe“ (S. 840). Das provoziert die Frage, worin denn dann der Unterschied zum „Tatbestandsmodell“ besteht, das den Gleichbehandlungsanspruch ebenfalls anerkennt, die betreffenden Sektoren aber von vornherein rechtfertigungsfrei stellt.

Der Unterschied – und nach *Grünberger* der Vorteil – seines Ansatzes liegt in dessen größerer „Flexibilität“, mit dem auch bislang unverdächtige Fälle unter das Rechtfertigungsraster geraten. *Grünberger* erkennt dabei, dass bereits der Rechtfertigungszwang als solcher eine „Zumutung“ darstellt (S. 807), verharmlöst ihn aber verbal als „Suche nach dem besseren Argument“ (803 f.). Die Diskursrhetorik ändert nichts daran, dass sich am Ende ein besserwissender Dritter (= der staatliche Richter) in ein Privatverhältnis einmischt.

Bei allem Unbehagen daran: Wer jemals Willkür in eigener Person erfahren hat, wird *Grünbergers* Rechtfertigungsmodell mit Sympathie begegnen, zumal es das ordoliberalen Bild einer offenen Privatrechtsgesellschaft im Grunde nur weiterdenkt. Eine Schwäche des Buchs liegt in seinem Umfang: Die Darstellung des Vorhandenen (S. 71-747), so klug und kritisch sie gerät, hätte für meinen Geschmack stark eingedampft werden können. Das Prädikat „Juristisches Buch des Jahres“ (NJW 2014, 3000, 3001) hat sich der Autor gleichwohl verdient.

Prof. Dr. Gregor Bachmann, Berlin

# Service

## Allgemeines Gemeinschafts- und Gemeinschaftsprivatrecht

### Die Entwicklung des Immaterialgüterrechts im Recht der Europäischen Union in den Jahren 2013/14 – Teil 1

Professor Dr. *Michael Grünberger* und Professor Dr. *Rupprecht Podszun*, Bayreuth

#### A. Einleitung

In dieser Zeitschrift erschien der von *Olaf Sosnitzka* verfasste jährliche Überblick über die Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts zuletzt Anfang 2013.<sup>1</sup> Wir greifen die Tradition

der jährlichen Berichte wieder auf. Damit dokumentieren wir die nachhaltige Bedeutung des Immaterialgüterrechts im europäischen Mehrebenensystem.<sup>2</sup> Der im Vergleich zu den Vorjahres-

<sup>1</sup> *Sosnitzka*, GPR 2013, 38; davor *ders.*, GPR 2012, 22; *ders.*, GPR 2011, 95.