

3. Kapitel:

Die Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika

In der deutschen Diskussion um die Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen, insbesondere von Quoten, wird immer wieder auf die Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika Bezug genommen; die Begriffe »affirmative action« und »reverse discrimination« haben Eingang in die einschlägige deutsche Diskussion gefunden. Je nach der Position im Quotenstreit werden die USA als lobendes Beispiel gepriesen, dem nachzueifern es gelte, oder aber pauschal die Vergleichbarkeit der verfassungsrechtlichen und soziologischen Bedingungen und damit die Übertragbarkeit auf die Bundesrepublik verneint.¹ Zumeist bleibt es jedoch beim Hinweis auf die USA in wenigen Sätzen; eine intensivere Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Situation der Vereinigten Staaten wird kaum vorgenommen. Im folgenden soll daher die amerikanische Diskussion etwas genauer auf ihren Inhalt untersucht und der Frage nachgegangen werden, inwieweit ihre Ergebnisse für die Bundesrepublik verwertet werden können.

Nach einem kurzen Überblick über die verfassungsrechtliche Ausgangslage (A), sollen die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten zu neuen Problemen der Diskriminierung (B) und die Diskussion in der Literatur (C) dargestellt werden. Diese ersten drei Teile werden sich vor allem auf Fragen der Rassendiskriminierung konzentrieren. Die rechtlichen Instrumente der Bekämpfung der fortdauernden Schlechterstellung einer Gruppe wurden primär und zuerst zugunsten der Schwarzen entwickelt, und die rechtlichen Streitfragen entzündeten sich dementsprechend an diesen Fragen. In einem weiteren Teil ist daher nach dem Verhältnis von Rassen- und Geschlechterdiskriminierung zu fragen (D), so daß schließlich ein Fazit (E) gezogen werden kann.

1 Vgl. Friauf, in: Sachverständigenanhörung, S. 105; Hanau, Umgekehrte Geschlechterdiskriminierung, S. 219 f.; Gitter, Gleichberechtigung, S. 1570; Benda, Notwendigkeit, S. 82 ff.; ausführlicher befaßt sich Suerbaum mit der affirmative action-Rechtsprechung des Supreme Court.

A. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Um die Besonderheiten der amerikanischen Diskussion um Fördermaßnahmen zugunsten bisher benachteiligter Gruppen in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung einschätzen zu können, muß sie in ihrem dogmatischen und verfassungsgeschichtlichen Zusammenhang betrachtet werden. Es soll daher ein kurzer Überblick über den heutigen Stand der allgemeinen verfassungsrechtlichen Dogmatik der Gleichheitsrechte (I), sowie über einige Ereignisse von besonderer rechts- und verfassungsgeschichtlicher Bedeutung in der Behandlung der Rassendiskriminierung gegeben werden (II). Die Skizzierung der Ausgangslage ist schließlich durch einen Hinweis auf die praktisch besonders bedeutsamen gesetzlichen Diskriminierungsverbote abzurunden (III).

I. Dogmatik der Gleichheitsrechte in der amerikanischen Verfassung

Die equal protection-Klausel² des vierzehnten Zusatzartikels der amerikanischen Verfassung bestimmt: »No State shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws«.³ Allein die Gliedstaaten werden auf die Beachtung des Gleichheitssatzes im Verfassungstext ausdrücklich verpflichtet. Gegenüber Maßnahmen des Bundes schützt der due process-Bestandteil des fünften Zusatzartikels,⁴ der insoweit als entsprechende gleichheitsrechtliche Garantie ausgelegt wird.⁵ Der Gleichheitssatz richtet sich nach – inzwischen⁶ – allgemeiner Auffassung an Gesetzesanwender wie

2 Die Bezeichnung »equal protection-Klausel« hat sich in der deutschen Literatur, die sich mit der Lage in den USA beschäftigt, eingebürgert. Obwohl eine Übersetzung als »Gleichheitssatz« dem mit »equal protection clause« Gemeinten wohl näher käme, soll hier an der üblichen Terminologie festgehalten werden. Entsprechend wird hinsichtlich anderer, im rechtsvergleichenden Schrifttum gemeinhin verwendeter Eindeutschungen, wie etwa »Klassifizierung« für »classification« verfahren.

3 Übersetzt: »Kein Gliedstaat darf ... irgend jemandem innerhalb seines Gebietes den Schutz durch das Gesetz untersagen«.

4 Der relevante Teil des 5. Amendments lautet: »No person shall ... be deprived of life, liberty, or property, without due process of the law«.

5 Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954); Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 93 (1976): »Equal protection analysis in the Fifth Amendment area is the same as that under the Fourteenth Amendment«.

6 Vgl. aber die kritische Haltung von Meyer, S. 150 ff. und 242 ff.: »»equal protection of the laws« does not mean »equal laws«« (S. 243).

Gesetzgeber. Wie in der Bundesrepublik ist somit auch im amerikanischen System alle staatliche Gewalt an den Gleichheitssatz gebunden.

Auch die Auslegung der equal protection-Klausel⁷ ähnelt der Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG. Da gesetzgeberische Tätigkeit notwendigerweise darin besteht, zwischen Personengruppen zu differenzieren und sie damit ungleich zu behandeln, sind für die Auslegung eines Gleichheitssatzes die Kriterien entscheidend, anhand derer das Verfassungsgericht überprüft, ob eine vom Gesetzgeber gewählte Differenzierung verfassungsgemäß ist. Der Supreme Court verlangt eine »vernünftige Klassifizierung« (reasonable classification), die dann zu bejahen ist, wenn sie Personen, die sich in einer ähnlichen Lage befinden (similarly situated), gleich behandelt. Um festzustellen, wer »similarly situated« ist, nimmt der Supreme Court eine Zweck-Mittel-Analyse vor: die Klassifizierung im Gesetz muß einen sachlichen Bezug zu einem legitimen gesetzgeberischen Zweck aufweisen (rationally related to furthering a legitimate government interest). Als legitimer Zweck wird hierbei jegliche am Gemeinwohl orientierte gesetzgeberische Zielsetzung anerkannt, die nicht selbst gegen die Verfassung verstößt. In der Wahl der Zwecke ist der Gesetzgeber unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten also kaum beschränkt.

In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob die gewählte Klassifizierung im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes eine rationale Grundlage hat; daher die Bezeichnung dieses Zweiges der Interpretation der equal protection-Klausel als rational basis test. Auch insoweit ist der Supreme Court in der Intensität der Überprüfung zumeist sehr zurückhaltend. Er verlangt nicht, daß sich die Klassifizierung auf den vom Gesetzgeber vorgetragenen Zweck bezieht, sondern gibt sich damit zufrieden, wenn es irgendeinen denkbaren Zweck gibt, für den die angegriffene Klassifizierung sinnvoll sein könnte.⁸

7 Vgl. zum folgenden Tribe, Constitutional Law, S. 1436 ff.; Stone u.a., S. 495 ff.; Lockhart u.a., S. 1130 ff.; Nowak u.a., S. 525 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 162 ff.; Kommers, S. 31 ff.

8 A classification will be upheld, if it is based »upon a state of facts that reasonably can be conceived to constitute a distinction, or difference in state policy«: Allied Stores v. Bowers, 358 U.S. 522, 530 (1959). Als Beispiel dafür, wie weit sich der Supreme Court bei der Kontrolle am Maßstab des rational basis test zurückhält, sei auf den Fall Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106 (1949) verwiesen. Der Supreme Court hielt eine New Yorker Regelung für verfassungsgemäß, die die Werbung auf Lastwagen untersagte, aber Fuhrunternehmer, die für eigene Produkte oder Dienste warben, von dem Verbot ausnahm. Aus neuerer Zeit vgl. Lyng v. Castillo, 477 U.S. 635 (1986); Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co., 449 U.S. 456 (1981); New York City Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568 (1979); New Orleans v. Dukes, 427 U.S. 297 (1976).

In der amerikanischen Literatur werden vor allem zwei Kriterien diskutiert, die zum Fehlen einer rationalen Grundlage führen können: »underinclusive-ness« und »overinclusiveness«. In dem grundlegenden Aufsatz von Tussman und ten Broek⁹ wird als »underinclusive« ein Gesetz bezeichnet, welches nicht alle Personen einschließt, die im Hinblick auf seinen Zweck gleich sind, also weniger Personen belastet oder begünstigt als erforderlich wäre, um den Gesetzeszweck zu erreichen.¹⁰ Dementsprechend ist ein Gesetz »overinclusive« zu nennen, welches zu viele Personen erfaßt. Konsequent angewendet würde dieser Ansatz zu einer sehr strikten Kontrolle des Gesetzgebers führen; der Supreme Court nimmt jedoch Generalisierungen und Typisierungen regelmäßig hin.¹¹ Auf »mathematical nicety«¹² hin wird ein Gesetz nicht überprüft.

Insgesamt zeichnet sich auch die amerikanische Rechtsprechung im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes durch große Zurückhaltung gegenüber Entscheidungen des Gesetzgebers aus. Nur bei Fehlen eines jeden sachlichen Grundes für eine vorgenommene Klassifizierung stellt der Supreme Court einen Verstoß gegen die equal protection-Klausel fest. Grundsätzlich ist die equal protection-Klausel damit – wie der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes – auf die Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen beschränkt. Dabei zeichnet sich in den Vereinigten Staaten – wiederum ähnlich wie in der Bundesrepublik¹³ – eine neuere Tendenz ab, die Prüfung anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes zu intensivieren.¹⁴

9 S. 348 ff.

10 Der Supreme Court ging aber immer davon aus, daß der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, gleichmäßig alle Probleme, selbst wenn sie in denselben Bereich fallen, anzugehen; schrittweises Vorgehen führt nicht zu einem Verstoß gegen die equal protection-Klausel: so z. B. Williamson v. Lee Optical, 348 U.S. 483, 489 (1955); Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106, 110 (1949).

11 Beispielsweise hielt der Supreme Court in New York Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568 (1979) eine Regelung aufrecht, die eine Beschäftigung von Drogen- bzw. Tablettensüchtigen in den New Yorker Verkehrsbetrieben ausschloß, obwohl darunter auch ehemalige Drogenabhängige fielen, die mit Hilfe von Methadon drogenfrei werden und bleiben und – wie das Untergericht feststellte – damit kein Sicherheitsrisiko darstellen; und in Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970), erklärte der Gerichtshof die Festlegung einer festen Obergrenze von Sozialhilfe pro Familie, unabhängig von deren Größe oder Bedürftigkeit, für verfassungsgemäß.

12 Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61, 78 (1911).

13 Zur Entwicklung in der Bundesrepublik, unten S. 307 ff.

14 Vgl. z.B. die Entscheidungen Zobel v. Williams, 457 U.S. 55 (1982); Hooper v. Bernalillo County Assessor, 472 U.S. 612 (1985); Williams v. Vermont, 472 U.S. 14 (1985); Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward, 470 U.S. 724 (1985); City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985); vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1443 ff.

Wird die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers insbesondere bei Regelungen im wirtschaftlichen und sozialen Bereich vom Supreme Court betont und geschützt, so werden jedoch manche Fallgruppen strikter verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterzogen (*strict scrutiny*).¹⁵ Bei diesen Fallgruppen spricht eine Vermutung nicht länger für die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Klassifizierung, sondern für ihre Verfassungswidrigkeit. Der Gerichtshof verlangt in den Fällen strikter Kontrolle, daß die gewählte Klassifizierung zur Erreichung eines zwingenden staatlichen Interesses unumgänglich ist (*necessary to a compelling governmental interest*). Wendet der Gerichtshof *strict scrutiny* an, so führt dies fast immer zur Aufhebung der Regelung, wie es in Gunthers prägnanter Kennzeichnung »*strict in theory, fatal in fact*«¹⁶ zum Ausdruck kommt.

Der Supreme Court wendet die strikte Kontrolle bei zwei unterschiedlichen Fallgruppen an: zum einen, wenn das Gesetz eine »*suspekte Klassifizierung*« (*suspect classification*) vornimmt, zum anderen, wenn eine Klassifizierung die Ausübung eines fundamentalen Rechtes entscheidend erschwert (*imposes a significant burden on a fundamental right*).

Als »*fundamentale Rechte*« in diesem Sinne sind bisher vor allem Freiheitsrechte anerkannt worden, die in der amerikanischen Verfassung nicht ausdrücklich in einem eigenen Grundrechtsartikel geschützt werden, wie z.B. das Recht auf Freizügigkeit zwischen den Staaten (*interstate travel*),¹⁷ die Wahlrechtsgleichheit, das Recht auf gleichen Zugang zum Gericht, der Schutz der Privatsphäre und der Schutz von Ehe und Familie. Diesem Zweig der amerikanischen Dogmatik der Gleichheitsrechte soll hier nicht weiter nachgegangen werden.¹⁸ Zahlreiche der unter dieser Kategorie in den USA erfaßten Problemkonstellationen werden im deutschen Verfassungsrecht eher im Rahmen des jeweils betroffenen Freiheitsrechts behandelt, als am Maßstab des Gleichheitsatzes überprüft.

Die amerikanische Parallel zu den besonderen Gleichheitssätzen des Art. 3 Abs. 3 GG findet sich in der zweiten Fallgruppe der *strict scrutiny*, der inten-

15 Vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1451 ff.; Stone u.a., S. 528 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 172 ff.

16 Gunther, S. 8.

17 Klassischer und erster Fall dieser dogmatischen Behandlung eines fundamentalen Rechtes ist *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); der Supreme Court erklärte Regelungen für verfassungswidrig, die den Bezug von Sozialhilfe von der Dauer des Wohnsitzes im betreffenden Staat abhängig machen.

18 Ausführlich dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1454 ff.; Stone u.a., S. 751 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 75 ff.

siven verfassungsgerichtlichen Überprüfung suspekter Klassifizierungen. »Suspect classification« bedeutet nichts anderes als die vermutete Unzulässigkeit bestimmter Ungleichbehandlungen. Da dies nicht im Verfassungstext vorgegeben ist, blieb es im amerikanischen System der Rechtsprechung überlassen, die Kriterien dafür herauszuarbeiten. Ob suspekte Klassifizierungen dann anzunehmen sind, wenn sie bestimmte Gruppen, wie etwa Schwarze, Ausländer, Frauen oder nichteheliche Kinder, benachteiligen, oder dann, wenn sie bestimmte Merkmale, wie etwa Rasse oder Geschlecht, verwenden, soll hier noch nicht näher untersucht werden.¹⁹ Der Unterschied zwischen beiden Betrachtungsweisen kristallisiert sich erst heraus, wenn man die neuen Probleme der Diskriminierung betrachtet. Vor dieser Zeit war es gleichbedeutend, ob man eine suspekte Klassifizierung bei Differenzierungen wegen der Rasse oder bei Differenzierungen zum Nachteil von Schwarzen annahm. Im folgenden wird daher auch begrifflich zwischen beiden Ansätzen nicht unterschieden.

Unzweifelhaft gehören zur Kategorie der suspect classification Differenzierungen nach den Merkmalen Rasse und ethnische bzw. nationale Herkunft. Diese Merkmale waren es, die den Begriff der suspekten Klassifizierung 1944 in die verfassungsrechtliche Terminologie einführten.²⁰ Freilich war gerade die *Korematsu*-Entscheidung die einzige, die eine Differenzierung nach der ethnischen Herkunft – die Internierung von Amerikanern japanischer Herkunft in Kalifornien während des 2. Weltkrieges – als durch ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut – militärische Notwendigkeit – gerechtfertigt ansah. Seither sind alle Differenzierungen, die gegen eine rassistische oder ethnische Minderheit diskriminierten, als Verstoß gegen die equal protection-Klausel angesehen worden. Sind Rasse und ethnische Herkunft die paradigmatischen Fälle der suspekten Klassifizierung, so gibt es doch einige andere Merkmale, die vom Supreme Court als suspekt oder quasi-suspekt angesehen werden. Beispielsweise werden Differenzierungen nach der Ausländer-eigenschaft von in den Vereinigten Staaten lebenden Personen am Maßstab der strict scrutiny überprüft,²¹ freilich mit der Ausnahme von Regelungen, die die »politische Funktion« des Gemeinwesens betreffen und deshalb nur dem rational basis-Test unterzogen werden.²²

19 Siehe dazu unten S. 274 ff.

20 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944): »It should be noted to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect« (S. 216).

21 Zum Beispiel in *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

22 Vgl. zu der teilweise etwas unklaren Rechtslage hinsichtlich der Ausländer, Tribe, Constitutional Law, S. 1544 ff.

Auf Differenzierungen nach anderen Merkmalen, die dem Supreme Court zwar nahezu, jedoch nicht ganz so deutlich wie Rasse, suspekt erscheinen, wendet der Supreme Court eine mittlere Prüfungsstufe an (intermediate level of scrutiny). Hauptbeispiel in dieser Kategorie ist das Merkmal Geschlecht. Der Gerichtshof verlangt zur Rechtfertigung von Differenzierungen nach dem Geschlecht, daß sie wichtigen staatlichen Zwecken dienen und eine substantielle Beziehung zwischen Zweck und Mittel aufweisen (must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives). Außer dem Geschlecht – von dem später noch ausführlich gehandelt wird²³ – sind auf einer Stufe mittlerer Prüfungsintensität auch Differenzierungen zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern angesiedelt.²⁴

Weitere Merkmale waren für eine Qualifizierung als suspekte oder quasi-suspekte Klassifizierung vorgeschlagen worden; der Supreme Court hat die Liste der Differenzierungskriterien, die besonderen Gleichheitsschutz genießen, jedoch nicht erweitert; insbesondere hat er nicht die Merkmale Alter,²⁵ Vermögen,²⁶ geistige Behinderung²⁷ und Homosexualität²⁸ anerkannt. Zusammenfassend lässt sich die Dogmatik der Gleichheitsrechte nach der amerikanischen Verfassung als dreistufiger Prüfungsmaßstab beschreiben. Die höchste Prüfungsintensität finden die sogenannten suspekten Klassifizierungen, vor allem Differenzierungen nach dem Merkmal Rasse. Hier verlangt der Supreme Court, daß die Differenzierung nach der Rasse zur Erreichung eines zwingenden staatlichen Interesses unumgänglich ist. Auf der mittleren Prüfungsstufe, vor allem bei Differenzierungen nach dem Merkmal Geschlecht, verlangt der Gerichtshof zur Rechtfertigung ein wichtiges Gemeinschaftsgut und eine enge Beziehung zwischen Zweck und Mittel. Alle anderen Differenzierungen bedürfen für ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz lediglich einer vernünftigen Grundlage zur Verfolgung eines legitimen Zweckes. Seiner Struktur nach erinnert die amerikanische Gleichheitsdogmatik somit an die vom Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil²⁹ zur Überprüfung von Eingriffen in Art. 12 GG entwickelte Dreistufentheorie. Hier wie dort werden drei »Eingriffs-Stufen« der grundrechtlichen Gefähr-

23 Siehe unten S. 288 ff.

24 Vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1553 ff.

25 Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976).

26 James v. Valtierra, 402 U.S. 137.

27 City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985).

28 Vgl. Bowers v. Hardwick, 106 S. Ct. 2841 (1986).

29 BVerfGE 7, 377.

dung unterschieden und verschiedene Maßstäbe zu ihrer Rechtfertigung verlangt. Der intensivste Eingriff verlangt sowohl besonders qualifizierte Zwecke als auch eine besonders qualifizierte Zweck-Mittel-Beziehung.

Es zeichnet sich in den Vereinigten Staaten aber eine Tendenz ab, die strikte Kategorisierung von drei Stufen, die unterschiedliche verfassungsrechtliche Standards zur Folge haben, aufzugeben, die einzelnen Stufen einander anzunähern und einheitlichen dogmatischen Kriterien zu unterwerfen. Dies zeigt sich – insoweit parallel zur deutschen Entwicklung hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes – insbesondere in der Tendenz, die Kontrolle in der niedrigsten Prüfungsstufe in bestimmten Bereichen zu intensivieren und so über den Gleichheitssatz als Willkürverbot deutlich hinauszugehen.³⁰

Gleichwohl stellt die dreistufige Prüfung gleichheitsrechtlicher Probleme auch heute noch den Rahmen dar, in welchem die Probleme der Rassen- und Frauendiskriminierung in Amerika verfassungsrechtlich vorwiegend diskutiert werden. Die hier eingeführten Begriffe werden in der weiteren Diskussion von erheblicher Bedeutung sein.

II. Der Hintergrund: Rassendiskriminierung und Verfassungsrecht – ein kurzer geschichtlicher Überblick

Nicht immer freilich wurden unter der amerikanischen Verfassung Differenzierungen nach der Rasse der intensivsten verfassungsrechtlichen Kontrolle unterworfen. In den vergangenen zweihundert Jahren Rechtsprechung des Supreme Court zur Rassendiskriminierung veränderten sich die dogmatischen Kriterien stark. Die Rechtsprechung zu den neuen Problemen der Rassendiskriminierung muß auf dem Hintergrund der bisherigen Entwicklung gesehen werden, wobei im Rahmen dieser Arbeit lediglich ein sehr kurzer geschichtlicher Abriss und Überblick über einige rechts- und verfassungsgeschichtlich besonders bedeutsame Ereignisse möglich ist.³¹

»We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.«

³⁰ Siehe oben Anm. 13 und 14.

³¹ Vgl. zum Nachfolgenden Bell, Race, S. 15 ff.; Nowak u. a., S. 556 ff.; Stone u. a., S. 435 ff. sowie ein kurzer geschichtlicher Abriss in Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 387 ff. (1978) (Marshall, conc.); vgl. auch Brugger, Grundrechte, S. 144 ff.; Beyerlin, Umgekehrte Rassendiskriminierung, S. 498 ff.; Loewenstein, S. 20 ff., 575 ff.; Steinberger, S. 6 ff.; Brugger, Recht und Rasse.

Mit diesen Worten beginnt die Aufzählung der Gründe für die Trennung der Kolonien von der britischen Krone in der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776. Doch schon in dem Prozeß ihrer Verabschiedung war deutlich geworden, daß man mit »all men« lediglich alle weißen Männer meinte. Im ersten Entwurf der Unabhängigkeitserklärung hatte Jefferson noch die Gestattung und Förderung des Sklavenhandels als besonders verwerfliche Untat des britischen Königs angeprangert;³² aufgrund von Drohungen der Vertreter der Südstaaten, die Erklärung andernfalls nicht zu unterzeichnen, wurde die Passage im Lauf der Verhandlungen des Kongresses jedoch gestrichen; die Unabhängigkeitserklärung schwieg zum Thema Sklaverei.

Auch die amerikanische Verfassung vermied eine ausdrückliche Verwendung des Wortes Sklaverei. Sie setzte die Existenz von Sklaverei jedoch – wenn auch an relativ verdeckter Stelle – voraus und erkannte sie an.³³ So jedenfalls legte sie der Supreme Court in der berüchtigten *Dred Scott*-Entscheidung aus dem Jahre 1856 aus.³⁴ Der Gerichtshof entschied, daß ehemalige Sklaven, auch nachdem sie frei geworden waren, nicht zum amerikanischen Volk gehörten, nicht »Bürger der Vereinigten Staaten« und damit auch nicht Träger von Grundrechten werden konnten. Das Eigentumsrecht des Sklavenhalters sei in gleichem Umfang geschützt wie andere Eigentumsrechte.³⁵ Zur Begründung berief sich Chief Justice Taney auf die Rolle der Gerichte in der Verfassungsauslegung. Sie hätten sich dem Willen der Verfassungsgeber unterzuordnen, nicht selbst über Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit zu entscheiden. Unzweifelhaft erschien ihm, daß die Verfassungsge-

32 Die entscheidende Stelle lautete: »he has waged cruel war against human nature itself, violating it's most sacred rights of life and liberty in the persons of a distant people who never offended him, captivating and carrying them into slavery in another hemisphere, or to incur miserable death in their transportation thither«, zit. nach C. Becker, S. 141 ff., 147.

33 Zu nennen sind hier:

– Art. I, Sect. 2, Cl. 3 schreibt vor, wie sich die Anzahl der Vertreter im Repräsentantenhaus sowie die Höhe der direkten Steuern auf die Gliedstaaten verteilt. Sie hängen ab von der Anzahl der freien Einwohner des jeweiligen Staates – abgesehen von nicht besteuerten Indianern – und 3/5 der Anzahl »aller anderen Personen«.

– Art. I, Sect. 9, Cl. 1 untersagte es dem Kongreß vor dem Jahre 1808, die Sklaveneinfuhr zu verbieten. Besteuerung durfte er sie jedoch.

– Art. 4, Sect. 2, Cl. 3 enthielt die Verpflichtung, Sklaven, die in einen freien Staat geflohen waren, auf Verlangen ihres Sklavenhalters auszuliefern (fugitive-slave-clause).

34 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393. Dred Scott war ein Sklave gewesen, der mit seinem früheren Sklavenhalter für einige Zeit in Illinois und zeitweise in einem Teilgebiet von Louisiana, welches den Bundes-Regelungen des Missouri-Kompromisses von 1820 unterstand, lebte. In ersterem war die Sklaverei durch die Verfassung des Gliedstaates, in letzterem durch Bundesgesetz verboten, so daß Dred Scott frei geworden war. Nach seiner Rückkehr nach Missouri wurde er an Sandford verkauft.

35 A.a.O., S. 451.

ber an die Minderwertigkeit der schwarzen Rasse glaubten.³⁶ Vielfach wird die *Dred Scott*-Entscheidung als verhängnisvoll bezeichnet, hätte ein anderer Ausgang doch vielleicht eine Chance zur Vermeidung des amerikanischen Bürgerkrieges geboten.³⁷

Die Emancipation Proclamation Abrahams Lincolns befreite die Sklaven in den Südstaaten noch während des Bürgerkriegs.³⁸ Nach dem Sieg der Unionstruppen folgte in der Phase der 1. Rekonstruktion der Versuch, die befreiten Sklaven zu schützen und die Schwarzen zu gleichberechtigten Bürgern der Vereinigten Staaten zu machen. In den Jahren 1866 – 1875 wurden zahlreiche Bürgerrechtsgesetze erlassen und die Verfassung durch drei Zusatzartikel ergänzt. Der 13. Zusatzartikel verbietet die Sklaverei, der 14. Zusatzartikel erklärt alle in den Vereinigten Staaten geborenen oder eingebürgerten Personen zu amerikanischen Staatsbürgern und stattete sie mit allen wichtigen Bürgerrechten aus. Der 15. Zusatzartikel, der sich als einziger ausdrücklich auf das Merkmal Rasse bezog, garantierte das Wahlrecht. Alle Zusatzartikel wiesen dem Kongress die Gesetzgebungskompetenz zu, für ihre Durchsetzung in den Einzelstaaten zu sorgen.³⁹ Damit verlagerte sich auch – jedenfalls im Bereich der Grundrechte der Schwarzen – die Hauptzielrichtung des Grundrechtsteils der Verfassung. Nicht länger schützten die Grundrechte primär vor Eingriffen durch die bundesstaatliche Gewalt und erschienen die Einzelstaaten als Bollwerk der Freiheit, sondern die Grundrechte gaben gerade der Zentralgewalt den Auftrag, bestimmte Grundfreiheiten gegenüber Eingriffen durch die Einzelstaaten zu sichern.⁴⁰

Die Hoffnungen, durch diese rechtlichen Regelungen die Diskriminierung der Schwarzen zu beenden, erfüllten sich nicht. In den *Slaughterhouse-Fällen*⁴¹ betonte der Supreme Court zwar noch als Hauptziel der Reconstruction-Amendments den Schutz und die Sicherung der Grundfreiheiten und Bürgerrechte der gerade befreiten Sklaven, in den *Civil Rights-Fällen*⁴²

36 »They had ... been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit. He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it« (a.a.O., S. 407).

37 Stone u.a., S. 444.

38 12 Stat. 1267-68 (1862-63).

39 »Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation«, in: 13. Amendment, Section 2; 15. Amendment, Section 2; ähnlich 14. Amendment, Section 5.

40 Stone u.a., S. 445.

41 83 U.S. 36 (1873).

42 109 U.S. 3 (1883).

schränkte der Supreme Court die Reichweite der neuen Zusatzartikel jedoch entscheidend ein. Der Supreme Court erklärte ein Bundesgesetz für verfassungswidrig, welches u.a. Diskriminierungen von Schwarzen in Gasthäusern (public accommodation) untersagt hatte, da der 14. Zusatzartikel dem Kongreß nicht die Kompetenz zugewiesen habe, auch Diskriminierungen von Seiten Privater zu untersagen. Indem der Supreme Court den Anwendungsbereich des 13. Zusatzartikels – des einzigen, dem unzweifelhaft auch Geltung gegenüber Privaten zukam – auf das Verbot der Sklaverei im eigentlichen Sinne (sowie ihr unmittelbar vergleichbare Einrichtungen) beschränkte, wurde der 13. Zusatzartikel aus der verfassungsrechtlichen Diskussion um Rassendiskriminierung weitgehend herausgenommen.⁴³ Da auch die privileges and immunities-Klausel des 14. Zusatzartikels in den Slaughterhouse-Fällen eng ausgelegt worden und der 15. Zusatzartikel eindeutig auf das Wahlrecht beschränkt war,⁴⁴ blieb somit nur die equal protection-Klausel des 14. Zusatzartikels übrig, um gegen andere Formen der Rassendiskriminierung auf verfassungsrechtlicher Ebene vorzugehen.

Zunächst schien dieser Weg auch vielversprechend. Von Anfang an hatte der Supreme Court die Auffassung vertreten, daß die equal protection-Klausel vor allem, vielleicht sogar nur,⁴⁵ die Ungleichbehandlung wegen der Rasse verbot. Doch noch so wohlklingend vorgetragene Postulate der Gleichheit zwischen Schwarzen und Weißen führten ihre Realisierung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht herbei. Das Jahrhundert der Sklaverei war durch das Jahrhundert der Rassentrennung, der Ära der »Jim Crow-Gesetze«, abgelöst worden. Nach Rassen getrennt war alles, was zu Berührungen auf gesellschaftlicher Ebene zwischen Weißen und Schwarzen hätte führen können: Schulen, Theater, Busse, Schwimmbäder, Kinos, Restaurants, Parks und Ehen.⁴⁶ Die verfassungsrechtliche Argumentation, mithilfe derer versucht wurde, diese Maßnahmen für vereinbar mit dem Gleichheitssatz er-

43 Es wurde zwar genutzt in Fällen der peonage (Zwangsarbeit) verschuldeter Personen; vgl. Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); United States v. Reynolds, 234 U.S. 133 (1914); Butler v. Perry, 240 U.S. 328 (1916); doch erst im Fall Jones v. Alfred H. Mayer Co., 392 U.S. 409 (1968), erkannte der Supreme Court an, daß Rassendiskriminierung überhaupt ein »badge of servitude« sein könne.

44 Zudem für fast ein Jahrhundert nicht durchgesetzt wurde; vgl. Bell, Race, S. 126 ff.

45 1873 verlieh der Supreme Court noch seinen starken Zweifeln Ausdruck, »whether any action of a state not directed by way of discrimination against the negroes as a class, or on account of their race, will ever be held to come within the purview of this provision« (83 U.S. 36, 81).

46 Vgl. Bell, Race, S. 53 ff.

scheinen zu lassen, sei in den Worten des Supreme Court in der Entscheidung *Plessy v. Ferguson* aus dem Jahre 1896 vorgestellt:

»The object of the [fourteenth] amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either.⁴⁷ ... »We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it«.⁴⁸

So wurde ein Gesetz des Staates Louisiana für verfassungsgemäß gehalten, welches »gleiche, aber getrennte Unterbringungsmöglichkeiten für die weiße und die farbige Rasse« in Eisenbahnwagen vorschrieb. Obwohl in der Entscheidung selbst über die Gleichheit der getrennten Einrichtungen ausdrücklich nichts gesagt wird, gilt *Plessy v. Ferguson* seither als Ausgangspunkt der separate but equal-Doktrin, die über ein halbes Jahrhundert lang die Auslegung des Gleichheitssatzes beherrschte. Tussman und ten Broek bezeichnen denn auch das Schicksal der equal protection-Klausel als »im Grunde genommen erdrosselt im frühen Kindesalter durch die reaktionäre Haltung der Richter in der Zeit nach dem Bürgerkrieg«.⁴⁹

Plessy v. Ferguson erlangte aber auch Berühmtheit für die abweichende Meinung des Richters Harlan, der das von der Mehrheit gewonnene Ergebnis für ebenso verhängnisvoll hielt wie die *Dred Scott*-Entscheidung:

»It was said in argument that the statute of Louisiana does not discriminate against either race, but prescribes a rule applicable alike to white and colored citizens. But this argument does not meet the difficulty. Every one knows that the statute in que-

47 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), S. 539; übersetzt: »Zweck des 14. Zusatzartikels war es unzweifelhaft, die absolute Gleichheit der beiden Rassen vor dem Gesetz durchzusetzen, aber nach der Natur der Dinge konnte es nicht beabsichtigt sein, Unterscheidungen, die auf der Hautfarbe beruhten, abzuschaffen oder soziale Gleichheit, als unterschieden von politischer Gleichheit, bzw. eine Vermischung beider Rassen durchzusetzen unter Bedingungen, die für beide unbefriedigend wären.«

48 A.a.O., S. 544; übersetzt: »Unseres Erachtens liegt der Trugschluß in der Argumentation des Klägers in der Annahme, daß die erwogene Trennung der beiden Rassen die farbige Rasse mit einem Stempel der Minderwertigkeit versehe. Wenn dem so wäre, beruht dies nicht auf irgend etwas im Gesetz, sondern allein darauf, weil die farbige Rasse eine solche Deutung wählt.«

49 S. 381.

stion had its origin in the purpose, not so much to exclude white persons from railroad cars occupied by blacks, as to exclude colored people from coaches occupied by or assigned to white persons⁵⁰ ... »The white race deems itself to be the dominant race in this country. ... But in view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our constitution is colorblind, and neither knows nor tolerates classes among citizens«.⁵¹

Es dauerte 58 Jahre, bis die separate but equal-Doktrin überwunden war. Dieser Prozeß war dadurch gekennzeichnet, daß sich das Augenmerk immer stärker von »separate« auf »equal« richtete, und als der Supreme Court insbesondere im Bereich der öffentlichen Schulen wirklich zu überprüfen begann, ob die getrennten Einrichtungen auch gleich waren, war das Ende abzusehen. 1938 hielt der Supreme Court die Situation im Staate Missouri für unvereinbar mit dem Gleichheitssatz, wo nur an der »weißen Universität« eine juristische Fakultät eingerichtet war, für schwarze Einwohner aber die Studiengebühren für ein rechtswissenschaftliches Studium in den Universitäten angrenzender Staaten übernommen wurden.⁵² 1950 stellte der Gerichtshof ausdrücklich fest, daß die in Texas für Weiße und Schwarze getrennt eingerichteten juristischen Fakultäten nach zahlreichen Kriterien, die Bedeutung und Qualität einer Universität ausmachten, nicht gleich waren⁵³ und hielt am selben Tag die Klage eines Schwarzen für begründet, der zwar die erziehungswissenschaftliche Fakultät der weißen Universität von Oklahoma besuchen durfte, dem jedoch jeweils ein besonderer Platz in Vorlesungsräumen, Bibliothek und Mensa zugewiesen wurde.⁵⁴ 1954 dann, mit der berühmten Entscheidung in *Brown v. Board of Education of Topeka*,⁵⁵ gab der Gerichtshof die separate but equal-Doktrin auf:

50 S. 557-58; übersetzt: »Es wurde argumentiert, daß das Gesetz aus Louisiana keine Rasse diskriminiere, sondern eine Regel aufstelle, die auf weiße wie farbige Bürger gleichermaßen anwendbar sei. Aber dieses Argument löst das Problem nicht. Jedermann weiß, daß das fragliche Gesetz seinem Ursprung nicht so sehr in dem Zweck hatte, Weiße von Eisenbahnwaggons auszuschließen, die von Schwarzen besetzt sind, als vielmehr darin, Farbige von Wagen auszuschließen, die von Weißen besetzt oder ihnen zugewiesen sind«.

51 S. 558-59; übersetzt: »Die weiße Rasse hält sich für die überlegene Rasse in diesem Land. ... Aber vom Standpunkt der Verfassung, im Auge des Gesetzes, gibt es in diesem Land keine höherstehende, überlegene, herrschende Klasse von Bürgern. Es gibt hier keine Kaste. Unsere Verfassung ist farbenblind und kennt weder noch duldet sie Klassen zwischen Bürgern«.

52 *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938).

53 *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

54 *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950).

55 347 U.S. 483 (1954) (*Brown I*).

»Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children«.⁵⁶ »We conclude that in the field of public education the doctrine of ‚separate but equal‘ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal«.⁵⁷

Dazu, wie seine Entscheidung, die ja eine völlige Umstrukturierung des Schulsystems der Einzelstaaten zur Folge haben würde, praktisch durchzusetzen sei, äußerte sich der Supreme Court in der *Brown I*-Entscheidung nicht. Auch im *Brown II*-Fall⁵⁸ verzichtete der Supreme Court – wohl im Hinblick auf den erheblichen gesellschaftlichen Widerstand – darauf, die getrennten Schulen mit sofortiger Wirkung zu verbieten, sondern verlangte nur einen »prompt and reasonable start toward full compliance«.⁵⁹ Vielfach wurde die Formel des Supreme Court, »with all deliberate speed«⁶⁰ müsse ein nicht diskriminierendes Schulsystem geschafft werden, kritisiert: bisher sei bei Grundrechten immer die aktuelle Geltung, also auch die sofortige, unmittelbare Umsetzung von Supreme Court-Entscheidungen verlangt worden; nur jetzt unter dem Deckmantel einer staatsmännischen Haltung habe der Supreme Court die Rechte der Schwarzen auf eine desegregierte Schulbildung zugunsten von Maßnahmen geopfert, die für die Weißen eher annehmbar waren.⁶¹ Carter wirft dem Supreme Court darüber hinaus vor,⁶² daß der Versuch, den Gang der Aufhebung der Rassentrennung der Situation in den Südstaaten anzupassen, nicht nur die Akzeptanz der Entscheidung dort

56 S. 494; der Supreme Court zitiert hier aus einer vorinstanzlichen Entscheidung, die dennoch die Klage der schwarzen Schulkinder abgelehnt hatte. Übersetzung: »Die Segregation weißer und farbiger Kinder in öffentlichen Schulen hat nachteilige Folgen für die farbigen Kinder. Die Auswirkungen sind größer, wenn sie die Billigung des Gesetzes hat; denn die Politik der Rassentrennung wird gewöhnlich als Kennzeichnung der Minderwertigkeit der Gruppe der Neger interpretiert. Ein Gefühl der Minderwertigkeit beeinträchtigt die Lernmotivation eines Kindes. Segregation mit der Billigung durch das Gesetz hat somit die Tendenz, die pädagogische und geistige Entwicklung eines Negerkindes zu verlangsamen...«.

57 S. 495; übersetzt: »Wir stellen fest, daß in dem Bereich der öffentlichen Erziehung, die ‚separate but equal‘ Doktrin keinen Platz hat. Separaten Bildungseinrichtungen ist die Ungleichheit inhärent«.

58 *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955).

59 S. 300.

60 S. 301.

61 Carter, S. 243; Bell, *Race*, S. 381.

62 Carter, S. 243.

verlangsamte, sondern im Gegenteil die Hoffnung weckte, Widerstand würde zum Erfolg führen.⁶³ Jedenfalls veränderte sich in dem ersten Jahrzehnt nach der *Brown I*-Entscheidung nur wenig; noch 1963 besuchten in den elf Staaten der alten Konföderation nur 1,17 % der schwarzen Schüler gemischte Schulen.⁶⁴

Nach einigen warnenden Andeutungen Anfang der sechziger Jahre⁶⁵ entschied der Supreme Court 1964, daß inzwischen die Zeit für bloße »deliberate speed« abgelaufen sei.⁶⁶ Bald gab sich der Supreme Court auch nicht mehr damit zufrieden, daß die formalen Voraussetzungen der Rassentrennung aufgehoben worden waren. Er hielt ein Programm, welches jedem Schüler die Freiheit der Wahl ließ, welche Schule er besuchen wollte, für nicht ausreichend und wies auf die Pflicht des Schuldistrikts hin, fördernd auf integrierte Schulen hinzuwirken (affirmative duty).⁶⁷ In den *Swann*-Entscheidungen⁶⁸ schließlich billigte er die Anordnung der unteren Instanzen, die jede Schule auf einen festgelegten Prozentsatz schwarzer Schüler verpflichtete. Der Supreme Court begründete diesen Schritt sehr deutlich: im jetzigen Stadium könne nur das Abstellen auf rassistische Kriterien Abhilfe schaffen:⁶⁹

- 63 Zu erinnern ist beispielsweise an den Zwischenfall in Little Rock, Arkansas, mit dem sich der Supreme Court in *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), auseinanderzusetzen hatte. Nach einem Plan zur Aufhebung der Rassentrennung im öffentlichen Schulsystem von Little Rock sollten 9 schwarze Schüler zu Beginn des Schuljahres 1957 in eine zuvor weiße Schule eingeschult werden. Der Gouverneur von Arkansas befahl den Truppen der Arkansas National Guard, dieses zu verhindern; die Schüler konnten erst eingeschult werden, nachdem Präsident Eisenhower Bundesstruppend geschickt hatte. Gouverneur und Gesetzgebungsorgane des Staates beriefen sich darauf, daß sie an die *Brown*-Entscheidung nicht gebunden seien. Diese offene Widersetzung wies der Supreme Court unzweideutig unter Bezug auf Art. VI der Verfassung und die berühmte Entscheidung *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), zurück.
- 64 Bell, Race, S. 383 f.
- 65 Watson v. Memphis, 373 U.S. 526 (1963): »Brown never contemplated that the concept of «deliberate speed» would countenance indefinite delay in elimination of racial barriers in schools ...« (S. 530); *Goss v. Board of Education*, 373 U.S. 683 (1963).
- 66 *Griffin v. Board of Prince Edward County*, 377 U.S. 218 (1964): »There has been entirely too much deliberation and not enough speed ...« (S. 229).
- 67 *Green v. County School Board*, 391 U.S. 430 (1968): »The burden on the school board is to come forward with a plan that promises realistically to work, and promises realistically to work now« (S. 439; Hervorhebung im Original).
- 68 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971) und *North Carolina State Board of Education v. Swann*, 402 U.S. 43 (1971).
- 69 Ähnlich argumentierte ein Teil der Richter des Supreme Court in dem Fall *United Jewish Organizations v. Carey*, 430 U.S. 144 (1977); eine von einer Mehrheit getragene Begründung fehlt. Der Supreme Court billigte den Plan des Staates New York, die Wahlkreise derart neu einzuteilen, daß die Schwarzen bewußt in bestimmten Bezirken deutliche Mehrheiten erhielten, um ihnen die Wahl schwarzer Kandidaten zu erleichtern.

»Just as the race of students must be considered in determining whether a constitutional violation has occurred, so also must race be considered in formulating a remedy. To forbid, at this stage, all assignments made on the basis of race would deprive school authorities of the one tool absolutely essential to fulfillment of their constitutional obligation to eliminate existing dual school systems«.⁷⁰

III. Gesetzliche Diskriminierungsverbote

In dem Jahrzehnt nach der *Brown*-Entscheidung des Supreme Court nahm sich – nach langen Jahren der Untätigkeit – allmählich auch wieder der Kongreß des Problems der Rassendiskriminierung an. Seit dem Jahr 1957 wurden mehrere Bürgerrechtsgesetze erlassen, die für die weitere Bekämpfung der Rassendiskriminierung von erheblicher Bedeutung waren. Sie legten gesetzliche Diskriminierungsverbote für verschiedene Bereiche des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens fest und trafen zahlreiche verfahrensrechtliche Regelungen, die auf die effektive Beseitigung der Rassendiskriminierung hinwirken sollten. Der Inhalt der Bürgerrechtsgesetze im einzelnen soll hier nicht dargestellt werden.⁷¹ Von entscheidender Bedeutung für die amerikanische affirmative action-Diskussion ist jedoch das Zusammenspiel zwischen einfachgesetzlichen Diskriminierungsverboten und verfassungsrechtlichen Garantien in zwei Bereichen.

Der VI. Titel des Civil Rights Act von 1964⁷² verbietet es all jenen Einrichtungen, die Bundesmittel erhalten, auf Grund von Rasse, Hautfarbe oder Herkunft zu diskriminieren:

»No person in the United States shall, on the ground of race, color or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance.«⁷³

70 North Carolina State Board of Education v. Swann, 402 U.S. 43 (1971), S. 46; übers.: »Geraedeso wie die Rasse der Schüler bei der Beurteilung, ob ein Verfassungsverstoß stattgefunden hat, berücksichtigt werden muß, muß die Rasse auch berücksichtigt werden bei der Suche nach Abhilfe. In diesem Stadium alle Zuweisungen nach der Rasse zu verbieten, würde die Schulbehörden des einen Werkzeugs beraubten, das unentbehrlich ist, um ihre verfassungsrechtliche Pflicht zu erfüllen, zweigleisige Schulsysteme zu beseitigen.«

71 Einen zusammenfassenden Überblick gibt Steinberger, S. 139 ff.; vgl. auch Hirschberg, Rassendiskriminierung, S. 347 ff.; zur Gestzgebungsgeschichte Whalen/Whalen; zur Entwicklung vgl. Norton; Janssen-Jurreit, USA.

72 Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241, 252 (1964).

73 42 U.S.C. § 2000d; übers.: »Niemand darf in den Vereinigten Staaten aufgrund der Rasse, Hautfarbe oder nationalen Herkunft von der Teilnahme an einem Programm oder einer

Der VII. Titel verbietet detailliert aufgezählte Diskriminierungspraktiken im Arbeitsleben; die Verbote richten sich insbesondere an Arbeitgeber, Arbeitsvermittler und Gewerkschaften:

»It shall be an unlawful employment practice for an employer –
(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or
(2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin«.⁷⁴

IV. Zusammenfassung

In der amerikanischen Verfassung erwähnt allein der 15. Zusatzartikel das Merkmal Rasse ausdrücklich und untersagt Ungleichbehandlungen hinsichtlich des Wahlrechts. Diskriminierungsverbote, die sich – über das Wahlrecht hinaus – explizit auf das Merkmal Rasse beziehen, gibt es in den Vereinigten Staaten nur auf einfachgesetzlicher Ebene. Von besonderer Bedeutung sind insoweit Titel VI des Civil Rights Act von 1964, welcher Diskriminierungen in Programmen oder Einrichtungen verbietet, die Bundesmittel erhalten, und Titel VII desselben Gesetzes, der Diskriminierungen im Arbeitsleben untersagt.

Die amerikanische Verfassung enthält in der equal protection-Klausel des 14. Zusatzartikels eine Garantie, die vom Wortlaut her eher dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes ähnelt. Die Rechtsprechung des Supreme

Aktivität, die Bundesmittel erhält, ausgeschlossen werden. Ebenfalls dürfen niemandem die Vorteile solcher Programme vorenthalten oder er Diskriminierung ausgesetzt werden«.

74 42 U.S.C. § 2000e (mit den 1972 vorgenommenen Änderungen); übers.: »Es stellt ein ungesetzliches Verhalten im Arbeitsleben für den Arbeitgeber dar –
(1) einen einzelnen nicht einzustellen, oder sich zu weigern, ihn einzustellen, oder ihn zu entlassen oder ihn auf sonstige Weise zu diskriminieren im Hinblick auf seine Entlohnung sowie Bedingungen oder Begünstigungen der Beschäftigung wegen der Rasse, Hautfarbe, Religion, des Geschlechts oder der nationalen Herkunft des einzelnen; oder
(2) seine Beschäftigten oder Bewerber in irgendeiner Weise einzuschränken, zu segregieren oder zu klassifizieren, die irgendjemandem Arbeitsmöglichkeiten entziehen oder dazu tendieren könnte, ihm solche zu entziehen, oder auf sonstige Weise seinen Status als Beschäftigter beeinträchtigen könnte wegen seiner Rasse, Hautfarbe, Religion, seines Geschlechts oder seiner nationalen Herkunft«.

Court unterwirft jedoch Differenzierungen nach der Rasse intensiver verfassungsrechtlicher Kontrolle (strict scrutiny) als Differenzierungen, die sich auf andere Kriterien stützen. Der Supreme Court verlangt für die Verfassungsmäßigkeit einer Differenzierung nach der Rasse, daß ein zwingendes staatliches Interesse sie unbedingt erfordert. Diesen hohen Anforderungen kann eine Regelung praktisch nie genügen. In ihrer Auslegung kommt die equal protection-Klausel dem deutschen Verständnis des gesamten Art. 3 GG sehr nahe.

Der Supreme Court hat Normen, die nach der Rasse differenzieren, freilich nicht immer solcher intensiver verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen; lange Zeit wurde Rassendiskriminierung für verfassungsgemäß angesehen. Erst seit Mitte dieses Jahrhunderts sind alle Differenzierungen nach der Rasse, die sich zum Nachteil der Schwarzen auswirken, vom Supreme Court als verfassungswidrig aufgehoben worden. Doch zeigte sich in dieser Phase der Rechtsprechung auch, daß der Supreme Court die equal protection-Klausel nie auf ein absolutes, symmetrisches Differenzierungsverbot beschränkte. Der Supreme Court mußte sich angesichts erheblichen gesellschaftlichen Widerstands praktisch seit Beginn der strikteren Rassendiskriminierungsrechtsprechung auch mit Fragen der Durchsetzung der Aufhebung der Rassentrennung beschäftigen. Hierbei sah der Supreme Court in bestimmtem Umfang eine Verpflichtung des Staates an, Maßnahmen zur effektiven Beseitigung der Rassendiskriminierung zu ergreifen. Zu den verfassungsrechtlich möglicherweise gebotenen, jedenfalls aber zulässigen Maßnahmen zählte der Supreme Court – schon in den Jahrzehnten vor den eigentlichen affirmative action-Entscheidungen – auch Regelungen, bei denen das Merkmal Rasse berücksichtigt wurde, um zum Abbau der Rassendiskriminierung beizutragen.

B. Die Rechtsprechung des Supreme Court zu neuen Problemen der Rassendiskriminierung

Bisher wurde nur von Regelungen gehandelt, die explizit nach der Rasse differenzierten und sich zum Nachteil der Schwarzen auswirkten. Diese Art von Regelungen stellen die herkömmliche Form der Diskriminierung gegenüber bestimmten Gruppen dar: ausdrücklich werden ihnen Rechte vorenthalten, die den Angehörigen der anderen Gruppe gewährt werden. Nachdem die Verfassungswidrigkeit dieser ausdrücklich diskriminierenden Regelungen unzweifelhaft feststand, wandte sich das Interesse vor allem zwei

neuen Fragenkreisen zu:⁷⁵ Sind Regelungen zulässig, die zwar nicht ausdrücklich auf das verpönte Merkmal Bezug nehmen, ganz überwiegend aber Schwarze benachteiligen? Und stellen Regelungen, die zur effektiven Beseitigung der Rassendiskriminierung besondere Förderung von Schwarzen vorsehen, »umgekehrte Diskriminierung« der Weißen dar? Wie der Supreme Court zu den Fragestellungen in beiden Bereichen – »disparate impact« (I) und »affirmative action« (II) – Stellung nahm, soll im folgenden skizziert werden.

I. Disparate Impact

Die Frage nach der Zulässigkeit von »neutralen« Regelungen, die sich – ohne auf das Merkmal Rasse Bezug zu nehmen – für Schwarze in größerem Umfang negativ auswirken als für Weiße, stellte sich vor allem bei Einstellungs- und Beförderungskriterien im Arbeitsleben. Der Supreme Court mußte sich mit diesen Fragen zunächst im Zusammenhang von Titel VII des Civil Rights Act von 1964 auseinandersetzen (1). Erst später erfolgte eine Analyse dieser Fragestellungen auf verfassungsrechtlicher Ebene (2).

1. Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes

Der Supreme Court unterscheidet in Titel VII zwei Rechtsgrundlagen (theories), die völlig unterschiedliche Voraussetzungen an den Nachweis einer Rassendiskriminierung stellen: »disparate impact« und »disparate treatment«.⁷⁶ »Disparate treatment« ist – in den Worten des Gerichts – »die am leichtesten verständliche Form der Diskriminierung«:⁷⁷ ein Arbeitgeber behandelt Personen unterschiedlich wegen eines der inkriminierten Merkmale. Um eine auf Rassendiskriminierung gestützte Klage zu gewinnen, muß eine diskriminierende Absicht nachgewiesen werden. Zwar kann manchmal schon aus der bloßen Tatsache der Ungleichbehandlung auf eine diskriminie-

75 Vgl. dazu die inzwischen auch parallele Entwicklung der deutschen Diskussion um die Gleichberechtigung der Frau, oben S. 157 ff.

76 Vgl. zur näheren Erläuterung der beiden Theorien: Jones u.a., S. 31 ff.; Bell, Race, S. 615 ff.; Chamallas, S. 314 ff.; Lockhart u.a., S. 1172 ff.; Fiss, Fair Employment; zu disparate impact, insb. Eisenberg; Perry; Schnapper, Perpetuation; Stonefield; Bell, Race, S. 619 ff.; und in International Brotherhood of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324, 335 Anm. 15 (1971), beschreibt der Supreme Court knapp in seinen eigenen Worten die beiden Standards.

77 International Brotherhood of Teamsters v. United States, a.a.O.

rende Absicht geschlossen werden, doch ist dies lediglich eine Frage der Beweiswürdigung: grundsätzlich muß der Diskriminierte beweisen, daß er Opfer einer Handlung wurde, die nach der Rasse diskriminierte.

Freilich hat der Supreme Court in dem wichtigen disparate treatment-Fall *McDonnell Douglas Corp. v. Green*⁷⁸ Regeln für die Beweislastverteilung aufgestellt, die dem Kläger den Nachweis der Diskriminierungsabsicht erleichtern. Der Supreme Court sieht ein dreistufiges Verfahren vor: zunächst muß der Kläger einen prima-facie-Beweis führen, der die Annahme einer Diskriminierungsabsicht nahelegt. Im Fall *McDonnell Douglas* hatte der Supreme Court als ausreichend für diesen Beweis des ersten Anscheins beispielsweise den Nachweis angesehen, daß a) der Kläger Angehöriger einer rassischen Minderheit war; b) daß er sich auf eine Stelle bewarb, für die Bewerber gesucht wurden, und für diese Stelle auch qualifiziert war; c) daß er, trotz seiner Qualifikation, zurückgewiesen wurde; und d) schließlich, daß die Stelle unbesetzt blieb und der Arbeitgeber weiterhin Bewerber mit den vom Kläger vorgewiesenen Qualifikationen suchte.⁷⁹

Ist es dem Kläger gelungen, diesen prima-facie-Beweis zu führen, verlagert sich die Beweislast auf den Arbeitgeber: er muß einen legitimen, nicht-diskriminierenden Grund für sein Verhalten angeben.⁸⁰ Schließlich, wenn dem Arbeitgeber sein Beweis gelingt, bleibt dem Kläger noch die Chance nachzuweisen, daß der »legitime Grund« lediglich ein Vorwand für eine eigentlich rassistisch motivierte Entscheidung ist.

Auch bei Klagen, die auf disparate treatment gestützt werden, können Statistiken bei der Beweisführung auf beiden Seiten eine gewisse Rolle spielen.⁸¹ Sie können einerseits dazu beitragen, einen prima-facie-Beweis der Diskriminierung zu führen, andererseits kann eine rassistisch ausgeglichene Belegschaft den Nachweis eines legitimen Grundes für den Arbeitgeber erleichtern.⁸² Entscheidend in allen Fällen des disparate treatment bleibt aber der Nachweis der diskriminierenden Absicht.

Auf diesen kann aber dann verzichtet werden, wenn der Kläger seine Klage auf die »disparate impact theory« stützt, die der Supreme Court 1971 in dem berühmten Fall *Griggs v. Duke Power Co.*⁸³ entwickelte. Der Gerichtshof entschied, daß Titel VII auch Maßnahmen verbietet, bei denen sich zwar ei-

78 411 U.S. 792 (1973).

79 A.a.O., S. 802.

80 Es besteht eine gewisse Unklarheit darüber, ob und inwieweit der Arbeitgeber hier die volle Beweislast trägt, vgl. dazu Bell, Race, S. 618.

81 Im einzelnen besteht über die Beweiskraft von Statistiken noch einige Unklarheit.

82 Vgl. *Furnco Construction Corp. v. Waters*, 438 U.S. 567 (1978).

83 401 U.S. 424 (1971).

ne Diskriminierungsabsicht des Arbeitgebers nicht nachweisen läßt, die sich aber stark zum Nachteil von Schwarzen auswirken und deren Notwendigkeit für das Unternehmen (business necessity) nicht bewiesen werden kann. Duke Power Company hatte vor dem 2. Juli 1965, dem Tag des Inkrafttretens des Civil Rights Act, offen Schwarze diskriminiert. Schwarze wurden nur in einer Abteilung des Unternehmens beschäftigt; in dieser Abteilung wurden die höchsten Stellen geringer bezahlt als die niedrigsten Stellen in den anderen Abteilungen, in denen nur Weiße arbeiteten. Mit dem Inkrafttreten des Civil Rights Act nahm das Unternehmen von dieser Beschäftigungspolitik Abstand, verlangte aber für die Einstellung oder Beförderung in eines der anderen Departments einen bestimmten Schulabschluß (high school diploma) oder ein bestimmtes Ergebnis in einem standardisierten Intelligenztest. Beide Anforderungen schlossen einen erheblich größeren Anteil von Schwarzen als von Weißen aus. Hinsichtlich beider Anforderungen ließ sich nicht belegen, daß sie über die erfolgreiche Tätigkeit in diesen Stellen etwas aussagten. Es ließ sich aber auf der anderen Seite weder eine Absicht seitens des Unternehmens, durch die Einführung der beiden genannten Anforderungen Schwarze diskriminieren zu wollen, noch eine ungleichmäßige Anwendung der Anforderungen gegenüber schwarzen und weißen Bewerbern nachweisen. Aus diesem Grunde hatte der Court of Appeals eine Verletzung des Bürgerrechtsgegesetzes abgelehnt.

Der Supreme Court weist eine solche Interpretation des Gesetzes einstimmig und deutlich zurück. Hauptzielrichtung von Titel VII sei es nicht, lediglich auf diskriminierenden Absichten beruhende Maßnahmen zu untersagen, sondern dem Kongreß sei es gerade darum gegangen, gleiche Chancen im Arbeitsleben zu schaffen und sich damit auch der Ergebnisse, die bestimmte Praktiken im Arbeitsleben zur Folge haben, anzunehmen:

»Under the Act, practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to ›freeze‹ the status quo of prior discriminatory employment practices. ... What is required by Congress is the removal of artificial, arbitrary, and unnecessary barriers to employment when the barriers operate invidiously to discriminate on the basis of racial or other impermissible classification.⁸⁴

84 S. 430 ff.; übersetzt: »Nach dem Gesetz dürfen Praktiken, Verfahren oder Tests, die auf den ersten Blick oder sogar ihrer Absicht nach neutral sind, nicht beibehalten werden, wenn sie sich dahingehend auswirken, den status quo diskriminierender Praktiken ›einzufrieren‹ Was der Kongreß verlangt, ist die Abschaffung künstlicher, willkürlicher und unnötiger Barrieren bei der Erlangung einer Arbeitsstelle, wenn diese Barrieren sich dahingehend auswirken, nach der Rasse oder einer anderen verbotenen Klassifizierung zu diskriminieren.«

Titel VII verbietet also nicht nur offensichtliche Diskriminierungen, sondern auch Praktiken, die zwar scheinbar neutral sind, sich aber diskriminierend auswirken. Für die Vereinbarkeit mit dem Bürgerrechtsgesetz sei nicht allein Gleichbehandlung in dem Sinne ausreichend, daß Schwarze wie Weiße dieselben Kriterien bei der Einstellung erfüllen müßten. Die unterschiedliche Situation und Lage der Stellungssuchenden sei zu berücksichtigen, wie beispielsweise die seit langem durch das segregierte Schulsystem bedingte, schlechtere Schulbildung für schwarze Kinder.⁸⁵ Es sind somit nicht nur an die Anwendung von Auswahlkriterien bei Einstellung und Beförderung rechtliche Anforderungen zu stellen, sondern auch die Auswahlkriterien selbst sind auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Als Prüfstein bezeichnet das Gericht die »business necessity«.⁸⁶ Die Kriterien müssen nachweisbar mit der späteren beruflichen Tätigkeit zusammenhängen (job relatedness). Die Beweislast hierfür trägt der Arbeitgeber.

Um zu belegen, daß ein bestimmtes Auswahlkriterium den Anforderungen der *Griggs*-Entscheidung genügt, sind verschiedene Methoden entwickelt worden, um die Beziehung zwischen Auswahlkriterium und Leistung in der zu besetzenden Stelle (validation) festzustellen. Dabei erkennt der Supreme Court jedoch nicht jedwede sozialwissenschaftliche Studie als ausreichend an, die einen irgendwie gearteten Zusammenhang zwischen beiden Größen herstellt, sondern verlangt einen nachweisbaren, engen Zusammenhang.⁸⁷ Die Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) und andere Bundesbehörden haben Richtlinien herausgegeben, die näher definieren, welche Methoden der validation von ihnen anerkannt werden.⁸⁸ Folgt der Arbeitgeber diesen Richtlinien, so ist er jedenfalls vor staatlich initiierten Diskriminierungsklagen geschützt; auch die Gerichte haben den Richtlinien insoweit große Bedeutung zuerkannt.⁸⁹

Wie ernst es dem Gerichtshof mit der Überprüfung der Notwendigkeit von Auswahlkriterien auch dann war, wenn der Arbeitgeber deutlich nicht in diskriminierender Absicht handelt, zeigte sich in dem interessanten Fall

85 Zur Verdeutlichung verweist der Supreme Court plastisch auf die Fabel vom Fuchs und der Störchin (S. 431). Deren Inhalt sei kurz zusammengefaßt: Eines Abends lud der Fuchs die Störchin zum Abendessen ein. Der Fuchs servierte zum Abendessen jedoch nur eine dünne Suppe in einem flachen Teller, den er mit seinem breiten Maul zwar leicht auflecken konnte, die Störchin mit ihrem langen, spitzen Schnabel jedoch ging hungrig nach Hause. Bei der Gegeneinladung servierte die Störchin die Suppe in einem Krug mit einem langen dünnen Flaschenhals.

86 S. 431.

87 Vgl. *Albermarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405 (1975).

88 Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, 29 C.F.R. § 1607 (1978).

89 Vgl. noch zur alten Fassung der Guidelines, *Albermarle*, S. 430 ff.

Connecticut v. Teal.⁹⁰ Die Kläger waren Schwarze, die in der Verwaltung von Connecticut nicht befördert worden waren, weil sie durch einen standardisierten Test, dessen enge Beziehung zur Tätigkeit nicht bewiesen werden konnte und der sich negativ für Schwarze auswirkte, durchgesunken waren. Unter denen, die den Test bestanden hatten, wurden aber – augenscheinlich aufgrund eines affirmative action-Programmes⁹¹ – verhältnismäßig mehr Schwarze als Weiße befördert. Der Supreme Court hielt es jedoch nicht für ausreichend, daß die Beförderungspraktiken insgesamt zu rassistisch ausgewogenen Ergebnissen führten. Bestimme ein Test, der gegen Titel VII verstößt, wer überhaupt für eine Beförderung in Frage komme, könne diese Diskriminierung nicht – hinterher – dadurch kompensiert werden, daß der Arbeitgeber aus dieser Gruppe relativ mehr Schwarze als Weiße auswähle. Denjenigen – wie den Klägern –, denen durch die diskriminierende Praxis die Chance auf eine Beförderung genommen worden war, nütze eine solche Kompensation nichts. Auch Teile eines Auswahlverfahrens könnten »künstliche, willkürliche und unnötige Barrieren darstellen«,⁹² auf deren Entfernung das Gesetz ziele.⁹³

In der Folge der *Griggs*-Entscheidung wurden von Gerichten zahlreiche Einstellungspraktiken, die ethnische Minderheiten oder Frauen benachteiligten, als unzulässig angesehen. Hauptsächlich betrafen die Entscheidungen standardisierte Testverfahren,⁹⁴ daneben aber beispielsweise auch Anforderungen an die Größe und das Gewicht der Bewerber⁹⁵ oder an deren Berufserfahrung,⁹⁶ die Nichteinstellung von Personen, die in Haft⁹⁷ bzw. strafrechtlich verurteilt⁹⁸ gewesen waren und die Entlassung von Personen, deren Lohn gepfändet worden war.⁹⁹

Es zeigte sich aber auch, daß die Gerichte vielfach unterschiedlich strenge Kontrollmaßstäbe anwendeten, je nachdem, auf welcher Ebene die zu beset-

90 457 U.S. 440 (1982).

91 Zu affirmative action siehe näher unten S. 233 ff.

92 *Griggs*, S. 431.

93 Vgl. zu *Teal* und dem bottom line principle Scanlan, S. 705 ff.; Chamallas, S. 305 ff.

94 Scanlan, S. 706.

95 Vgl. *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977). Durch Gesetz wurde in Alabama für eine Stelle als Gefängniswärter verlangt, daß der Bewerber zumindest 55 kg schwer und 1,56 m groß war. Diese Mindestanforderungen zusammengekommen schlossen 41,13 % der weiblichen und nur 1 % der männlichen Bevölkerung aus.

96 Vgl. *Grant v. Bethlehem Steel Corp.*, 635 F.2d 1007 (2d Cir. 1980), cert. denied, 452 U.S. 940 (1981); *Fisher v. Proctor & Gamble Mfg. Co.*, 613 F.2d 527 (5th Cir. 1980), cert. denied, 449 U.S. 1115 (1981).

97 Vgl. *Gregory v. Litton Sys., Inc.*, 472 F.2d 631 (9th Cir. 1972).

98 Vgl. *Green v. Missouri Pacific R. R. Co.*, 523 F.2d 1290 (8th Cir. 1975).

99 Vgl. *Wallace v. Debron Corp.*, 494 F.2d 674 (8th Cir. 1974).

zende Stelle anzusiedeln war. Verlangte eine Stelle nur wenig besondere Fähigkeiten und Ausbildung, wurde von Gerichten sehr genau überprüft, ob ein Auswahlkriterium wirklich in enger Beziehung zu der zu besetzenden Stelle stand; handelte es sich dagegen um berufliche Tätigkeiten, die ein hohes Maß an speziellen Fähigkeiten verlangten und deren Ausübung durch einen Unqualifizierten mit erheblichen Risiken verbunden war, gestanden Gerichte dem Arbeitgeber einen weitaus größeren Beurteilungsspielraum zu.¹⁰⁰ So entfaltete die disparate impact theory zunächst kaum Auswirkungen für berufliche Tätigkeiten, die mit einem hohen Maß an Einfluß, Prestige (und hohem Gehalt) verbunden waren, sondern betraf primär einfache Tätigkeiten auf unteren Berufsebenen, den sogenannten »blue collar jobs«.¹⁰¹ Einer der Gründe, weshalb sich die Verhältnisse im Hinblick auf höhere Stellen sehr viel langsamer änderten, war auch, daß sich die disparate impact theory vor allem gegenüber objektiven Auswahlkriterien, insbesondere standardisierten Testverfahren, als wirksam erwies. Gerade Stellen mit größerem Verantwortungsbereich werden aber zumeist aufgrund von Auswahlverfahren vergeben, in die subjektive Bewertungen einfließen.

Hier war lange zwischen verschiedenen Obergerichten streitig gewesen, ob disparate impact-Standards überhaupt auf Auswahlverfahren mit subjektiven Elementen angewendet werden können.¹⁰² Der Supreme Court hat diese Frage bejaht,¹⁰³ da es sonst zu einfach für den Arbeitgeber wäre, jeder Auswahlentscheidung ein persönliches Interview anzuzufügen und sich damit den Anforderungen der *Griggs*-Entscheidung zu entziehen. Grundsätzlich gebe es keinen Anlaß, den disparate impact-Maßstab nicht auf subjektive Auswahlkriterien anzuwenden, da dieser dem Kläger die Möglichkeit geben solle, gegen ein Auswahlverfahren vorzugehen, welches dieselben Ergebnisse produziere wie ein System, das – unerlaubt – absichtlich diskriminiert.¹⁰⁴ Freilich enthält diese Entscheidung auch Formulierungen, die die Unterscheidung zwischen disparate impact und disparate treatment verwischen¹⁰⁵

100 Vgl. *Spurlock v. United Airlines, Inc.*, 475 F.2d 216 (10th Cir. 1972), insb. S. 219. Dieser Entscheidung schlossen sich zahlreiche Gerichte an, Nachweise bei *Davis v. City of Dallas*, 777 F.2d 205 (5th Cir. 1985).

101 Vgl. *Bell, Race*, S. 632 f.; *Bartholet*, S. 959 ff.

102 Vgl. *Atonio v. Wards Cove Packing Co. Inc.*, 810 F.2d 1477 (9th Cir. 1987) mit *Pouncy v. Prudential Ins. Co.*, 668 F.2d 795 (5th Cir. 1982); weitere Nachweise dazu, wie Courts of Appeals zu dieser Frage Stellung nahmen in *Atonio*, S. 1480 Anm. 1.; vgl. auch *Lamber, Discretionary Decisionmaking*, S. 880 ff.

103 *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 108 S.Ct. 2777 (1988); vgl. dazu *Feldstein; Alessandra*.

104 A.a.O., S. 2786 f. (plurality opinion)

105 Vgl. a.a.O., S. 2787 ff.

und beweisrechtliche Erleichterungen für den Kläger zurücknehmen, so daß fraglich scheint, ob die *Watson*-Entscheidung insgesamt disparate impact-Klagen erleichtert oder erschwert. Vier Richter deuten in ihrem Votum zumindest an, daß sie mit dem disparate impact-Standard, wie er sich seit der *Griggs*-Entscheidung entwickelt hat, nicht ganz zufrieden sind.¹⁰⁶ Nach der Ernennung eines neuen Richters wird in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 die in der *Watson*-Entscheidung angelegte Tendenz der Erhöhung der Beweisanforderungen für den Kläger nun mit einer Mehrheit von fünf Richtern – trotz heftiger Kritik der vier dissentierenden Richter – fortgesetzt, ohne aber die bisherigen Maßstäbe vollkommen zu verwerfen.¹⁰⁷ Ob damit eine grundsätzliche Änderung der bisherigen disparate impact-Rechtsprechung eingeleitet wurde, kann erst die weitere Entwicklung zeigen.

2. Equal Protection-Klausel

Mit *Washington v. Davis*¹⁰⁸ erreichte ein Fall den Supreme Court, der den unter Titel VII erfolgreichen disparate impact-Fällen sehr ähnelt. Die Kläger im *Davis*-Fall konnten sich aber nur auf eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes berufen, da sie sich durch einen öffentlichen Arbeitgeber diskriminiert sahen und diese erst seit 1972 an Titel VII gebunden sind; der Streitfall entstand vor diesem Zeitpunkt. Der District of Columbia verlangte für die Aufnahme in den Polizeidienst das Bestehen des sogenannten Tests 21, der verbale Fähigkeiten der Bewerber prüfen sollte. Den für Titel VII verlangten Anforderungen an die enge Beziehung zwischen Auswahlkriterium und Leistung in der zu besetzenden Stelle genügte Test 21 nicht. Der Court of Appeals hatte deshalb auch der Klage stattgegeben.

Der Supreme Court hob jedoch die Entscheidung des Court of Appeals auf und stellte recht lapidar fest, er habe nie entschieden, daß der Standard für Titel VII auch der verfassungsrechtliche Standard sei, und er wolle auch heute solches nicht entscheiden.¹⁰⁹ Für einen Verstoß gegen die equal protection-Klausel¹¹⁰ sei der Nachweis einer diskriminierenden Absicht unumgänglich. Zwar könne auf die diskriminierende Absicht häufig unter Berücksichtigung

106 Die Richter O'Connor, White, Scalia und Rehnquist in der plurality opinion (S. 2786 ff.).

107 *Wards Cove Packing Company v. Atonio*, 109 S.Ct. 2115 (1989).

108 426 U.S. 229 (1976).

109 S. 238 f.

110 Bzw. des entsprechend ausgelegten due process-Elements des 5. Amendments, siehe oben S. 208.

der Gesamtheit der Tatsachen, darunter auch der unterschiedlichen Auswirkungen, geschlossen werden, doch diese, für sich genommen, lösten nicht die intensivste verfassungsrechtliche Kontrolle aus.¹¹¹ Solche Maßnahmen unterliegen nur dem rational basis test.¹¹²

Seit *Davis* steht fest, daß »rassenneutrale« Regelungen gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nur dann verstößen, wenn sie auf einer diskriminierenden Absicht beruhen. Problematisch und offen blieb jedoch, was eine solche diskriminierende Absicht (discriminatory intent) genau ausmacht. Hierzu nahm der Supreme Court in der Entscheidung *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*¹¹³ Stellung und führte aus, daß zum Nachweis einer diskriminierenden Absicht allein das Wissen um die Unvermeidbarkeit der negativen Auswirkungen auf den besonders geschützten Personenkreis nicht ausreiche. Die Verwaltung von Massachusetts gab Veteranen für die gesamte Dauer ihrer Lebenszeit absoluten Vorrang bei der Einstellung oder Beförderung, wenn sie bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllten. Wer Veteran war, war »geschlechtsneutral« formuliert, dennoch kann es kaum überraschen, daß mehr als 98 % der privilegierten Veteranen dem männlichen Geschlecht angehörten, und immerhin über ein Viertel der Einwohner von Massachusetts diesen Veteranenstatus genossen. Die Klägerin war über 12 Jahre lang nicht befördert worden, obwohl sie sich bei der Bewerbung um verschiedene höhere Posten als qualifizierter als die stattdessen beförderten Veteranen gezeigt hatte. Der Supreme Court gab zu, daß es »unaufrichtig wäre zu sagen, daß die nachteiligen Konsequenzen dieser Gesetzgebung für Frauen unbeabsichtigt in dem Sinne waren, daß sie nicht gewollt oder in dem Sinne, daß sie nicht vorhersehbar waren«.¹¹⁴ »Discriminatory purpose« verlange aber mehr; der Gesetzgeber müsse eine bestimmte Maßnahme zumindest »wegen« und nicht »trotz« der benachteiligenden Auswirkungen auf eine bestimmte Gruppe ergreifen.¹¹⁵ Dolus eventualis soll also nicht ausreichen.

Die Rechtsprechung des Supreme Court, die eine diskriminierende Absicht für Verstöße gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verlangt, ist heftiger Kritik, nicht zuletzt in den Sondervoten zu *Davis* und *Feeney*, unter-

111 S. 242.

112 S. 247 f.

113 442 U.S. 256 (1979). Diese Entscheidung erging zwar zum Merkmal Geschlecht. Doch wurden auf sie dieselben Kriterien angewendet, und der Supreme Court selbst sah sie als Fortentwicklung seiner disparate impact-Rechtsprechung auf Verfassungsebene; ausführlicher zur Diskriminierung nach dem Geschlecht unten S. 288 ff.

114 S. 278.

115 S. 279.

zogen worden.¹¹⁶ Zum einen bleibt bis heute weitgehend ungeklärt, was eine diskriminierende Absicht genau darstellt und vor allem, aus welchen Indizien auf eine solche geschlossen werden darf.¹¹⁷ Auch die Rolle, die Statistiken über die unterschiedlichen Auswirkungen auf rassistische Gruppen für den Nachweis einer diskriminierenden Absicht spielen, ist keinesfalls eindeutig.¹¹⁸ Allein, daß es nach der Rechtsprechung des Supreme Court auf der verfassungsrechtlichen Ebene des – wie immer gearteten – Nachweises einer Diskriminierungsabsicht bedarf, steht fest.

Zum anderen aber bleibt die grundsätzliche Auseinandersetzung unvermindert aktuell, ob einfachgesetzliche oder verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote wegen der Rasse auch das Verbot von Maßnahmen umfassen, die sich – ohne das Merkmal der Rasse zu verwenden – negativ auf die besonders geschützte Gruppe auswirken. Letztlich geht es um unterschiedliche Ansichten darüber, worauf der rechtliche Schutz vor Diskriminierung eigentlich zielt. Geht es um ein Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale oder geht es um den Schutz der (bisher) benachteiligten Gruppe?¹¹⁹ Auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit von affirmative action-Maßnahmen, die im folgenden zu analysieren sein werden, kommt es auf diese Grundfrage an.

II. Affirmative action

Vor dem Hintergrund der jahrhundertelangen Unterdrückung der Schwarzen entstand – nachdem die Bürgerrechtsbewegung auch das Gewissen des weißen Amerika bewegt hatte – das Bedürfnis nach affirmative action, deren Grundgedanken Präsident Johnson in seiner berühmt gewordenen Rede, gehalten 1965 aus Anlaß der Graduierungsfeier der Howard Universität, Ausdruck verlieh:

»You do not take a person, who for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say, ›You are free to compete with all the others,‹ and still justly believe that you have been completely fair.

116 Zum Beispiel nennt Bell die Davis-Entscheidung »[p]erhaps the most frustrating employment discrimination case ever decided« (Race, S. 627); vgl. auch Tribe, Constitutional Law, S. 1512 ff.; Perry, S. 540 ff.; Stone u.a., S. 546 ff.

117 Vgl. Tribe, Constitutional Law, S. 1502 ff.

118 Vgl. z.B. aus neuerer Zeit McCleskey v. Kemp, 107 S.Ct. 1756 (1987): eine statistische Studie hatte starke Diskrepanzen in der Verhängung der Todesstrafe gegenüber Schwarzen und Weißen bewiesen. Der Schwarze, der darauf gestützt seine Verurteilung zur Todesstrafe angriff, blieb erfolglos; vgl. dazu Kennedy, McCleskey.

119 Dazu näher unten S. 274 ff.

Thus it is not enough just to open the gates of opportunity. All of our citizens must have the ability to walk through those gates.

This is the next and more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom but opportunity – not just legal equity, but human ability – not just equality as a right and a theory, but equality as a fact and as a result.¹²⁰

Was affirmative action ungefähr bedeutet, macht Johnsons Rede deutlich: es geht um zusätzliche, positive, über die bloße Abschaffung diskriminierender Regelungen hinausgehende Maßnahmen. Darüberhinaus gewinnt der Begriff in der amerikanischen Diskussion jedoch kaum klarere Konturen, von nicht zuletzt die terminologische Vielfalt zeugt. Neben affirmative action finden sich in der Literatur beispielsweise: »affirmative discrimination«, »affirmative treatment«, »benign classification«, »benign treatment«, »preferential treatment«, »special treatment«, »benign discrimination«, »reverse discrimination«. Zumeist werden die Begriffe synonym verwendet; häufig, wenn auch nicht zwingend, gibt aber schon die Wahl des Begriffes einen Hinweis auf die Haltung des Verfassers. In der Regel deuten »reverse« und »discrimination« auf eine gegen solche Maßnahmen gerichtete Einstellung des Autors hin, während die Verwendung von »affirmative« und »treatment« eher für seine positive Haltung sprechen. Manche Autoren hinwiederum unterscheiden zwischen den Begriffen und bezeichnen ihres Erachtens zulässige Maßnahmen mit »affirmative action«, ihres Erachtens unzulässige mit »reverse discrimination«.

Der Kampf um die Besetzung der Begriffe, so wichtig er für die politische Diskussion ist, soll hier nicht weiter verfolgt werden. In der folgenden Untersuchung wird der Begriff affirmative action »neutral« verwendet, d.h. ohne damit Zulässigkeit oder Unzulässigkeit zu implizieren. Außerdem wird affirmative action, wie es wohl der amerikanischen Diskussion am ehesten entspricht, in weitem Sinne verstanden und meint alle Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, über das bloße Unterlassen von Diskriminierung hinaus, in

120 Zit. nach Eastland/Bennett, S. 6; übersetzt: »Man nimmt nicht einen Menschen, der jahrelang in Ketten lag, befreit ihn, bringt ihn zur Startlinie eines Rennens und sagt dann: ›Du bist frei, mit all den anderen in Wettbewerb zu treten‹, und kann dann noch mit Recht glauben, man sei vollkommen fair gewesen. Demgemäß ist es nicht genug, nur die Tore zu Chancen zu öffnen. All unsere Bürger müssen auch die Möglichkeit haben, durch diese Tore zu gehen. Dies ist die nächste und grundlegendere Stufe des Kampfes um Bürgerrechte. Wir erstrebten nicht nur Freiheit, sondern Chancen – nicht nur rechtliche Billigkeit, sondern menschliche Fähigkeit – nicht nur Gleichheit als rechtlich und theoretisch gegebene, sondern Gleichheit als Tatsache und als Ergebnis.«

der Vergangenheit schwerwiegend benachteiligte Gruppen besonders zu fördern.¹²¹

Obwohl die Definition von affirmative action weit gefaßt ist, so gilt es doch herauszustellen, daß sie den Bereich, den die Reagan-Administration in den letzten Jahren immer wieder als die einzige zulässige Form von affirmative action bezeichnet und vor dem Supreme Court vertreten hat,¹²² nicht umfaßt. Es handelt sich um die Fälle, in denen ein spezifischer Arbeitgeber gegen einen bestimmten oder jedenfalls bestimmbaren Kreis von Angehörigen ethnischer Minderheiten diskriminierte, sie nicht einstellte und nun darauf verpflichtet wird, eben diese genau bekannten Personen einzustellen. Diese Fälle ebenfalls unter den Begriff affirmative action zu fassen, trägt nur zur Verwirrung bei, da es hier – im amerikanischen Kontext, der insoweit über die Regelungen in der Bundesrepublik hinausgeht – allein um Fragen der Ausgestaltung des Schadensersatzes bei unerlaubter diskriminierender Handlung geht. Bedeutet der Begriff affirmative action mehr als ein Diskriminierungsverbot, so bedeutet er aber auch mehr als die aus einer Verletzung des Diskriminierungsverbots entstandene Wiedergutmachungspflicht.¹²³

Die Maßnahmen, die zu affirmative action zählen, verbindet vor allem ihre Zielrichtung, tatsächliche Gleichheit herzustellen. Die Art der Maßnahmen ist dabei vielfältig. Viele der Vorschläge, die in der Bundesrepublik als Frauenfördermaßnahmen diskutiert werden, sind in den USA schon ausprobiert worden. Dabei hat sich in den USA sehr viel schneller als in der Bundesrepublik die Bedeutung von Quoten durchgesetzt, was nicht zuletzt daran gelegen haben mag, daß die Amerikaner schnell meßbare Ergebnisse sehen wollten. Man wollte den Schwarzen nicht nur Chancen anbieten, sondern ihnen auch die tatsächliche Möglichkeit garantieren, sie wahrzunehmen.

Vor allem zwei Bereiche waren es, auf die sich die Versuche, Schwarzen angemessene Chancen über affirmative action zu verschaffen, konzentrierten:

121 Affirmative action beschränkt sich also nicht auf die Gruppe der Schwarzen; in der Praxis beziehen die meisten affirmative action-Pläne Angehörige ethnischer Minderheiten, wie z.B. Puerto-Ricaner, Personen hispanischer, indianischer und asiatischer Herkunft, und Frauen ein. Dennoch konzentriert sich die Diskussion um affirmative action – paradigmatisch – auf die Situation der Schwarzen. In der Diskussion ihrer Lage kristallisieren sich die Probleme am deutlichsten heraus, außerdem vereinfacht es die sprachliche Behandlung. Auch im folgenden werden die Schwarzen stellvertretend für alle betroffenen Gruppen stehen. Zu den Besonderheiten der Übertragbarkeit auf Frauen unten S. 288 ff.

122 Vgl. dazu mit Nachweisen Sullivan, S. 79 f.

123 Vgl. dazu Franks v. Bowman Transportation Co., Inc., 424 U.S. 747 (1976). Der Supreme Court billigte die Entscheidung der unteren Instanz, die einer Gruppe schwarzer Lastwagenfahrer, die von dem Bowman-Transportunternehmen diskriminiert worden waren, rückwirkend ein höheres Dienstalter zuerkannte.

(Universitäts-)Ausbildung und Beschäftigungsmöglichkeiten. Ursprünglich waren mit affirmative action primär Maßnahmen gemeint, die sich darauf richteten, Schwarze als Bewerber für Arbeits- und Ausbildungsplätze zu gewinnen. Man versuchte, Stellenangebote stärker publik zu machen oder speziell Schwarze auf offene Stellen hinzuweisen. Begleitet wurden diese Maßnahmen teilweise von besonderen Förderkursen für Angehörige rassischer Minderheiten. Die Zulässigkeit dieses Bereichs von affirmative action-Maßnahmen wird kaum bestritten; überwiegend werden sie begrüßt.

Die eigentliche Kontroverse begann, als Firmen und Universitäten dazu übergingen, Zielvorgaben für die Anzahl von Angehörigen ethnischer Minderheiten und Zeitpläne für deren Durchsetzung zu entwickeln. Vielfach werden affirmative action-Pläne freiwillig im privaten Bereich, z.B. durch Verhandlungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern, angenommen. Doch insgesamt spielte die öffentliche Hand bei dem weitverbreiteten Einsatz von affirmative action eine wesentliche Rolle. Durch Verordnungen der Exekutive wurden Vertragspartner der öffentlichen Hand auf affirmative action verpflichtet; dies erfolgte zuerst 1961 durch eine Executive Order von Präsident Kennedy,¹²⁴ vor allem aber durch Johnsons Executive Order Nr. 11246.¹²⁵ Da zahlreiche Firmen Aufträge für die öffentliche Hand ausführen und fast alle Universitäten staatliche Zuschüsse erhalten, haben affirmative action-Programme in Amerika weite Verbreitung gefunden, und erste Erfolge zeichnen sich ab. Zwar wird fast durchgängig Kritik an der Ausgestaltung der Verfahren – insbesondere der Verfahren der Überwachung – geübt, deutlich treten aber die signifikanten positiven Auswirkungen hervor, die affirmative action für die betroffenen Gruppen im Arbeitsleben hatte.¹²⁶

Fast alle der typischen Konfliktsituation aus den verschiedenen Bereichen, in denen Interessen von Schwarzen und von Weißen bei affirmative action kollidieren, sind inzwischen Gegenstand von Supreme Court-Entscheidungen gewesen. Die Sachverhalte geben einen guten Überblick über die Bandbreite möglicher affirmative action-Programme sowie über ihre konkrete Ausge-

124 Nr. 10925 vom 6.3.1961, die »affirmative steps« verlangte.

125 Vom 24.9.1965, die durch Order Nr. 11375 vom 13.10.1967 auf Frauen erweitert wurde. 41 C.F.R. 41 § 60-2.10: »An acceptable affirmative action program must include an analysis of areas within which the contractor is deficient in the utilization of minority groups and women, and further, goals and timetables to which the contractor's good faith efforts must be directed to correct the deficiencies and, thus to achieve prompt and full utilization of minorities and women, at all levels and in all segments of its work force where deficiencies exist.«

126 Kennedy, Persuasion, S. 1329 mit zahlreichen Nachweisen.

staltung in verschiedenen Bereichen. Dies ist für die Diskussion in der Bundesrepublik von Interesse, da hier praktische Erfahrungen noch weitgehend fehlen.

Auch unter rechtlichen Gesichtspunkten bietet sich eine weitgehend chronologische Darstellung der tragenden Entscheidungsgründe an. Die affirmative action-Rechtsprechung fiel in die letzten zehn Jahre und damit in eine Zeitspanne, in der sich politische Zusammensetzung und Ausrichtung des Supreme Court wesentlich verändert haben. Präsident Reagan konnte ein Drittel der Richterstellen am Supreme Court sowie die Position des Chief Justice neu besetzen¹²⁷ und trug mit seiner Besetzungspraxis wesentlich zur konservativen Wende in den letzten Jahren bei.¹²⁸ Die neue konservative Ausrichtung zeigte sich in Änderungen der Rechtsprechung des obersten amerikanischen Gerichts in zahlreichen Bereichen und wirkte sich naturgemäß auch auf ein politisch so umstrittenes Thema wie affirmative action aus.

Keine der affirmative action-Entscheidungen ist einstimmig ergangen; häufig konnte sich die Mehrheit der Richter nur auf das Ergebnis, nicht aber auf eine Begründung einigen. Viele der Entscheidungen enthalten zahlreiche Voten, zustimmende und abweichende einzelner oder mehrerer Richter. Selbst das Votum des Richters, welcher eigentlich die Begründung der Mehrheit formulieren sollte, stellt oftmals eine Mischung aus vom Gericht in seiner Mehrheit angenommenen und nur von ihm, bzw. von ihm und einigen anderen Richtern, vertretenen Positionen dar. Die Rechtsprechungsanalyse kann sich daher im Regelfall nicht auf die »Meinung des Gerichts« beschränken, sondern muß sich häufig mit der Argumentation einzelner Richter auseinandersetzen.¹²⁹ Das Augenmerk gilt dabei vor allem drei Fragestellungen:

1. Abhängig von der Konstellation im Einzelfall hatte der Supreme Court affirmative action-Maßnahmen teils anhand des Gleichheitssatzes der Verfassung, teils anhand des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 zu überprüfen. Es wird

127 Von den neun Richtern am Supreme Court im Jahre 1989 hatte Präsident Reagan drei ernannt: die Richterin O'Connor, die Richter Scalia und Kennedy, und machte Richter Rehnquist zum Chief Justice. Zwar kommt dem Senat nach Art. II, Sec. 2 [2] das Recht der Zustimmung zu, doch wird dies traditionell nur sehr zurückhaltend gehandhabt. Bei der Besetzung der letzten genannten Richterstellen wurde zwar einem vorgeschlagenen Kandidaten (Robert Bork) die Zustimmung versagt, dennoch bleibt der Einfluß des Senats begrenzt im Hinblick auf die Tradition und das Vorschlagsrecht des Präsidenten. Ein zweiter Kandidat, Douglas Ginsburg, schied schon aus, bevor es zur offiziellen Nominierung kam.

128 Vgl. dazu Tribe, Honorable Court.

129 Vgl. zu einem Einblick in die Arbeitsweise des Supreme Court: Woodward/Armstrong.

daher zu beachten sein, ob und inwieweit sich die Kriterien der Zulässigkeit von affirmative action je nach Prüfungsgrundlage unterscheiden.

2. Bei der Zulässigkeit von affirmative action stellt sich zunächst die Frage, ob Weiße in gleichem Umfang wie Schwarze geschützt sind. Unterliegen auf die Rasse abstellende Maßnahmen, die Schwarze fördern, denselben Kriterien wie sie benachteiligende Regelungen? In die Dogmatik der equal protection-Klausel übersetzt, heißt dies zu fragen, auf welcher Ebene im dreistufigen gleichheitsrechtlichen Prüfungsmaßstab die Überprüfung von affirmative action anzusiedeln ist:¹³⁰ unterfallen affirmative action-Maßnahmen der strict scrutiny, die bisher bei Differenzierungen nach der Rasse angewendet wurde, oder ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle hier weniger intensiv?

3. Schließlich wird zu beachten sein, welche Gründe der Supreme Court zur Rechtfertigung von affirmative action heranzieht bzw. welchen Gründen er rechtfertigende Wirkung abspricht. Hieraus lassen sich gewisse Kriterien für die Zulässigkeit und Unzulässigkeit bestimmter Formen von affirmative action einerseits und andererseits Kriterien dafür gewinnen, unter welchen Bedingungen Institutionen berechtigt sind, affirmative action-Pläne zu entwickeln.

1. Die Bakke-Entscheidung

Die erste und zugleich die berühmteste Entscheidung des Supreme Court zu affirmative action ist die Entscheidung im Fall *Regents of the University of California v. Bakke*.¹³¹ Die Konstellation im *Bakke*-Fall ist typisch für die Konfliktsituation, die affirmative action bei der Vergabe von Studienplätzen mit sich brachte. Abgewiesene weiße Bewerber machten geltend, daß sie allein wegen ihrer Hautfarbe nicht zum Studium angenommen werden seien, und fühlten sich dadurch in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt.¹³²

130 Siehe zur verfassungsrechtlichen Dogmatik oben S. 208 ff.

131 438 U.S. 265 (1978); auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1978, S. 522; vgl. dazu Hauser, Rassengleichheit, S. 542 und Besprechung von Beyerlin, Umgekehrte Rassendiskriminierung; aus dem nahezu unübersehbaren amerikanischen Schrifttum vgl. insbesondere: Tribe, Perspectives on Bakke, sowie die Aufsätze zum Symposium in 67 California L. Rev. (1979); zum Hintergrund der Entscheidung: Dreyfuss/Lawrence; mit einer ausführlichen Darstellung des Zustandekommens der Entscheidung im Supreme Court: B. Schwartz.

132 Schon 1974 hätte der Supreme Court Gelegenheit gehabt, eine Entscheidung in diesem Bereich zu fällen: DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974). Da die juristische Fakultät der Universität von Washington dem damals abgewiesenen Bewerber Marco deFunis nicht nur während des Rechtsstreits das Studium gestattet, sondern auch die Möglichkeit eines Ab-

Der *Bakke*-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Die medizinische Fakultät der Universität von Kalifornien in Davis wählte ihre Studenten in zwei getrennten, voneinander relativ unabhängigen Verfahren aus. Im allgemeinen Aufnahmeverfahren wurden Bewerber, deren Noten aus dem College einen bestimmten Durchschnitt nicht erreichten, automatisch aus dem weiteren Verfahren ausgeschieden. Etwa jeder sechste Bewerber wurde sodann zu Gesprächen mit mehreren Fakultätsmitgliedern eingeladen, die ihn nach ihrem Gesamteindruck numerisch bewerteten. In diese Punktzahl flossen sowohl objektive Kriterien, wie Notendurchschnitt und Testergebnisse, als auch der im Gespräch und aus den eingesandten Unterlagen gewonnene Gesamteindruck von der Persönlichkeit des Bewerbers ein. Dabei wurden die Bewerber nicht strikt gemäß der so errechneten Punktzahl zugelassen; dem Auswahlkomitee und seinem Vorsitzenden stand ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.

Um die Defizite auszugleichen, die sich in den ersten beiden Jahren seit Gründung der medizinischen Fakultät ergaben – von insgesamt 100 Studienanfängern war im allgemeinen Auswahlverfahren nur ein Schwarzer aufgenommen worden –, hatte die Universität 16 Studienplätze für Angehörige von Minderheiten, die ökonomisch und/oder bildungsmäßig benachteiligt waren, bereitgestellt, die in einem speziellen Auswahlverfahren vergeben wurden.¹³³ Für das spezielle Auswahlverfahren war ein Sonderausschuß zuständig, und es gab keinen Mindestnotendurchschnitt zu erreichen. Ansonsten war das Auswahlverfahren ähnlich wie das allgemeine ausgestaltet. Ein Vergleich zwischen den Bewerbern beider Gruppen fand nicht statt.

Allan Bakke, ein Weißer, hatte sich 1973 und 1974 erfolglos um einen Medizinstudienplatz in Davis bemüht. Sein Notendurchschnitt, die Testergebnisse und die nach den Interviews verteilten Punkte lagen deutlich über dem Durchschnitt der im speziellen Auswahlverfahren zugelassenen Personen.¹³⁴ Nach seiner zweiten Ablehnung im Jahre 1974 erhob Bakke Klage beim

schlusses garantiert hatte, sah der Supreme Court die Streitfrage als erledigt an und ließ die Klage an der Zulässigkeit scheitern; dies freilich erst nach der mündlichen Verhandlung und unter heftiger Kritik von Richter Douglas.

133 1973 wurden diejenigen Bewerber im speziellen Auswahlverfahren geprüft, die auf dem Bewerbungsformular angaben, daß sie sich als »ökonomisch und/oder bildungsmäßig benachteiligt« betrachteten; 1974 diejenigen, die sich als Angehörige von Minderheiten bezeichneten, wozu die Fakultät augenscheinlich Schwarze, Amerikaner hispanischer Abstammung, Asiaten und Indianer zählte. Aber auch 1973 waren trotz der neutraleren Formulierung nur Angehörige von Minderheiten erfolgreich gewesen.

134 Seine Ergebnisse lagen freilich auch, wenn auch nicht so deutlich, über denen einiger im allgemeinen Verfahren zugelassener Bewerber.

Superior Court von California, auf die die Berufung zum Obersten Gericht von Kalifornien folgte. Beide Instanzen waren sich darin einig, daß das spezielle Auswahlverfahren der Universität in Davis verfassungswidrig sei; das Berufungsgericht ordnete zudem die Zulassung Bakkes zum Medizinstudium an.

Der Supreme Court bestätigte die Berufungsentscheidung teilweise, teils hob er sie auf, ohne daß sich die Richter auf eine gemeinsame Begründung einigen konnten. Richter Powell bestimmte, obwohl sich kein anderer Richter seiner Argumentation anschloß, maßgeblich das Ergebnis. Zusammen mit den Richtern Stevens, Burger, Rehnquist und Stewart kam er zu dem Schluß, daß das spezielle Auswahlverfahren der Universität unzulässig und Bakke zum Medizinstudium zuzulassen sei. Zusammen mit den Richtern Brennan, White, Marshall und Blackmun hob er die vorinstanzliche Entscheidung insoweit auf, als sie der Universität auch für die Zukunft untersagte, die Rasse eines Bewerbers bei der Vergabe von Studienplätzen zu berücksichtigen.

Der Gerichtshof setzte sich mit drei Fragenkomplexen auseinander: mit Bedeutung und Inhalt der einfachgesetzlichen Vorschrift des VI. Titels des Civil Rights Act von 1964, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ungleichbehandlungen, die die Beseitigung der Folgen früherer Rassendiskriminierung bezwecken, sowie der Zulässigkeit der konkreten Ausgestaltung des Auswahlverfahrens der kalifornischen Universität.

Titel VI des Civil Rights Act von 1964 garantierte damals im entscheidenden Absatz u.a., daß niemandem wegen seiner Rasse, Hautfarbe oder nationalen Herkunft die Vorteile eines Programmes, welches finanzielle Unterstützung aus Bundesmitteln erhält, untersagt werden dürfen.¹³⁵ Für das Votum von Richter Stevens¹³⁶ war der Fall durch einfache Subsumtion zu lösen. Unbestritten erhielt die Universität in Davis Bundesmittel, ebenso eindeutig scheint ihm, daß Bakke vom Medizinstudium – einem Programm im Sinne des Gesetzes – wegen seiner Rasse durch das spezielle Auswahlverfahren ausgeschlossen wurde. Die Gesetzgebungsgeschichte sieht Stevens als Bestärkung der »natürlichen Bedeutung«¹³⁷ des Wortlautes; das spezielle Auswahlverfahren der Universität verstößt nach seiner Ansicht eindeutig gegen

135 Wortlaut des § 42 U.S.C. § 2000 d: siehe oben S. 222.

136 Dem sich die Richter Burger, Stewart und Rehnquist anschließen.

137 A.a.O., S. 418

das einfache Gesetz. Zu verfassungsrechtlichen Fragen nimmt die Stevens-Gruppe somit konsequenterweise gar nicht mehr Stellung.¹³⁸

Die weitere Erörterung beschränkt sich daher auf die Positionen Powells und der Brennan-Gruppe. Diese fünf Richter lesen die Entstehungsgeschichte von Titel VI anders. Ihnen erscheint klar, daß es dem Kongreß zum Zeitpunkt des Erlasses des Bürgerrechtsgesetzes allein um Maßnahmen zur Abschaffung der Diskriminierung von Schwarzen ging. Es habe 1964 keinen Anlaß gegeben, über hypothetische affirmative action-Maßnahmen zugunsten von Schwarzen nachzudenken. Trotz einiger Passagen in der Parlamentsdebatte, die von »Blindheit gegenüber der Hautfarbe« (colorblindness) sprechen, ergebe die Gesetzgebungsgeschichte insgesamt, daß Titel VI den verfassungsrechtlichen Standard inkorporiere.¹³⁹

Die fünf Richter, die zu den verfassungsrechtlichen Fragen Stellung nehmen, sind sich – ganz in der Tradition der amerikanischen Rechtsprechung¹⁴⁰ – darin einig, daß die equal protection-Klausel kein absolutes Differenzierungsverbot wegen der Rasse enthalte, rassische Klassifizierungen also nicht per se verfassungswidrig sind.¹⁴¹ Umstritten war zwischen Powell und der Brennan-Gruppe jedoch die Frage nach der angemessenen Prüfungsintensität. Differenzierungen wegen der Rasse zum Nachteil der Schwarzen werden dem strict scrutiny-Standard unterworfen. Bei der Auseinandersetzung darüber, ob rassische Differenzierungen zugunsten von Schwarzen verfassungsrechtlich anderen Kriterien unterworfen sind, ist das Verständnis von Funktion und Schutzzweck der besonderen Gleichheitsrechte von entscheidender Bedeutung. Soll der einzelne vor der Verwendung bestimmter Merkmale geschützt werden, kommt es auf die Frage, zu wessen Lasten oder Gunsten differenziert wird, nicht an. Dienen die besonderen Gleichheitssätze dagegen dem Schutz bestimmter, bisher benachteiligter Gruppen, ist es konsequent, unterschiedliche Kriterien anzulegen, je nachdem, ob eine Maßnahme Schwarze oder Weiße nachteilig trifft. Die unterschiedlichen Auffassungen hierzu kommen in den Voten von Powell und der Brennan-Gruppe deutlich zum Ausdruck.

138 A.a.O., S. 411 f. unter Berufung auf die Doktrin, daß die Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen zu vermeiden sei, wenn der Fall auf einfachgesetzlicher Ebene entschieden werden kann.

139 Powell, S. 287; die Brennan-Gruppe nimmt jedenfalls eine Übereinstimmung von gesetzlichem und verfassungsrechtlichem Standard »as applied to the case« (S. 328) an, setzt die Akzente aber schon insoweit deutlich anders als Powell.

140 Selbst bei strict scrutiny kann ein »compelling state interest« eine Differenzierung rechtfertigen, vgl. dazu den Überblick oben S. 208 ff.

141 Powell, S. 287; Brennan, S. 355 f.

Powell spricht sich eindeutig für ein Verständnis der equal protection-Klausel als individualrechtliches Differenzierungsverbot aus. Er beruft sich auf den Wortlaut der equal protection-Klausel, die dem einzelnen Gleichbehandlung garantiert,¹⁴² sowie auf die Gleichheitsrechten immanente Symmetrie.¹⁴³ Alle Menschen hätten einen Anspruch auf Gleichbehandlung; es könne mit den vielzitierten Worten von Bickel nicht darauf ankommen, »wessen Ochse aufgespießt wird«.¹⁴⁴ Bewegt Powell zum einen die Vorstellung, daß Differenzierung nach der Rasse für alle Personen gleichermaßen problematisch ist, so hat er auch Zweifel daran, daß es mit verfassungsrechtlichen Methoden möglich sein soll, benachteiligte Gruppen zu identifizieren und den verfassungsrechtlichen Schutz, der ihnen zukommt, danach auszugestalten. Er verweist darauf, daß sich auch die weiße Mehrheit aus Minderheiten zusammensetzt, die teilweise selbst erhebliche Benachteiligung zu erleiden hätten. Schon die Bestimmung, wer Mehrheit und wer Minderheit sei, verlange politische und soziologische Untersuchungen und Wertungen; dies könne nicht in die Kompetenz von Gerichten fallen.¹⁴⁵ Nach Powells Ansicht unterfallen affirmative action-Maßnahmen daher dem strikten Prüfungsmaßstab.

Die Brennan-Gruppe sieht dagegen in der equal protection-Klausel nicht grundsätzlich das Verbot eines Merkmals, sondern fragt nach den Gründen, weshalb in der bisherigen Rechtsprechung bestimmte Klassifizierungen dem höchsten Maß an gerichtlicher Kontrolle unterzogen wurden. Die Richter stellen zunächst fest, daß Weiße – anders als Schwarze – keine Gruppe sind, die besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen. Weder seien Weiße als Gruppe jemals in der Geschichte bewußter Diskriminierung ausgesetzt worden, noch nähmen sie eine Position politischer Machtlosigkeit ein, die es erforderlich machen könnte, sie vor den politischen Entscheidungen

142 »It is settled beyond question that the rights created by the first section of the Fourteenth Amendment are, by its terms, guaranteed to the individual. The rights established are personal rights« (a.a.O., S. 289 – unter Berufung auf Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948), S. 22).

143 »The guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are not accorded the same protection, then it is not equal«, a.a.O., S. 289 f.

144 »The lesson of the great decisions of the Supreme Court and the lesson of contemporary history have been the same for at least a generation: discrimination on the basis of race is illegal, immoral, unconstitutional, inherently wrong, and destructive of democratic society. Now this is to be unlearned and we are told that this is not a matter of fundamental principle but only a matter of whose ox is gored. Those for whom racial equality was demanded are to be more equal than others. Having found support in the Constitution for equality, they now claim support for inequality under the same Constitution«, Bickel, S. 133.

145 Powell, a.a.O., S. 295 ff.

der Mehrheit zu schützen.¹⁴⁶ Auch würden Weiße durch affirmative action-Maßnahmen nicht etwa stigmatisiert oder zur minderwertigen Rasse deklariert. Strict Scrutiny scheint der Brennan-Gruppe daher nicht angemessen. Andererseits halten sie es auch nicht für ausreichend, affirmative action nur auf der niedrigsten Stufe verfassungsgerichtlicher Kontrolle, dem rational basis-Test, anzusiedeln. Auch Gesetze, die vorgeben, einer bisher diskriminierten Gruppe zu helfen, können in Wirklichkeit zu ihrem Nachteil sein; die Brennan-Gruppe erinnert an dem patriarchalischen System entstammende »Bevorzugungen« von Frauen.¹⁴⁷ Auch stimmt sie skeptisch, daß Rasse ein angeborenes, unveränderliches Merkmal ist, dessen Verwendung dem tiefen Glauben widerspricht, daß nachteilige Rechtsfolgen eine Beziehung zu persönlicher Verantwortlichkeit aufweisen müssen.¹⁴⁸ Dem Gesetzgeber könne daher nicht völlige Freiheit gelassen werden; ihnen scheint deshalb der mittlere Standard gerichtlicher Kontrolle angemessen.

Die Universität hatte zur Rechtfertigung ihres affirmative action-Programmes vorgetragen, daß es zur Behebung (remedy) vergangener gesellschaftlicher Diskriminierung notwendig sei. Der Brennan-Gruppe scheint diese Rechtfertigung jedenfalls dann ausreichend, wenn angenommen werden könne, daß die Unterrepräsentation von Minderheiten substantiell und chronisch sei und die nachteiligen Auswirkungen sich als Fortwirkung vergangener Diskriminierung darstellten.¹⁴⁹ Ob solche Diskriminierung vom Entscheidungsträger selbst oder von der Gesellschaft insgesamt begangen worden sei, sei unerheblich.¹⁵⁰ All diese Kriterien sehen sie hier als erfüllt¹⁵¹ und die Zweck-Mittel-Relation als gewahrt¹⁵² an; sie halten Ausgestaltung und

146 S. 357; vgl. zu diesen Theorien näher unten S. 277 ff.

147 S. 361.

148 S. 360.

149 S. 362.

150 S. 370 f.

151 Sie verweisen auf Statistiken, die belegen, daß 1950 wie 1970 lediglich 2,2% der Ärzte Schwarze waren; Schwarze stellten 1950 10% und 1970 11,1% der Bevölkerung. Sie verweisen auch auf die Rassentrennung in den Schulen, die wegen des anhaltenden Widerstandes gegen die *Brown*-Entscheidung noch lange Nachteile für die Schulbildung schwarzer Kinder mit sich brachte.

152 Es gebe keine praktikablen Methoden, mithilfe derer die Universität ihr Ziel in der voraussiehbaren Zukunft, ohne auf Rasse abzustellen, erreichen könne. Stellte man auf andere Kriterien, wie etwa Armut oder Bildungsgrad der Eltern ab, würde dies wiederum vor allem Weißen zugute kommen. Zwar seien Schwarze in den unteren Schichten überproportional vertreten, in absoluten Zahlen dominierten aber in jeder denkbaren Kategorie Weiße. Zudem habe sich gezeigt, daß allein Rasse mit den Testergebnissen statistisch signifikant korreliere. Wirtschaftlich bevorzugte Schwarze erreichten schlechtere Ergebnisse als wirtschaftlich benachteiligte Weiße. Schließlich würden Rasse und spezielles Auswahlverfahren nicht unmittelbar gleichgesetzt; S. 376 ff.

Handhabung des speziellen Auswahlverfahrens der Universität in Davis für in vollem Umfang mit der Verfassung vereinbar.

Powell reicht eine Rechtfertigung durch den Verweis auf die allgemeine gesellschaftliche Diskriminierung allein nicht aus. Es müsse spezifische Diskriminierung festgestellt werden; der Universität, deren Aufgabe allein die Ausbildung sei, fehle dazu aber die Kompetenz.

Als zwingendes staatliches Interesse, welches den Anforderungen der strict scrutiny genügen könnte, erscheint Powell aber die Schaffung ethnischer Vielfalt.¹⁵³ Der Austausch von Ideen und damit das Studium werde fruchtbar bei einer heterogenen Zusammensetzung der Studentenschaft (diversity). Eine optimale Ausbildung zu gewährleisten, sei nicht nur Aufgabe, sondern auch verfassungsmäßig geschütztes Recht der Universität.¹⁵⁴ Gleichwohl läßt er die konkrete Ausgestaltung des speziellen Auswahlverfahrens der Universität in diesem Fall an der Zweck-Mittel-Relation scheitern. Feste Quoten seien unzulässig. Stattdessen befürwortet Powell stark das sogenannte Harvard-Modell, nach welchem nicht zwei getrennte Auswahlverfahren nebeneinander herlaufen, sondern Rasse lediglich als Pluspunkt Berücksichtigung findet.¹⁵⁵

Erstaunlich war das hohe Maß an gesellschaftlicher Akzeptanz, mit der die *Bakke*-Entscheidung in den Vereinigten Staaten aufgenommen wurde. Die Entscheidung wurde als staatsmännisch, ja salomonisch gepriesen. Sie rief keinen öffentlichen Aufschrei hervor, wie er auf andere, politisch ähnlich heiß umkämpfte Entscheidungen – z. B. Aufhebung der Rassentrennung in den Schulen, Abtreibung oder Schulgebet – gefolgt war. Diese Reaktion liegt vielleicht daran, daß sich das Gericht nicht auf eine der absoluten Positionen festgelegt, sondern einen »goldenen Mittelweg« gewählt hat, der es beiden Seiten erlaubte, sich als Sieger zu fühlen: Rasse darf zwar als ein Faktor berücksichtigt werden, nicht aber der allein ausschlaggebende sein.¹⁵⁶

Doch rief das Urteil auch Skepsis und Ablehnung bei einigen, insbesondere bei Angehörigen ethnischer Minderheiten, hervor. Das Votum des einzigen

153 S. 314; er hatte andere mögliche Rechtfertigungen als nicht ausreichend abgelehnt.

154 Hier verweist er auf das 1. Amendment, S. 312.

155 Als Appendix zu Powells Votum abgedruckt (S. 321 ff.). Harvard College bestimmt in einer Vorauswahl eine Gruppe von Bewerbern, die alle als qualifiziert zum Studium in Harvard zugelassen werden könnten. Da diese Gruppe immer noch die verfügbaren Studienplätze bei weitem übersteigt, wird dann nach weiteren Kriterien wie etwa speziellen künstlerischen oder sportlichen Talenten ausgewählt. Im Interesse der »diversity« habe dabei schon immer die geographische Herkunft eine Rolle gespielt. Aus dem gleichen Gedanken heraus wird nun auch die Berücksichtigung der ethnischen Herkunft gerechtfertigt.

156 Vgl. Tribe, Constitutional Choices, S. 222.

schwarzen Richters am Supreme Court, Thurgood Marshall, skizziert in aller Kürze und Härte die Geschichte der Unterdrückung der Schwarzen in Amerika und fährt fort:

»I fear that we have come full circle. After the Civil War our government started several ›affirmative action‹ programs. This Court in the *Civil Rights Cases* and *Plessy v. Ferguson* destroyed the movement toward complete equality. For almost a century no action was taken, and this non-action was with the tacit approval of the courts. Then we had *Brown v. Board of Education* and the Civil Rights Acts of Congress, followed by numerous affirmative action programs. Now, we have this Court again stepping in, this time to stop affirmative action programs of the type used by the University of California«.¹⁵⁷

Andere werfen den – weißen – Prozeßvertretern erhebliche Nachlässigkeit vor. Sie gehen davon aus, daß bei richtiger Vorbereitung des Prozesses Bakke hätte verlieren müssen.¹⁵⁸ Und schließlich wird der Universität selbst vorgeworfen, daß sie ihr Ziel nur halbherzig verfolgte. Man hätte das affirmative action-Programm damit legitimieren können – und dies wäre wohl auch von Powell als ausreichende Rechtfertigung angesehen worden¹⁵⁹ – daß die Tests von ihrer kulturellen Einbettung her eher auf Weiße ausgerichtet waren; in den USA ist seither die Frage eines »cultural bias« von Intelligenztests viel diskutiert worden. Die numerischen Testergebnisse könnten dann über die Studierfähigkeit von Schwarzen im Verhältnis zu Weißen gar nicht sinnvoll Auskunft geben.

Schließlich beschränken auch die, die das Urteil loben, ihr Lob zumeist auf das Ergebnis. Das Votum des Richters Powell, von niemandem geteilt und doch das einzige, welches die beiden widersprüchlichen Aussagen miteinander verbindet, kann dogmatisch nicht überzeugen. Indem Powell die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Rasse als Bonus bei der Vergabe von Stu-

157 S. 402; übersetzt: »Ich fürchte daß wir einen vollen Kreis beschrieben haben. Nach dem Bürgerkrieg begann unsere Regierung mehrere ›affirmative action‹-Programme. Dieses Gericht zerstörte in den *Civil Rights Cases* und *Plessy v. Ferguson* die Entwicklung hin zu voller Gleichheit. Nahezu ein Jahrhundert lang wurde nichts unternommen, und dieses Nichtstun wurde von den Gerichten stillschweigend gebilligt. Dann kamen *Brown v. Board of Education* und die Bürgerrechtsgesetze des Kongresses, gefolgt von zahlreichen ›affirmative action‹-Programmen. Jetzt tritt dieses Gericht wiederum dazwischen, diesmal, um ›affirmative action‹-Programmen wie dem der Universität von Kalifornien ein Ende zu bereiten«.

158 Vgl. Bell, Bakke, S. 4 f.; Delgado, S. 561 ff.; Chen; vgl. auch die Beschreibung der Hintergründe des Falles in: Dreyfuss/Lawrence: Bakke war keinesfalls der ideale Kandidat. Von zwei weiteren medizinischen Fakultäten war er als zu alt abgelehnt worden.

159 Vgl. S. 306, Anm. 43.

dienplätzen auf die akademische Freiheit der Universitäten stützte, beraubte er affirmative action ihrer eigentlichen Grundlage und Rechtfertigung. Jeglicher Zusammenhang zwischen affirmative action und Rassendiskriminierung wurde gelöst. Eine solche dogmatische Konstruktion lässt aber eine Begründung schwer vorstellen, weshalb Universitäten mit anderen pädagogischen Überzeugungen nicht eine homogene Studentenschaft anstreben und nur weiße Männer zulassen durften. Auch erscheint fraglich, worin eigentlich die Vorteile des Harvard-Modells – selbst für Gegner von affirmative action – liegen sollen, außer darin, daß es für die Öffentlichkeit weniger durchschaubar ist, nach welchen Kriterien die Universität auswählt. Davis scheiterte – dies legt Powells Argumentation nahe – an der Durchsichtigkeit seines Verfahrens – und damit seinem höheren Maß an Rechtsstaatlichkeit. Die *Bakke*-Entscheidung hatte nicht zur abschließenden Klärung der Zulässigkeit von affirmative action geführt. Die beiden gegensätzlichen Grundpositionen und die knappen Mehrheitsverhältnisse im Gerichtshof waren deutlich geworden; mit Spannung wurde die nächste Entscheidung erwartet.

2. *Die Weber-Entscheidung*

Fast auf den Tag genau ein Jahr später erging die nächste affirmative action-Entscheidung des Supreme Court.¹⁶⁰ Die Vereinigte Stahlarbeitergewerkschaft und die Kaiser Aluminium & Chemical Corporation schlossen 1974 einen Tarifvertrag, der für alle 15 Produktionsstätten des Unternehmens Gültigkeit hatte. Er enthielt unter anderem einen affirmative action-Plan, um die gravierende Unterrepräsentanz der Schwarzen, insbesondere unter den gelernten Arbeitskräften, zu beseitigen. Jeder einzelnen Produktionsstätte wurde zum Ziel gesetzt, den Anteil der Schwarzen unter den gelernten Arbeitern solange zu erhöhen, bis er in etwa ihrem Anteil an der örtlichen Arbeitnehmerschaft entsprechen würde. Um dieses Ziel zu erreichen, wurden Programme der betrieblichen Fortbildung neu eingerichtet, die ungelernten Arbeitern – Schwarzen und Weißen – die notwendigen Fähigkeiten beibringen sollten. 50 % der Fortbildungsplätze wurden für Schwarze reserviert. In der Produktionsstätte in Gramercy, Louisiana, wurden 1974 für die betriebliche Weiterbildung 6 Weiße und 7 Schwarze ausgewählt.¹⁶¹ Mehrere der

160 United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193; auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1979, S. 502 m. Anm. Hauser; vgl. dazu Belton.

161 Vor 1974 waren dort von 273 gelernten Arbeitskräften nur 5 Schwarze gewesen (1,83 %), obwohl Schwarze 39 % der örtlichen Arbeitnehmerschaft ausmachten.

abgewiesenen weißen Bewerber konnten eine längere Betriebszugehörigkeit, die grundsätzlich – innerhalb jeder rassischen Gruppe – ausschlaggebend war, aufweisen als einer der ausgewählten Schwarzen. Brian Weber, einer dieser abgewiesenen Weißen, erhob daraufhin Klage, gestützt auf eine Verletzung von Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes von 1964. Mit 5 zu 2 Stimmen hob der Supreme Court das Urteil der Vorinstanz, welche der Klage von Weber stattgegeben hatte, auf.

Die Mehrheit der Richter¹⁶² betont zu Anfang, daß im vorliegenden Falle hoheitliches Handeln nicht betroffen sei, verfassungsrechtliche Fragen daher nicht zu erörtern seien.¹⁶³ Sie untersuchen somit allein, ob die gesetzliche Vorschrift von Titel VII die freiwillige Implementierung eines affirmative action-Plans verbietet. Während der Wortlaut von Titel VII ein solches generelles Verbot nahelegen könnte, beruft sich die Mehrheit auf Systematik,¹⁶⁴ Gesetzeszweck, gesetzgeberischen Willen und historischen Kontext. Nach ihrer Ansicht war Anliegen des Kongresses beim Erlass des Bürgerrechtsgesetzes, der Notlage der Schwarzen im Arbeits- und Wirtschaftsleben abzuhelpfen. Es wäre daher wahrlich ironisch zu nennen, »wenn ein Gesetz, ausgelöst durch die Besorgnis einer Nation über jahrhundertelange rassistische Ungerechtigkeit und zu dem Zweck erlassen, die Lage derer zu verbessern, die ›so lange vom amerikanischen Traum ausgeschlossen gewesen waren‹, das erste gesetzgeberische Verbot aller freiwilliger, privater, rassenbewußter Bemühungen um die Abschaffung herkömmlicher Muster von Rassentrennung und -hierarchie darstellen sollte«.¹⁶⁵

An diesem methodischen Vorgehen¹⁶⁶ und den Interpretationsergebnissen üben die abweichenden Voten eingehende und teils scharf formulierte Kritik. Rehnquist hält das Votum der Mehrheit bspw. für würdig des Redners in George Orwells Roman »1984«, der mitten in seiner Rede, ohne Pause oder Bruch in der Syntax, den Feind, gegen den er die Menge aufwiegt, auswechselt.¹⁶⁷ Auch vergleicht Rehnquist die Mehrheitsmeinung in ihrem Abweichen von dem seines Erachtens klaren Wortlaut, der eindeutigen Ge-

162 In einem Votum von Richter Brennan.

163 S. 200.

164 Vgl. S. 205 ff., wo die Richter die Bedeutung von § 703 (j) hervorheben, der ausdrücklich klarstellt, daß Titel VII affirmative action nicht gebietet (dag. Rehnquist, S. 227 ff.).

165 S. 204 (Anmerkungen des Originals weggelassen).

166 Dazu vor allem das Votum des Vorsitzenden Richters Burger: er hält den Wortlaut des Gesetzes für so klar und eindeutig, daß es Aufgabe des Richters nur sein könne, diesem Wortlaut Geltung zu verschaffen (S. 216 ff.).

167 S. 219.

setzungsgeschichte und einheitlichen Präzedenzfällen mit den Entfesselungskünsten eines Houdini.¹⁶⁸ Nach Rehnquists Auffassung ist jede Ungleichbehandlung wegen der Rasse, und damit jede Form von affirmative action, vom Kongreß in Titel VII verboten worden.

Die Richter, die aus Titel VII zwar kein generelles Verbot aller affirmative action-Pläne ableiten, sehen in Titel VII dennoch keinen Freibrief für jegliche Form von affirmative action-Plänen. Sie sind der Ansicht, daß im vorliegenden Falle nicht endgültig entschieden zu werden brauche, wo die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger affirmative action verlaufe.¹⁶⁹ Vier Kriterien, die in späteren Entscheidungen immer wieder herangezogen werden, lassen die konkrete Ausgestaltung des affirmative action-Plans des Kaiser-Unternehmens klar als zulässiges affirmative action-Modell erscheinen:¹⁷⁰

1. Der Zweck des affirmative action-Planes entspricht dem des Bürgerrechts gesetzes, alte Strukturen von Rassentrennung und -hierarchie zu beseitigen.
2. Gleichzeitig beschneidet der Plan die Interessen der weißen Beschäftigten nicht unnötig stark. Weder wird ihre Entlassung verlangt, um die freigewordenen Plätze mit Schwarzen zu besetzen, noch wird eine absolute Sperre für ihr Fortkommen errichtet.
3. Der Plan dient nicht dazu, rassischen Proporz zu erhalten, sondern manifeste rassistische Unausgewogenheit zu beseitigen.
4. Der Plan ist nur eine temporäre Maßnahme.

3. Die Fullilove-Entscheidung

1980 ging es wieder um die Zulässigkeit von affirmative action unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.¹⁷¹ Ein Bundesgesetz aus dem Jahre 1977 sah unter anderem vor, daß mindestens 10% von Bundesmitteln, die zur Finanzierung bestimmter örtlicher Vorhaben zur Verfügung gestellt werden, einem »minority business enterprise« (MBE) zugute kommen müssen. Unter einem MBE wurden solche Unternehmen verstanden, die zumindest zu 50% im Eigentum und unter der Kontrolle von Schwarzen, Spanischsprechenden, Asiaten, Indianern, Eskimos oder Bewohnern der Aleuten standen. Es bestand die Möglichkeit einer Befreiung von dieser Auflage durch die Verwal-

168 S. 222.

169 S. 208.

170 S. 208 f.

171 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980); auszugsweise in deutscher Übersetzung EuGRZ 1980, S. 604 m. Anm. Beyerlin; vgl. dazu Days.

tung. Einige Bauunternehmerverbände erhoben Klage gegen dieses Gesetz. Mit 6 zu 3 Stimmen lehnte der Supreme Court einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz ab. Die Begründung der Mehrheit fiel allerdings wiederum nicht einheitlich aus. Das Votum von Chief Justice Burger, dem sich die Richter White und Powell anschließen, sieht den Zweck des Gesetzes darin sicherzustellen, daß Empfänger von Bundesmitteln bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht Methoden anwenden, die zur Perpetuierung früherer Diskriminierungen gegenüber Minderheiten-Unternehmen führen.¹⁷² Die Richter betonen, wie umfangreich die Belege für frühere staatliche Diskriminierungen gegenüber von Minderheiten geführten Unternehmen und ihre Fortwirkungen auf die heutige Zeit sind.¹⁷³ Sie halten den Kongreß für funktionell und institutionell zuständig, Feststellungen über frühere Diskriminierungen zu treffen und dementsprechend Abhilfe zu schaffen.¹⁷⁴ Die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes in Form einer Zehnprozentquote scheint ihnen zulässig, da sie ausreichend genau auf das Problem zugeschnitten sei.¹⁷⁵ Dabei beziehen die Richter in ihre Erwägungen ein, daß die MBE-Vorschriften dazu führen können, daß einige Aufträge an MBEs vergeben werden, die sonst andere Unternehmen – die vielleicht selbst für frühere Diskriminierung nicht verantwortlich sind – erhalten hätten. Die bloße Enttäuschung von Erwartungen bei »Nichtminderheiten-Unternehmen« führe indes nicht zur Verfassungswidrigkeit. Bei der Schaffung begrenzter Abhilfemaßnahmen, um die Auswirkungen früherer Diskriminierung zu heilen, sei ein solches »Mittragen der Last« durch unschuldige Dritte zumutbar.¹⁷⁶ Die drei Richter betonen zum Schluß ihres Votums, daß sie sich weder explizit noch implizit auf intermediate oder strict scrutiny als Maßstab gerichtlicher Kontrolle für affirmative action festlegen wollen.¹⁷⁷ Sie halten auch bei intensivster verfassungsgerichtlicher Kontrolle das vom Kongreß erlassene Gesetz für verfassungsgemäß.

Die Richter Marshall, Brennan und Blackmun, die das Ergebnis mittragen, führen – wie schon in ihrem Votum in der *Bakke*-Entscheidung – die Gründe an, weshalb stigmatisierende Diskriminierungen anders zu beurteilen seien

172 S. 473.

173 S. 477 f.

174 S. 472 ff.

175 S. 480 ff.

176 S. 484 f.

177 Powell stellt freilich in seinem zusätzlichen, zustimmenden Votum klar, daß er wie schon in seinem Votum in der *Bakke*-Entscheidung die intensivste Prüfungsstufe, wann immer Differenzierungen nach der Rasse betroffen sind, anwenden will (S. 495 ff.).

als Differenzierungen nach der Rasse, die versuchen, den bisher Benachteiligten zu helfen. Um andererseits Mißbrauch zu vermeiden, plädieren sie wiederum für die Anwendung der mittleren Prüfungsstufe, der das Gesetz in vollem Umfang genüge.¹⁷⁸

Die Richter Stewart und Rehnquist sprechen sich in ihrer abweichenden Meinung dagegen eindeutig für ein Verständnis der equal protection-Klausel als absolutem Differenzierungsverbot aus. Nach der Rasse differenzierende Maßnahmen ließen sie allenfalls unter ganz eng umschriebenen, der Beseitigung konkreter Auswirkungen früherer illegaler Rassendiskriminierung dienenden Bedingungen zu, denen das vorliegende Gesetz nicht genüge.¹⁷⁹ Richter Stevens hingegen bestreitet die Verhältnismäßigkeit des Gesetzes.¹⁸⁰ Die *Fullilove*-Entscheidung war ein klarer Sieg für die Befürworter von affirmative action. Immerhin 6 Richter hatten eine feste Quote (freilich mit Befreiungsmöglichkeit) für verfassungsgemäß gehalten. Offen blieb jedoch, für wie bedeutsam es die Gruppe um den Chief Justice hielt, daß hier ein Gesetz des Kongresses und nicht das Handeln einer Behörde Gegenstand der Entscheidung war. Die dogmatische Frage, welchem Prüfungsmaßstab affirmative action zu unterwerfen war, ließ auch *Fullilove* ungeklärt.

4. Die *Stotts*-Entscheidung

In der *Stotts*-Entscheidung¹⁸¹ wurde eine affirmative action-Maßnahme im Ergebnis für unzulässig gehalten. Diesmal konnte sich die Mehrheit – zumindest teilweise – auch auf eine Begründung einigen; deren Aussagekraft für andere affirmative action-Pläne war jedoch wegen der besonderen Fallkonstellation gering.

Die städtische Feuerwehr in Memphis, Tennessee, war 1977 von Stotts, stellvertretend für eine ganze Gruppe von Schwarzen (class action), wegen Diskriminierung bei der Einstellung und Beförderung von Angehörigen rassischer Minderheiten verklagt worden. 1980 kam es zu einem Prozeßvergleich, in dem die Stadt der Beförderung von 13 bestimmten Personen zustimmte, weiteren Beschäftigten Nachzahlungen versprach und einen affirmative

178 Sie bezeichnen die 10%-Quote als »plainly constitutional« und fahren fort: »Indeed, the question is not even a close one« (S. 519).

179 S. 527 ff.

180 S. 532 ff., insb. 552 ff.

181 Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984); vgl. dazu Fisch; Hernández; Fallon/Weiler.

action-Plan einrichtete.¹⁸² Die Stadt erkannte allerdings vorheriges rechtswidriges Diskriminierungsverhalten nicht an, und die Kläger verzichteten auf weitere Rechtsmittel. Das Gericht, welches den Vergleich bestätigte, behielt die Kompetenz für den Erlaß weiterer Anordnungen, die sich zur Verwirklichung der Zwecke des Vergleichs als nötig oder angemessen erweisen würden. Ein Jahr nach dem Abschluß des Vergleichs wurden wegen finanzieller Schwierigkeiten Entlassungen erforderlich. Diese Entlassungen sollten nach dem Prinzip der Dauer der Betriebszugehörigkeit (seniority) erfolgen, was die Anzahl der erst kürzlich eingestellten Schwarzen erheblich verringert und die Vorteile der Kläger aus dem Vergleich praktisch zunichte gemacht hätte. Auf Antrag von Stotts ordnete das Gericht an, daß Entlassungen nicht zu einer Verminderung des prozentualen Anteils von Schwarzen führen dürften. Die Stadt und die Gewerkschaft der Feuerwehr gingen erfolglos in die Berufung. Vor dem Supreme Court waren sie mit 6 zu 3 Stimmen erfolgreich.

Die Entscheidung beschäftigt sich vor allem mit Problemen der Zulässigkeit¹⁸³ und dem Umfang der Kompetenzen des District Court.¹⁸⁴ Da der Vergleich selbst über die Entlassung von Beschäftigten keine Regelung enthielt, ging es um die Frage, wieweit ein District Court in der Lage ist, einen Vergleich zu ergänzen bzw. veränderten Umständen anzupassen. Nach Ansicht von fünf Richtern mußte die hier vorgenommene Modifikation des Vergleichs jedenfalls schon daran scheitern, daß das Gericht, selbst wenn die Kläger im Ausgangsverfahren systematische Diskriminierung seitens der städtischen Feuerwehr hätten nachweisen können, nicht berechtigt gewesen wäre, das Dienstaltersystem der Stadt anzutasten. Aus § 703(h) des Titel VII des Civil Rights Act von 1964, der ausdrücklich bona-fide-seniority schützt, in Verbindung mit § 706(g), der die möglichen Rechtsfolgen nachgewiesener Diskriminierung festlegt, folgt die Mehrheit,¹⁸⁵ daß eine höhere Dienstaltereinstufung (competitive seniority) nur dem zugesprochen werden könne, den das Gericht individualisiert als Opfer rechtswidriger Diskriminierungs-

182 Der affirmative action-Plan sah eine fünfzigprozentige Zielquote hinsichtlich von Einstellungen und eine zwanzigprozentige Quote bei Beförderungen vor. Der Vergleich ähnelte insgesamt einem schon 1974 geschlossenen Vergleich, der einen von der Bundesverwaltung angestrengten Rechtsstreit bezogen auf die gesamte Stadt beendet hatte.

183 Insbesondere die Frage der Erledigung des Rechtsstreits (mootness) ist zwischen Mehrheit und Minderheit heftig umstritten, da alle weißen Feuerwehrleute, die von dem Abweichen von der Entlassung nach dem Prinzip der seniority betroffen waren, nach einem Monat wieder eingestellt worden waren.

184 Allein darauf stützt Richter Stevens seine Zustimmung zum Ergebnis, S. 590 ff.

185 Dagegen heftig Blackmun, dem sich Marshall und Brennan anschließen, in seinem abweichenden Votum, S. 612 ff.

handlungen anerkannt habe.¹⁸⁶ Dabei läßt die Mehrheit aber ausdrücklich die Frage offen, ob eine Modifizierung des Senioritätsprinzips auf freiwilliger Grundlage durch die Stadt selbst zulässig sein können.¹⁸⁷

5. Die Entwicklung seit 1986

Auch in den neueren Entscheidungen wurden affirmative action-Maßnahmen teils für zulässig, teils für unzulässig erklärt. Die *Wygant*-Entscheidung¹⁸⁸ beantwortete die Frage, die die Mehrheit in der *Stotts*-Entscheidung offengelassen hatte, mit einem »in der Regel nein«. In einem zwischen einer öffentlichen Schule und einer Lehrergewerkschaft ausgehandelten Tarifvertrag fand sich eine Regelung, die affirmative action bei Entlassungen vorsah; grundsätzlich wurde nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit entlassen, doch sollte nie ein höherer Prozentsatz von Angehörigen von Minderheiten entlassen werden als von den zur Zeit dort beschäftigten Weißen. Der Supreme Court entschied mit 5 zu 4 Stimmen, daß diese Regelung gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstöße.

In der *Wygant*-Entscheidung sind es nun vier Richter, die sich auf die Anwendung von strict scrutiny als Prüfungsmaßstab bei affirmative action festlegen.¹⁸⁹ Diese vier Richter weisen eine Bezugnahme auf allgemeine gesellschaftliche Diskriminierung als zu »amorphe Grundlage« zurück.¹⁹⁰ Sie bestehen darauf, daß der Schulbezirk in Jackson nur seine eigene Diskriminierung durch affirmative action beseitigen dürfe; hierfür sind ihres Erachtens ausreichende Feststellungen nicht getroffen worden. Gegen dieses Argument wenden sich die dissentierenden Richter sowohl hinsichtlich der im konkreten Fall gegebenen tatsächlichen Verhältnisse als auch aus grundsätzlichen Erwägungen. Verlange man das ausdrückliche Eingeständnis früherer Diskriminierung oder ihre formelle Feststellung durch Gerichte, führe dies zu einer völligen Mißachtung der Ziele der Bürgerrechtsreformen, nämlich

186 S. 578 ff.

187 S. 583.

188 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 106 S.Ct. 1842 (1986).

189 Die Richter Burger, Powell, Rehnquist und O'Connor. O'Connor betont aber in ihrer concurring opinion, daß sie den Unterschied zwischen intermediate und strict scrutiny für im Ergebnis so gravierend nicht halte, da zumindest einige Kernaussagen übereinstimmend getroffen werden könnten (S. 1853 f.).

190 S. 1848.

die Integration der Schulen zu erreichen, ohne jeden Schulbezirk vor Gericht zerren zu müssen.¹⁹¹

Vor allem betonen vier Richter¹⁹² aber, daß affirmative action bei Entlassungen nie verfassungsgemäß sein könne. Zwar sei es möglicherweise notwendig, daß auch unschuldige Personen Nachteile in Kauf nehmen müßten, um frühere Diskriminierung wiedergutzumachen.¹⁹³ Im Falle von Zielvorgaben bei der Einstellung würden diese Nachteile auf viele Schultern verteilt, bei Entlassungen dagegen werde die ganze Last auf bestimmte Personen konzentriert und führe häufig zu einer sehr gravierenden Belastung. Dies sei nicht erforderlich und genüge daher nicht der Verhältnismäßigkeit.¹⁹⁴ Die dissentierenden Richter verweisen dagegen darauf, daß »sowohl aus logischen wie aus tatsächlichen Gründen affirmative action bei der Einstellung überhaupt keinen Zweck verfolgen könne, wenn sie durch Entlassungen konterkariert werde«.¹⁹⁵

Die beiden anderen affirmative action-Entscheidungen des Jahres 1986¹⁹⁶ knüpften an die andere Seite der Konstellation in *Stotts* an: inwieweit ist affirmative action zulässig als »Ergebnis« oder »Lösung« von Rassendiskriminierungsklagen seitens betroffener Minderheiten?

In der *Sheet Metal Workers*-Entscheidung ordnete ein Bundesgericht an, daß eine Metallarbeitergewerkschaft, die erwiesenermaßen jahrzehntelang Schwarze und Hispanier diskriminiert hatte, eine bestimmte Mitgliederquote von Nicht-Weißen innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erreichen habe.¹⁹⁷ Als die Gewerkschaft über ein Jahrzehnt hin den Anordnungen des

191 S. 1863. Durch ein Eingeständnis eigenen diskriminierenden Verhaltens setzen sich die Institutionen den Klagen der früher Diskriminierten aus. Von daher könne man ein solches kaum erwarten (S. 1862 f.; dagegen aber O'Connor, S. 1855 ff.).

192 Powell, Burger, Rehnquist S. 1850 ff.; White, S. 1857 f.

193 S. 1850.

194 Auch O'Connor hält die Maßnahme nicht für erforderlich. Die Quote war an dem Prozentsatz der nichtweißen Schüler festgemacht worden, während sie allein eine Quote, die an die Verfügbarkeit von nichtweißen Lehrern anknüpfte, für akzeptabel halten würde (S. 1857).

195 S. 1864.

196 Local 28, *Sheet Metal Workers' International Association v. Equal Employment Opportunity Commission*, 106 S. Ct. 3019 (1986); Local No. 93, *International Association of Fire-fighters v. City of Cleveland*, 106 S. Ct. 3063 (1986); vgl. zu einer ausführlicheren Besprechung der drei Fälle des Jahres 1986: Sullivan; Lambert, Observations; Clague; H. Schwartz.

197 In den USA sind an die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft häufig gravierende Folgen geknüpft; beispielsweise gibt es closed-shop-Einrichtungen, manche Gewerkschaften bieten für bestimmte Berufssparten zwingend vorgeschriebene Ausbildungsgänge an, teils kommen die in Tarifverträgen ausgehandelten Bedingungen nur Gewerkschaftsmitgliedern zugute.

Gerichtes zuwiderhandelte und weiter gegen Angehörige ethnischer Minderheiten diskriminierte, wurde sie wegen »contempt of court« zu einer Geldbuße verurteilt.¹⁹⁸ Der Antrag der Gewerkschaft, festzustellen, es liege nicht in der Kompetenz eines Gerichtes, Quoten festzulegen, blieb vor dem Supreme Court erfolglos.

Mit 5 zu 4 Stimmen sah der Gerichtshof hierin weder eine Verletzung von § 706(g) von Titel VII des Civil Rights Act von 1964¹⁹⁹ noch einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Auch wenn die Mehrheit des Gerichtshofes betonte, die Anordnung von Quoten sei nicht immer zulässig, in Anbetracht der »ungeheuerlichen (egregious)«²⁰⁰ Diskriminierung seitens der Gewerkschaft billigte sie im vorliegenden Fall das Vorgehen des Untergerichts.

Die *Firefighters*-Entscheidung hatte einen Vergleich zum Gegenstand, den die Stadt Cleveland abgeschlossen hatte, um einen Prozeß wegen Rassendiskriminierung von schwarzen und hispanischen Feuerwehrleuten beizulegen. Der Vergleich enthielt Quoten für die Beförderung von Nicht-Weißen bei der Feuerwehr. Die Gewerkschaft der Feuerwehrleute war dem Rechtsstreit beigetreten und lehnte den Vergleich ab. Sie war der Ansicht, daß die Grenzen, die § 706(g) den Gerichten zog, durch die Genehmigung des Vergleichs überschritten waren. Der Supreme Court betonte, daß der Abschluß eines Vergleichs freiwillig sei, und entschied mit 6 zu 3 Stimmen, daß in einem Vergleich auch Personen Vorteile zugesprochen werden könnten, die nicht selbst Opfer der diskriminierenden Praktiken des Arbeitgebers gewesen waren.²⁰¹ Der Gerichtshof überprüfte die materielle Richtigkeit des Vergleiches nicht, sondern hatte nur die Frage zu beurteilen, ob der District Court gehindert gewesen war, dem Vergleich zuzustimmen. In einer ungewöhnlich klaren und einheitlichen Begründung kommt die Mehrheit zu dem Schluß, daß die

198 Mit der Geldbuße in Höhe von \$ 150.000 wurde ein Fond eingerichtet zu dem Zweck, die Mitgliederzahl nichtweißer Lehrlinge in dem Ausbildungsprogramm der Gewerkschaft zu erhöhen.

199 § 706 (g) bestimmte u.a.: »No order of the court shall require the admission or reinstatement of an individual as a member of a union, or the hiring, reinstatement, or promotion of an individual as an employee, ... if such individual was refused admission, suspended, or expelled, or was refused employment or advancement or was suspended or discharged for any reason other than discrimination on account of race, color, religion, sex, or national origin ...«. Mit der Auslegung dieser Vorschrift beschäftigte sich der größte Teil der Entscheidung und des Dissentes.

200 S. 3050 (plurality opinion); S. 3055 (Powell, concurring in part and concurring in the judgement).

201 S. 3066.

Grenzen des § 706 (g) auf einen Vergleich nicht anwendbar und eine Zustimmung der Gewerkschaft zu dem Vergleich nicht erforderlich war.

Auch in der 1987 ergangenen *Paradise*-Entscheidung²⁰² ging es um die Kompetenz eines Gerichtes, Quoten anzurufen. 1972 war das Department für öffentliche Sicherheit des Staates Alabama für schuldig befunden worden, über fast vier Jahrzehnte hinweg systematisch Schwarze von Stellen der staatlichen Truppen (state trooper) ausgeschlossen zu haben. Trotz einer gerichtlichen Entscheidung, die weitere Diskriminierung untersagt und eine Zielvorgabe für die Einstellung angeordnet hatte, waren bis 1979 keine Schwarzen in höhere Ränge aufgestiegen. Auch in den folgenden Jahren zeigte sich das Department nicht willens, den gerichtlichen Anordnungen Folge zu leisten. Schließlich²⁰³ ordnete das Gericht vorübergehend eine 50%-Quote für Beförderungen an. Mit 5 zu 4 Stimmen hielt der Supreme Court diese Maßnahme für verfassungsgemäß. Die Mehrheit legte sich wiederum nicht auf den Prüfungsmaßstab fest, sondern betonte, daß in diesem Fall selbst bei der Anwendung von strict scrutiny kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliege. Die 50%-Quote diente im vorliegenden Fall nicht nur dem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut der Beseitigung von Rassendiskriminierung, sondern außerdem dem Interesse an der Durchsetzung von Gerichtsentscheidungen.²⁰⁴ Die Behörde hatte selbst eindeutig und über lange Zeit hinweg diskriminiert, sich zudem über bestehende, weniger einschneidende gerichtliche Anordnungen hinweggesetzt, so daß auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach Ansicht der Mehrheit nicht zur Annahme eines verfassungsrechtlichen Verstoßes führen konnte.²⁰⁵

Der ebenfalls im Jahr 1987 entschiedene Fall *Johnson v. Transportation Agency*²⁰⁶ knüpfte an die Konstellation in der *Weber*-Entscheidung an und bestätigte die Zulässigkeit freiwilliger affirmative action-Maßnahmen unter den in der *Weber*-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen. Die Verkehrsbehör-

202 United States v. *Paradise*, 107 S. Ct. 1053 (1987).

203 Zwölf Jahre, nachdem das Gericht dem Department Rassendiskriminierung untersagt hatte stellte sich die Situation wie folgt dar: unter 6 Majoren kein Schwarzer, unter 25 Hauptleuten kein Schwarzer, unter 35 Leutnants kein Schwarzer, unter 65 Sergeanten kein Schwarzer, unter 66 Korporälen – 4 Schwarze.

204 S. 1066 ff. (plurality opinion).

205 Hiergegen richtet sich der Dissens, der die Maßnahme nicht für »narrowly tailored« hält, S. 1080 ff.

206 *Johnson v. Transportation Agency*, Santa Clara County, California, 107 S. Ct. 1442 (1987); auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1989, S. 404 mit Anmerkung Mengel; vgl. dazu auch Coen, S. 2043 ff.

de in Santa Clara County hatte einen affirmative action-Plan eingerichtet, der langfristige Zielvorgaben, nicht aber starre Quoten für bestimmte Positionen, in denen Frauen und Schwarze gravierend unterrepräsentiert waren, enthielt. Für die Position eines »road dispatcher«, die im Klassifizierungssystem der Verkehrsbehörde als gehobene Position angesehen wurde, hatten sich mehrere Bedienstete des Landkreises beworben. Sieben Bewerber wurden im Rahmen der Vorauswahl als qualifiziert angesehen. Der Leiter der Behörde, dem die Auswahl unter den Qualifizierten oblag, sprach die Stelle einer Frau zu. In seine Entscheidung waren mehrere Faktoren eingeflossen, darunter auch affirmative action-Überlegungen. Gegen die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Beförderungsentscheidung wehrte sich ein abgewiesener männlicher Bewerber.²⁰⁷ Der Supreme Court bestätigte mit 6 zu 3 Stimmen die Zulässigkeit der Beförderungsentscheidung.

Die Mehrheit des Gerichtshofs²⁰⁸ prüft und billigt den affirmative action-Plan der Verkehrsbehörde anhand der in der *Weber*-Entscheidung aufgestellten Kriterien.²⁰⁹ Zum einen sei bei freiwilliger affirmative action nicht erforderlich, daß der Arbeitgeber auf eigene diskriminierende Praktiken verweise.²¹⁰ Es reiche zur Rechtfertigung die Existenz eines »manifesten Ungleichgewichts« in einer »herkömmlich segregierten Stellen-Kategorie« aus; diese liege hier unzweifelhaft vor.²¹¹ Zum zweiten benachteilige der Plan die Interessen der männlichen Beschäftigten nicht über Gebühr und stelle keine absolute Barriere für ihr Fortkommen dar. Der Plan setze keine festen Quoten fest, sondern ähnele dem Harvard-Modell bei der Zulassung zum College insoweit, als das Geschlecht nur als Bonus berücksichtigt werden könne. Auch habe der männliche Bewerber keinen Anspruch auf die Beförderung gehabt.²¹² Schließlich bezwecke der Plan, eine ausgewogene Belegschaft erst zu

207 Er hatte von dem Komitee, welches über die Vorauswahl der Kandidaten entschied, 75 Punkte bekommen und war damit zusammen mit einem anderen an zweiter Stelle, während Frau Joyce an nächster Stelle nur 73 Punkte bekommen hatte. Der Leiter der Behörde führte aber aus, daß er diesem geringen Punktunterschieden nur geringe Bedeutung beigegeben hatte (S. 1448 ff.). Außerdem waren Zweifel an der Objektivität eines der Mitglieder des Komitees gegenüber Joyce geweckt worden; er hatte sie u.a. als »rebel-rousing, skirt-wearing person« bezeichnet; vgl. S. 1448, Anm. 5.

208 Die Richter Brennan, Marshall, Blackmun, Powell und Stevens; Richterin O'Connor stimmte nur im Ergebnis zu, S. 1460 ff.

209 Siehe oben S. 246 ff.

210 S. 1451 ff.

211 Die Segregierung zeigte sich sehr deutlich darin, daß 110 der 145 Büro- und Schreibkräfte Frauen waren, während Frauen nur 2 der 18 Officials and Administrators, 5 der 58 Professionals, 12 der 124 Techniker, keine der Skilled Craft Worker und eine - Frau Joyce - der Road Maintenance Worker ausmachten.

212 S. 1455.

schaffen, nicht etwa einen Geschlechterproportz zu erhalten. Somit sei auch das Erfordernis der zeitlichen Begrenzung erfüllt. Zwar enthalte der Plan keinen festen Zeitpunkt für sein Außerkrafttreten wie dies bei affirmative action-Plänen mit starren Quoten erforderlich sein möge; in Anbetracht der flexiblen, moderaten und graduellen Herangehensweise im vorliegenden Fall sei aber deutlich, daß die Behörde den Plan lediglich so lange anwende, bis das Ziel einer ausgewogenen Belegschaft erreicht sei.²¹³

Die abweichende Meinung kritisiert die Entscheidung heftig. Sie sieht in dem Verzicht auf den Nachweis eigener Diskriminierung durch den Arbeitgeber einen Widerspruch zur im Vorjahr ergangenen *Wygant*-Entscheidung.²¹⁴ Es dürfe als Rechtfertigung von affirmative action-Maßnahmen nicht ausreichen, daß »gesellschaftliche Ansichten den Eintritt bestimmter Rassen oder eines bestimmten Geschlechts in gewisse Stellenkategorien verhindert haben«. Auch die Übertragung der Prinzipien der *Weber*-Entscheidung, die zu affirmative action seitens Privater ergangen war, auf öffentliche Arbeitgeber wird von der Minderheit angegriffen,²¹⁵ da der Staat außer an die gesetzliche Vorschrift des Titel VII auch an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz²¹⁶ gebunden sei.²¹⁷ Eigentliches Anliegen der abweichenden Meinung ist es jedoch, die Rechtsprechung zu ändern, affirmative action grundsätzlich für unzulässig zu erklären und somit auch die *Weber*-Entscheidung selbst als Präzedenzfall aufzuheben (overrule).²¹⁸

Im Jahr 1989 setzte sich eine konservative Mehrheit im Gerichtshof in einer Reihe von Diskriminierungsfällen durch: es wurde schwieriger, Diskriminierungsklagen zu gewinnen²¹⁹ und leichter, affirmative action-Pläne zu Fall zu bringen. Die praktisch bedeutsame Entscheidung im Fall *Martin v. Wilks*²²⁰ ermöglichte es einer Gruppe von weißen Feuerwehrleuten, einen im Rah-

213 S. 1456.

214 S. 1469.

215 S. 1471 f.

216 Vgl. zur Frage, ob sich verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Kontrollmaßstäbe unterscheiden: Lally-Green; Adelman.

217 Die Mehrheit verweist demgegenüber darauf, daß verfassungsrechtliche Fragen von den Parteien nicht vorgetragen worden sind, so daß sich die Entscheidung auf die Reichweite von Titel VII begrenze, S. 1446, Anm. 2; vgl. aber auch die Meinung von Richterin O'Conor, die die Entscheidung auch auf verfassungsrechtlicher Ebene gerechtfertigt sieht (S. 1460 ff.).

218 S. 1472 (Scalia dissenting, joined by Chief Justice Rehnquist), S. 1465 (White, dissenting).

219 Vgl. Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 109 S.Ct. 2115 (1989); Lorance v. AT&T Technologies, 109 S.Ct. 2261 (1989); Patterson v. McLean Credit Union, 109 S.Ct. 2363 (1989); vgl. aber auch Price Waterhouse v. Hopkins, 109 S.Ct. 1775 (1989).

220 109 S.Ct. 2180 (1989).

men eines Verfahrens wegen Diskriminierung zwischen öffentlichem Arbeitgeber und (schwarzen) Klägern geschlossenen Vergleich, der auch affirmative action-Maßnahmen vorsah, anzugreifen, obwohl sie sich an dem Ausgangsverfahren nicht beteiligt hatten. Aufsehen aus dogmatischen Gründen erregte aber die Entscheidung im Fall *City of Richmond v. Croson Co.*²²¹ Erstmals legte sich eine Mehrheit von fünf Richtern auf strict scrutiny bei der Überprüfung von affirmative action-Maßnahmen anhand der equal protection-Klausel fest. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, der eigentlich schon entschieden schien. Die Stadt Richmond hatte – parallel zu dem Bundesgesetz, welches der Supreme Court im Fall *Fullilove* mit deutlicher Mehrheit gebilligt hatte – eine Rechtsverordnung erlassen, die bestimmte, daß 30% der Gelder aus öffentlichen Aufträgen Minority Business Enterprises (MBE) zufließen mußten. Unter MBE waren – ähnlich wie in *Fullilove* – Unternehmen gefaßt, die zu mindestens 51% im Eigentum von Angehörigen bestimmter Minderheitengruppen standen und von ihnen auch kontrolliert wurden. Als Minderheitengruppen in diesem Sinne galten amerikanische Staatsbürger, die Schwarze, Spanisch-Sprechende, Orientalen, Indianer, Eskimos oder Aleuten waren. Es gab auch die Möglichkeit einer Befreiung von dem Erfordernis, zu 30% Aufträge an MBEs als Subunternehmer zu geben. Eine Befreiung war dem Kläger, der den Auftrag für einige Installationen im städtischen Gefängnis erhalten hatte, im Ausgangsfall aber verwehrt worden, obwohl das einzige Angebot eines MBE an den Kläger deutlich über dem Marktpreis lag. Der Kläger hielt die Verordnung an sich und ihre Anwendung auf seinen Fall für verfassungswidrig. Die Klage war vor dem Supreme Court mit 6 zu 3 Stimmen erfolgreich.

Den Unterschied zur *Fullilove*-Entscheidung erklären die Richter der Mehrheit, die an *Fullilove* festhalten wollen, vor allem mit den einzigartigen Kompetenzen des Kongresses, dem wegen Section 5 des 14. Zusatzartikels²²² ein größerer Spielraum zukomme als einzelstaatlichen oder kommunalen Kör-

221 109 S.Ct. 706 (1989); auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1989, S. 408 mit Anmerkung Mengel; vgl. die unterschiedliche Einschätzung der Entscheidung von 30 Verfassungsrechtlern (Constitutional Scholar's Statement und Reply) und dem früheren Solicitor General Fried im Yale Law Journal.

222 Section 5 lautet: »The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article«.

perschaften.²²³ Gerade gegenüber den Einzelstaaten aber ziehe der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz feste Grenzen.²²⁴

Für die Mehrheit, die sich stark auf die Argumentation in der *Wygant*-Entscheidung stützt, braucht das Ergreifen von affirmative action-Maßnahmen spezifische Rechtfertigungen. Der Verweis auf bundesweite Diskriminierung in der Bauindustrie sei zu allgemein und habe keinen logischen Endpunkt. Die Diskriminierung müsse genauer identifiziert werden, es müsse zumindest deutliche Hinweise darauf geben, daß in Richmond selbst in einer Weise diskriminiert werde, die dazu führe, daß MBEs so geringen Anteil an öffentlichen Aufträgen erwerben könnten.²²⁵ Allein die Gegenüberstellung von Zahlen – die Bevölkerung von Richmond ist zu 50% schwarz, in den 5 Jahren vor Erlaß der Verordnung, hatten MBEs 0,67% der Gelder aus öffentlichen Aufträgen erhalten – erbringe den hierfür notwendigen Beweis nicht.²²⁶ Zudem erfülle die 30%-Quote nicht die erforderliche Zweck-Mittel-Relation. Der Gemeinderat habe die Möglichkeit rassenneutraler Methoden der Förderung kleinerer Unternehmen nicht hinreichend berücksichtigt, obwohl in Studien festgestellt war, daß die geringe Anzahl von MBEs auch an Faktoren wie nicht ausreichender Kapitalisierung lag. Außerdem sei die Festlegung der Höhe der Quote, sowie der Einschluß bestimmter Minderheitengruppen wie etwa der Eskimos und Aleuten, über deren Vorhandensein in Richmond keine Erkenntnisse vorlägen, willkürlich.

Anders als die Mehrheit beharrt die abweichende Meinung – wie schon in der *Bakke*-Entscheidung – darauf, affirmative action-Maßnahmen lediglich

- 223 S. 717 ff.; vgl. dazu aber auch Richter Kennedy, der Zweifel anmeldet, wie es funktionieren solle, eine Norm, die einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz darstellt, wenn von einem Einzelstaat erlassen, in die Garantie verfassungsrechtlicher Gleichbehandlung umzuwandeln, wenn der Kongreß sie erlassen hat (S. 734).
- 224 Scalia verweist zur Begründung darauf, daß Madison schon in den Federalist Papers (S. 736 f.) aufgezeigt hatte, daß die Größe der Gefahr der Unterdrückung des einzelnen in umgekehrtem Verhältnis zur Größe der politischen Einheit steht, die die Macht ausübt.
- 225 Richter Scalia, der der Entscheidung nur im Ergebnis zustimmt, sieht die mögliche Zulässigkeit von nach der Rasse differenzierenden Maßnahmen noch wesentlich enger: »In my view there is only one circumstance in which the States may act by race to »undo the effects of past discrimination« where that is necessary to eliminate their own maintenance of a system of unlawful racial classification« (S. 737). Das Beispiel, das er anfügt, erläutert näher, was er damit meint: Bezahlte ein Staat schwarzen Angestellten 20 % weniger Lohn als weißen, so dürfe der Staat eine Regelung treffen, die pauschal das Gehalt aller schwarzen Mitarbeiter erhöht. Nach der oben vorgeschlagenen Definition von affirmative action handelt es sich in einem solchen Fall gerade nicht mehr um affirmative action, sondern um schlichtes Unterlassen von Diskriminierung.
- 226 Die abweichende Meinung wirft der Mehrheit vor, eine »überaus kurzsichtige Sicht« der tatsächlichen Erkenntnisse zu haben, auf die Richmond seine Entscheidung stützte (S. 740).

am Maßstab der intermediate scrutiny zu überprüfen, und kritisiert die Mehrheit:

»In concluding that remedial classifications warrant no different standard of review under the Constitution than the most brute and repugnant forms of state-sponsored racism, a majority of this Court signals that it regards racial discrimination as largely a phenomenon of the past, and that government bodies need no longer preoccupy themselves with rectifying racial injustice. I, however, do not believe this Nation is anywhere close to eradicating racial discrimination or its vestiges. In constitutionalizing its wishful thinking, the majority today does a grave disservice not only to those victims of past and present racial discrimination in this Nation whom government has sought to assist, but also to this Court's long tradition of approaching issues of race with the utmost sensitivity«.²²⁷

Und im Jahre 1990 wandelte sich das Bild wieder. Im Fall *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*²²⁸ wurde nicht nur eine affirmative action-Maßnahme im Ergebnis gebilligt, sondern zudem als Prüfungsmaßstab nicht – wie in der gerade im Jahr zuvor ergangenen *Croson*-Entscheidung – strict scrutiny, sondern lediglich der intermediate level of scrutiny angewandt.

Die Federal Communications Commission (FCC) hatte Richtlinien erlassen, um bei der Vergabe von Rundfunk- und Fernsehlizenzen die Beteiligung von Angehörigen von Minderheiten am Programmangebot zu steigern. So wurde zum einen bei der Vergabe von neuen Lizenzen der Umstand, daß Radio- oder Fernsehstationen im Eigentum von Angehörigen von Minderheiten standen und von ihnen betrieben wurden (im folgenden: Minderheitenunternehmen), positiv berücksichtigt. Zum anderen konnten Lizenzen, bei denen die Eignung des bisherigen Eigentümers fraglich geworden war, unter erleichterten Bedingungen an Minderheitenunternehmen verkauft werden.

227 Richter Marshall, S. 752; übersetzt: »Indem eine Mehrheit dieses Gerichts feststellt, daß abhelfende Klassifikationen keinen anderen Standard von Prüfungsintensität rechtfertigen als die brutalsten und widerwärtigsten Formen von staatlich gefördertem Rassismus, signalisiert sie, daß sie Rassendiskriminierung weitgehend als Phänomen der Vergangenheit betrachtet, und daß staatliche Einheiten sich nicht länger mit der Abhilfe rassischer Unrechtmäßigkeit beschäftigen müßten. Ich hingegen glaube nicht, daß diese Nation auch nur irgendwie nahe daran ist, Rassendiskriminierung oder ihre Überreste ausgerottet zu haben. Indem die Mehrheit ihre Wunschvorstellungen zu Verfassungsrecht macht, erweist sie nicht nur den Opfern vergangener und heutiger Rassendiskriminierung in diesem Land, denen der Staat helfen wollte, einen schlechten Dienst, sondern auch der langen Tradition dieses Gerichts, an mit der Rasse zusammenhängende Probleme mit äußerster Sensibilität heranzugehen.«.

228 110 S.Ct. 2997 (1990).

Als entscheidender Gesichtspunkt wird von der Mehrheit der Umstand her-ausgestellt, daß es sich bei diesen Richtlinien um vom Kongreß ausdrücklich gebilligte, ja sogar verlangte Maßnahmen handelte.²²⁹ Auch hier habe mit dem Kongreß der Gesetzgeber gehandelt, so daß diese Konstellation eher der *Fullilove*-Entscheidung als der *Croson*-Entscheidung aus dem letzten Jahr vergleichbar sei; in der *Fullilove*-Entscheidung sei aber von der Mehrheit der Richter gerade nicht strict scrutiny angewendet worden. Der Gerichtshof führt weiter aus:

»We hold that benign race-conscious measures mandated by Congress – even if those measures are not ›remedial‹ in the sense of being designed to compensate victims of past governmental or societal discrimination – are constitutionally permissible to the extent that they serve important governmental objectives within the power of Congress and are substantially related to achievement of those objectives«.²³⁰

Nach Ansicht der Mehrheit genügen die Maßnahmen der FCC diesem Standard, da sie zwar nicht unmittelbar der Wiedergutmachung nachweisbarer früherer Rassendiskriminierung im Bereich von Rundfunk und Fernsehen, wohl aber dem wichtigen staatlichen Interesse an Herstellung von Meinungsvielfalt (broadcast diversity) dienen.²³¹

Die Minderheit kritisiert demgegenüber nicht nur das Abweichen von dem strict scrutiny-Standard heftig,²³² sondern hält auch das staatliche Interesse an Meinungsvielfalt in Fernsehen und Rundfunk keineswegs für ausreichend, um affirmative action zu rechtfertigen.²³³

6. Fazit

Die Durchsicht der Rechtsprechung des Supreme Court zu affirmative action hat ein klares Ja oder Nein zu ihrer Zulässigkeit nicht ergeben. Nicht

229 S. 3008; zur Mehrheit gehören die Richter Brennan, White, Marshall, Blackmun und Stevens.

230 S. 3008 f.; übersetzt: »Wir stellen fest, daß wohlwollende rassenbewußte Maßnahmen, die vom Kongreß verlangt worden sind – selbst wenn solche Maßnahmen nicht ›wiedergutmachend‹ in dem Sinne sind, daß sie darauf abzielen, die Opfer früherer staatlicher oder gesellschaftlicher Diskriminierung zu entschädigen –, verfassungsrechtlich zulässig sind, so weit sie wichtigen staatlichen Zwecken dienen, die in der Zuständigkeit des Kongresses liegen, und eine substantielle Bezeichnung zwischen Zweck und Mittel aufweisen.«

231 S. 3011 ff.

232 S. 3029.

233 S. 3034 ff.

einmal auf einen gemeinsamen Ausgangspunkt konnten sich alle Richter am Gerichtshof einigen.

Ein Teil der Richter versteht die equal protection-Klausel und die Vorschriften des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 als absolute Differenzierungsverbote. Jeder Mensch habe ein Recht darauf, ohne Ansehen seiner Rasse behandelt zu werden. Ob eine Regelung Minderheiten bevorzuge oder benachteilige, sei daher belanglos. Über das Unterlassen von Diskriminierung und seine Durchsetzung hinausgehende rassenspezifische Regelungen, also affirmative action im eigentlichen Sinne, sind nach dieser Ansicht immer unzulässig. Auf der anderen Seite steht eine Gruppe von Richtern, die bisher jede affirmative action-Maßnahme für zulässig gehalten haben. Sie sehen einen gravierenden Unterschied darin, zu wessen Gunsten oder Lasten differenziert wird. Der Schutz von Verfassung und Bürgerrechtsgesetz gelte primär den bisher unterdrückten Minderheiten. Zur Abschaffung der Rassendiskriminierung dürften und müßten vielleicht sogar auch Maßnahmen zur besonderen Förderung der bisher Benachteiligten ergriffen werden. Diese Gruppe von Richtern überprüft affirmative action-Maßnahmen auf verfassungsrechtlicher Ebene nur anhand eines mittleren Kontrollmaßstabs und billigte affirmative action-Maßnahmen, jedenfalls solange sie sich in dem bisher diskutierten Rahmen hielten.

Durchgesetzt hat sich dieser beiden Extrempositionen. Siebenmal wurde der angegriffene affirmative action-Plan für rechtmäßig, viermal für rechtswidrig gehalten. Das Ergebnis bestimmten, je nachdem mit der einen oder der anderen Richtergruppe die Mehrheit bildend, die Richter, die versuchten, die zwei gegenläufigen verfassungsrechtlichen Prinzipien in Einklang zu bringen. Zentral scheint ihnen einerseits der Schutz des einzelnen, die Garantie der Gleichbehandlung ohne Ansehen der Rasse. Andererseits betonen sie aber, daß zur Abschaffung von Rassendiskriminierung auch Durchbrechungen des individuellen Gleichbehandlungsgebotes zulässig sein können. Je nachdem, welchem Prinzip diese Richter im konkreten Fall mehr Gewicht beimaßen, war die affirmative action-Maßnahme zulässig oder unzulässig. Es lassen sich drei wesentliche Kriterien herausarbeiten, die die Abwägung beeinflussen. Dies wären auch Kriterien, um die verschiedenen Supreme Court-Entscheidungen in Einklang zu bringen.

Je enger die Beziehung zwischen früherer Diskriminierung und heutiger affirmative action und je überzeugender ihr Nachweis, desto eher war der Supreme Court bereit, affirmative action für zulässig zu erachten. Dies zeigte sich besonders deutlich in den Entscheidungen im *Paradise*- und dem *Sheet Metal Workers*-Fall; in beiden Fällen war die Diskriminierung gravierend gewesen, von einem Gericht festgestellt und den Unterlassungsverfügungen

dieses Gerichts Widerstand entgegengesetzt worden. Auf der anderen Seite zeigen die Entscheidungen im *Wygant*- und im *Croson-Fall*, daß der Supreme Court allein den Verweis auf allgemeine gesellschaftliche Diskriminierung zur Rechtfertigung nicht ausreichen läßt. Diese Einschränkung gilt freilich nicht, wenn es sich um Maßnahmen des Kongresses handelt. Sowohl in der *Fullilove*- als auch in der *Metro Broadcasting*-Entscheidung wurden die affirmative action-Maßnahmen, die sich auf den Kongreß zurückführen ließen, gebilligt, auch wenn sie nicht zur Wiedergutmachung konkret nachweisbarer Rassendiskriminierung erfolgten. Dem Gesetzgeber erkennt der Gerichtshof insoweit einen weitaus größeren Spielraum zu.

Je stärker und je mehr individualisiert die Last, die der durch die affirmative action-Maßnahme betroffene Weiße zu tragen hat, desto weniger ist der Supreme Court geneigt, diese zuzulassen. In beiden Fällen – *Stotts* und *Wygant* –, in denen sich affirmative action auf Entlassungen, statt auf Einstellung oder Beförderung bezog, wurde die affirmative action-Maßnahme für verfassungswidrig erklärt.

Schließlich lässt sich durch die Frage nach dem Ausmaß und der Intensität der Nachteile, die der einzelne zu tragen hat, auch die vorsichtige Haltung des Gerichtshofes gegenüber starren Quoten erklären. Die Berücksichtigung von Rasse und Geschlecht lediglich als Plusfaktor wurde in der *Bakke*-Entscheidung als zulässige affirmative action-Maßnahme empfohlen; auch die *Johnson*-Entscheidung unterstrich, daß es sich nicht um starre Quoten handelte. Starre Quoten belasten die Angehörigen der Mehrheit stärker, da sie von bestimmten Positionen oder Stellen von vornherein ausgeschlossen sind, während die Plusfaktor-Regelung den Ausschlag nur in Zweifelsfällen geben kann, wo ohnehin nicht klar wäre, ob der Weiße die Stelle ohne affirmative action überhaupt bekommen hätte. Diese Haltung erinnert an die deutsche Diskussion, die auch eher geneigt ist, Frauen den Vorzug bei gleicher Qualifikation als ohne Leistungsvergleich mit dem anderen Geschlecht zu geben. Doch geht die amerikanische Lösung insoweit darüber hinaus, als Berücksichtigung der Rasse als Bonus gleiche Qualifikation nicht unbedingt voraussetzt. Zudem hat der Supreme Court keineswegs generell die Verwendung starrer Quoten als unzulässig verworfen; in der *Weber*-Entscheidung wurden sie bei einer durch Tarifvertrag ausgehandelten affirmative action-Regelung und in einigen Fällen bei gerichtlich festgelegten Quoten für zulässig erachtet.

Der Supreme Court hat durch den im Ergebnis verfolgten, »golden«en Mittelweg eine Lösung gefunden, die für die amerikanische Gesellschaft befriedend wirkte, auch wenn affirmative action weiterhin ein politisch hochbrisantes und viel diskutiertes Thema bleibt. Ob diese pragmatisch-plausible Lö-

sung auch dogmatisch überzeugen kann, war naturgemäß Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

C. Die Diskussion um affirmative action in der Literatur

Die Anzahl der Aufsätze und Bücher zum Thema affirmative action ist unübersehbar.²³⁴ Das Thema ist unverändert von politischem Interesse und der Flickenteppich an Meinungen, den die Rechtsprechung des Supreme Court hinterlassen hat, lädt zur wissenschaftlichen Beschäftigung wahrlich ein. Bei dem Überblick über die wissenschaftliche Diskussion gilt es freilich zu bedenken, daß der amerikanische juristische Diskurs offener ausgestaltet ist als der deutsche. Mehr Argumente sind zugelassen, ihre Relevanz ergibt sich weniger aus ihrer stringenten Einbindung in ein dogmatisch-begriffliches System als aus ihrem Bemühen um Plausibilität und Überzeugungskraft. Die einzelnen Argumente lassen sich daher nur sehr holzschnittartig in ein dogmatisches System einordnen.

In der Analyse soll zwischen zwei Ebenen der Diskussion unterschieden werden. Der einen liegt die Frage nach dem Begriff der Gleichheit und der Beziehung zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit zugrunde. Sie beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem Problem, was Gleichheit materiell darstellt, bzw. inwieweit Durchbrechungen eines Rechts auf Gleichbehandlung zu rechtfertigen sind (I). Der andere Ansatzpunkt konzentriert sich dagegen eher auf die Funktion der besonderen Gleichheitssätze und fragt danach, wen eine strikte Anwendung des Gleichheitssatzes schützen soll; diese Ebene könnte damit als strukturelle bezeichnet werden (II).

I. Die materielle Ebene

Im Streit um die Zulässigkeit von affirmative action spiegelt sich die altbekannte Streitfrage nach dem Inhalt von Gleichheit in einer ungleichen Welt

234 Vgl. nur: Tribe, Constitutional Choices, S. 221 ff.; Dworkin, Principle, S. 293 ff.; ders., Rights, S. 223 ff.; Sullivan; Kennedy, Persuasion; Ely, Reverse Discrimination; Greenawalt; Rossum; Polyviou, S. 348 ff.; Brooks; Schnapper, Affirmative action; Choper; Lee; Bell, Defense; ders., Bakke; Posner, DeFunis Case; Dixon; Belton; Brest, Affirmative Action; Abram; Alstyne; Andritzky/Andritzky; Goldman; Nagel; Thomson; Kubasek/Giampetro; Eastland/Bennett; Sandalow; Selig; Sindler; Graglia; Kaplan.

wider. Werden zwei Personen gleich behandelt, wenn sie identisch behandelt werden, oder besteht Gleichbehandlung gerade darin, ihre unterschiedliche Ausgangssituation zu berücksichtigen und sie verschieden zu behandeln? Seit die Forderung nach Gleichheit erhoben wurde, mußte man sich mit diesem Problem auseinandersetzen. Schon in Aristoteles' Unterscheidung zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva fand dies seinen Niederschlag, es prägt heute die Diskussion um tatsächliche oder rechtliche Gleichberechtigung, und findet seine salomonische Lösung in der Formel, wesentlich Gleicher müsse gleich, wesentlich Ungleicher ungleich behandelt werden. So geht es auch bei der affirmative action-Debatte letztlich um die Frage, ob es denn reichen kann, den Schwarzen formell gleiche Möglichkeiten zu eröffnen oder ob ein Zustand der Gleichheit erst dann erreicht ist, wenn gleiche Möglichkeiten auch zu ihrer gleichen Wahrnehmung führen. In den USA werden dementsprechend häufig zwei unterschiedliche Gleichheitskonzeptionen »equality as opportunity« und »equality as result« gegenübergestellt.

Dabei ist sich im Ausgangspunkt – und nur dieser Strang soll hier weiter verfolgt werden – die große Mehrzahl der Diskutanten darin einig, daß Rasse kein Merkmal sein soll, welches die Zuweisung unterschiedlicher Rechte und Pflichten rechtfertigen kann. Man sieht in dem Gleichheitssatz das Ziel und Versprechen einer Gesellschaft verankert, in der der Hautfarbe nicht mehr Bedeutung zukommt als heute der Haar- oder Augenfarbe.²³⁵ Einigkeit über das Ideal einer rassenlosen Gesellschaft löst aber nicht das Problem, wie mit dem Merkmal der Rasse in der heutigen Rechtsordnung umgegangen werden soll. Denn noch ist Rasse unzweifelhaft wichtiger als Augenfarbe. Es ist keineswegs nur oberflächliches physiologisches Phänomen – wie es das in der Ideavorstellung einer Gesellschaft möglicherweise sein könnte –, sondern eine bedeutsame gesellschaftliche Kategorie, die die Identität und die Persönlichkeit des einzelnen, seine Erfahrungen und seine Position in der Gesellschaft prägt und bestimmt.²³⁶

235 Freilich gibt es Kritiker des Assimilierungs-Ideals. Diese betonen die Unterschiede in der rassisch-ethnischen Herkunft und wollen diese Unterschiede auch in der idealen Gesellschaft noch beibehalten, unmittelbare Rechtswirkung wird dem jedoch in der Regel nicht beigegeben, vgl. dazu Wasserstrom, S. 603 ff.

236 Wasserstrom verdeutlicht das durch zwei Beispiele. Hinsichtlich des Merkmals Rasse verweist er darauf, daß es den Begriff »to pass as white« gibt; hinsichtlich des Merkmals Geschlecht verweist er auf den Begriff des Transsexuellen.

Zudem ist die Lage der Schwarzen – auch insoweit ist man sich grundsätzlich einig – um vieles schlechter als die der Weißen.²³⁷ Schwarze fehlen weitgehend in Positionen von Macht und Einfluß, sie haben durchschnittlich geringere Schul- und Universitätsbildung, sie stellen einen überproportional hohen Anteil der unter dem Existenzminimum lebenden Personen und verdienen deutlich weniger als die Weißen. Ist die Ausgangslage von Schwarzen und Weißen damit so unterschiedlich, daß sie Berücksichtigung durch affirmative action verlangt oder ist sie es nicht – darum geht der Streit um den Begriff der Gleichheit.

Dabei werden eine Reihe von Argumenten in die Diskussion eingebracht, die sich zum einen auf die Kompensation für vergangene Rassendiskriminierung beziehen (1), zum anderen Fragen des Gemeinwohls (social utility) betreffen (2). Es wird zu zeigen sein, daß auch die konkreter gefaßten Argumente sich von der Grundfrage nicht lösen lassen. Ihre Überzeugungskraft hängt letztlich davon ab, für wie verbreitet man das Phänomen der Rassendiskriminierung in der heutigen Gesellschaft noch hält, d.h. als wie ungleich man die aktuelle Lage von Weißen und Schwarzen einschätzt.

I. Kompensation

Häufig wird unter dem Schlagwort »Kompensation« der Gedanke gefaßt, daß es der Gerechtigkeit entspreche, nach jahrhundertelanger Unterdrückung der Schwarzen jetzt den Opfern der Rassendiskriminierung bessere Chancen zu geben. Man kann dieses Argument durch die Überlegung zu erhärten versuchen, daß allein auf Grund der langen Geschichte der Rassendiskriminierung die Lage der Schwarzen in Amerika so viel schlechter ist als die der Weißen; durch Ausbeutung und Unterdrückung, jedenfalls aber durch billige Arbeitskräfte und Ausschaltung von Konkurrenz haben auch die Weißen, die sich selbst nicht unmittelbar an der Unterdrückung der Schwarzen beteiligt haben, eine Position erreicht, die sie andernfalls nicht eingenommen hätten. Schließlich wäre auch an »immateriellen Schadensersatz« für die psychologischen Folgen der Erniedrigung und des Schmerzes zu denken.

237 Eine knappe Zusammenfassung auf deutsch über die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen gibt Ehrlich. Freilich versuchen manche, Statistiken anders zu interpretieren, so daß die Diskrepanzen nicht ganz so stark sind, vgl. Rossum m. Nachw. S. 33 ff.

In dieser einfachen Form ist das Kompensationsargument, jedenfalls in den achtziger Jahren, relativ leicht zu widerlegen.²³⁸ Je weiter die Zeit fortschreitet, desto weniger überzeugend scheint es, die Enkel der Opfer gegenüber den Enkeln der Täter zu bevorzugen. Mit affirmative action erreicht man inzwischen aber nur noch die Enkel der Generation, zu deren Zeit die schärfste Form der Rassendiskriminierung ausgeübt wurde.

Zudem läßt sich dagegen einwenden, daß es sowohl auf Seiten der Opfer wie auf Seiten der Täter genau diejenigen treffe, die es am wenigsten verdienten. Durch affirmative action würden gerade die Schwarzen bevorzugt, die am wenigsten unter Diskriminierung zu leiden gehabt hätten;²³⁹ sonst hätten sie es ja gar nicht geschafft, so weit zu kommen, sich jetzt um Studienplätze bewerben zu können. Parallel läßt sich für die Weißen, die die Lasten der affirmative action-Maßnahmen zu tragen haben, argumentieren, sie seien diejenigen, deren Situation relativ die schlechteste war; es liegt daher nahe anzunehmen, daß gerade sie von der Rassendiskriminierung am wenigsten profitiert haben. Pointiert läßt sich die Kritik in dem immer wieder angeführten Beispiel zusammenfassen, welches nach Ansicht der affirmative action-Gegner die Absurdität deutlich machen soll: affirmative action zugunsten des Sohnes des reichen, schwarzen Doktors aus der Großstadt zu Lasten des Sohnes des weißen Arbeitslosen aus rückständigen Gegenden auf dem Land.²⁴⁰

In dieser einfachen Form vorgetragen, weist das Kompensationsargument in der Tat Defizite auf, wie auch von affirmative action-Befürwortern eingestanden wird.²⁴¹ Um als Kompensation – zumal in einem rechtlichen Kontext – gelten zu können, muß eine Beziehung zwischen Opfern von Rassendiskriminierung und den heute durch affirmative action Bevorzugten nachgewiesen werden. Für diese Verbindung braucht man als Prämisse, daß die Rassendiskriminierung auch heute noch fortwirkt. Spürt auch in der gegenwärtigen amerikanischen Gesellschaft jeder Schwarze die Auswirkungen der Rassen-

238 Das Argument wird in dieser einfachen Form heute auch vor allem von denen vorgetragen, die es widerlegen wollen, siehe z.B. Posner, DeFunis Case, S. 16; dies war Ende der 60er/ Anfang der 70er Jahre anders, als dem Argument sehr viel stärkeres Gewicht zukam, siehe Hughes, S. 1063 ff.

239 Vgl. dazu aber Kennedy, Persuasion, S. 1333 f. der zum einen einwendet, daß immerhin affirmative action sich gerade für »blue collar workers« als besonders effektiv erwies, zum anderen betont, daß affirmative action ja auch nur ein Teil der Antwort auf die Beseitigung der Ungleichheit zwischen den Rassen sein könne.

240 Rossom, S. 36.

241 Vgl. Greenawalt, S. 54 ff.

diskriminierung, hat er gegen Vorurteile zu kämpfen und wird somit sein Fortkommen auch heute noch behindert, lässt sich affirmative action auch Jahrzehnte nach der *Brown*-Entscheidung noch rechtfertigen. Ohne diesen Zwischenschritt wird das Argument denn auch heute nicht mehr ernsthaft vertreten.

Akzeptiert man das Kompensationsargument für Schwarze, stellt sich das Problem von affirmative action zugunsten anderer ethnischer Minderheiten.²⁴² Zwar kann man unschwer auch hinsichtlich der anderen üblicherweise bei affirmative action mitberücksichtigten Minderheiten Diskriminierung in der amerikanischen Gesellschaft nachweisen, doch hat in keinem anderen Fall – vielleicht mit Ausnahme der Ureinwohner Amerikas – die Diskriminierung ähnliche Ausmaße erreicht. Kompensation aber impliziert eine Beziehung zwischen zugefügtem Unrecht und zugesprochener Wiedergutmachung. Diese müßte dann zu Unterschieden in der Behandlung verschiedener Minderheiten führen, die so aber von kaum jemandem als Konsequenz gewollt wird.

Schließlich sieht sich das Kompensationsargument dem Einwand ausgesetzt, daß auch die Mehrheit der »Weißen« keinen einheitlichen ethnischen Block darstellt, oder wie Richter Powell es formulierte: »wir sind eine Nation der Minderheiten«. Einwanderer aus den verschiedensten Ländern Europas, wie beispielsweise Iren oder Polen, haben selbst erhebliche Diskriminierung erfahren.

Eine Rechtfertigung von affirmative action aus dem Gesichtspunkt der Kompensation erweist sich somit als problematisch. So konzentrieren sich inzwischen auch die Befürworter von affirmative action eher auf den zweiten Argumentationsstrang, die Gemeinwohlinteressen.

2. Gemeinwohlinteressen

Dogmatisch ließe sich die Rechtfertigung von affirmative action-Maßnahmen durch Gemeinwohlinteressen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kontrolle auf der Prüfungsstufe des wichtigen oder zwingenden staatlichen Interesses ansiedeln.²⁴³ Die hier vorgebrachten Argumente kreisen vor allem um drei Themen: die Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Schwarzen

242 Vgl. Rossum, S. 28 f.

243 Diese Argumente werden in der amerikanischen Diskussion häufig »philosophische« genannt, vgl. z.B. Kubasek/Giampetro, S. 233 ff.

und Weißen (a), auf die »black community« (b) sowie auf Leistung und meritokratisches Prinzip (c).

a) Auswirkungen auf das Verhältnis von Schwarzen und Weißen

In enger Beziehung zu den ethisch-moralischen Überlegungen, die oben im Vordergrund standen, wird als Gemeinwohlinteresse die Überwindung des Rassismus angesehen und affirmative action als symbolische Verurteilung des Rassismus begrüßt.²⁴⁴ Sieht man Rassismus als den Sündenfall, die fort-dauernde Diskriminierung der Schwarzen als das hartnäckigste Problem der amerikanischen Gesellschaft an,²⁴⁵ so könnte affirmative action ein klares Schuldbekenntnis seitens der Weißen, Buße und den ersten Schritt zur Umkehr darstellen.

Die affirmative action-Gegner wenden ein, daß zweimal Unrecht nicht Recht schaffe. Wenn Rassismus das eigentliche Übel sei, könne es nicht durch die Umdrehung seiner Zielrichtung bekämpft werden. Entweder sei Rassendiskriminierung verwerflich, dann aber auch unabhängig davon, gegen wen sie sich richte, oder sie sei nicht verwerflich, dann aber entfiele die Rechtfertigung dafür, den früher Diskriminierten nun besondere Vorteile zu gewähren.²⁴⁶ Schließlich führe affirmative action zu einem ewigen Kreislauf, denn die Kinder derer, die heute diskriminiert würden, könnten dann affirmative action zu ihren Gunsten verlangen.²⁴⁷ Weiter wird darauf verwiesen, daß jede Regelung, die nach der Rasse differenziere, dazu beitrage, Rassismus am Leben zu halten, indem sie das Denken entlang der Kategorie Rasse fördere und sich damit immer weiter von dem Idealbild der Gesellschaft, in der die Rasse des einzelnen völlig belanglos sei, entferne, statt ihm näher zu kommen.

Über die Geeignetheit von affirmative action-Maßnahmen, den Anteil der Schwarzen in bestimmten Positionen zu erhöhen, ist man sich im wesentlichen einig.²⁴⁸ Strittig ist aber, ob dies zur wirklichen Integration zwischen den Rassen führt.

244 Rossum, S. 27.

245 Vgl. Ely, Reverse Discrimination, S. 723.

246 Rossum, S. 28; vgl. Polyviou, S. 359.

247 Rossum, S. 37.

248 In einigen Konstellationen, insbesondere bei den Versuchen, integrierte Wohnblöcke zu schaffen, gibt es aber Quoten zu Lasten von Schwarzen, um zu verhindern, daß die Weißen die Gegend wieder verlassen; vgl. dazu Farrell.

Die Befürworter von affirmative action halten den positiven Effekt auf Integrationsbemühungen für offensichtlich. Wenn Schwarze Stellen einnehmen, die bisher allein Weißen vorbehalten waren, kommen Schwarze und Weiße in der Arbeitswelt im Alltag zusammen, treten miteinander in Kontakt und werden dadurch gegenseitige Vorurteile abbauen. Dies sei für Schwarze wie Weiße gleichermaßen fruchtbar und müsse vorrangiges staatliches Interesse sein.

Andere sehen in affirmative action dagegen gerade den Feind möglicher Integration.²⁴⁹ Affirmative action bestätige das alte Vorurteil, daß Schwarze nicht dazu in der Lage seien, mit Weißen auf gleicher Ebene zu konkurrieren. Sie bräuchten besondere Fürsorge, weil sie eben nicht gleiche Fähigkeiten wie Angehörige der weißen Rasse besäßen. Affirmative action schade damit allen Schwarzen, selbst denen, die ihre Stellen auch ohne affirmative action erreicht hätten. Allen Schwarzen werde dieses Vorurteil entgegengesetzt und würde insbesondere dadurch neue Nahrung erhalten, daß durch affirmative action ja auch wirklich weniger qualifizierte Schwarze als die Weißen in entsprechender Stellung eingestellt würden.²⁵⁰ Hiergegen lässt sich natürlich wiederum fragen, ob der (fast) völlige Ausschluß von Schwarzen auf solchen Positionen das Vorurteil, daß Schwarze bestimmte Leistungen nicht erbringen können, nicht zumindest in gleichem Umfang erhärtet.²⁵¹

b) *Auswirkungen auf die »black community«*

Die Befürworter von affirmative action betonen die eminente Bedeutung von Vorbildern (role-models). Schwarze in höheren Stellungen könnten schwarzen Jugendlichen zeigen, daß bestimmte Positionen nicht allein Weißen vorbehalten sind, und gäben ihnen damit die Motivation und das nötige Selbstvertrauen, um solche Positionen in ihrem Lebensplan überhaupt als Alternativen vorzusehen.

Auch sei es nötig, beispielsweise mehr schwarze Ärzte oder Rechtsanwälte auszubilden, um die Unterversorgung der in bestimmten Gebieten lebenden Schwarzen auszugleichen. Die Gegner von affirmative action sehen es dage-

249 Vgl. dazu aber den Aufsatz von Kennedy, Persuasion, der bezweifelt, ob zahlreiche der Gegner von affirmative action wirklich Integration und nicht weiter Diskriminierung der Schwarzen wollen (insb. S. 1337 ff.).

250 Vgl. dazu Murray.

251 Vgl. Kennedy, Persuasion, S. 1331.

gen nicht als erwiesen an, daß mehr Schwarze bereit und in der Lage seien, solche Positionen zu übernehmen.²⁵²

Die Gegner von affirmative action beklagen auch die negativen Folgen für das Selbstbewußtsein der Schwarzen. Schwarze würden wegen affirmative action ihren eigenen Fähigkeiten nicht länger vertrauen können, sondern immer das Gefühl haben, Erfolge nicht »verdient« zu haben, sondern sie nur ihrer Rasse zu verdanken. Auch würden sie nicht lernen, sich selbst Positionen zu erkämpfen, sondern sich immer auf fürsorgerische Maßnahmen seitens der Weißen verlassen. Dieses Argument steht und fällt freilich wieder mit der Einschätzung der heutigen Lage. Sieht man Rassendiskriminierung als weitverbreitetes Phänomen, können Quoten als »gerechter Ausgleich« dafür begriffen werden, so daß für Selbstzweifel kein Anlaß bestünde.²⁵³

c) *Auswirkungen auf Leistung und meritokratisches Prinzip*

Die Gegner von affirmative action bringen als zentrales Argument die Gefahren für das meritokratische Prinzip und das Absinken des Leistungs niveaus ein.²⁵⁴ Auf den ersten Blick klingt das Argument einleuchtend; denn affirmative action kann auch heißen, unter bestimmten Bedingungen auch bei geringerer Qualifikation Schwarze zu bevorzugen.

Die Befürworter von affirmative action weisen dieses Argument aus verschiedenen Gründen zurück. Neben Bedenken, die sich darauf beziehen, inwieweit das Leistungsprinzip schon bisher verwirklicht ist bzw. verwirklicht werden sollte,²⁵⁵ kann die Heranziehung des Leistungsprinzips nur unter der Prämisse überzeugen, daß Schwarze heute nicht mehr diskriminiert werden und daß jeder Schwarze, der es verdient, auch höchste Stellen erreichen kann. Diese Prämisse ist sehr zweifelhaft. Denn, selbst das Fehlen von bewußter Rassendiskriminierung unterstellt, bleibt fraglich, ob sich nicht – auch ohne böse Absicht der Betroffenen – Fehler in eine objektive Beurteilung der Qualifikation von Schwarzen einschleichen. Wegen der weitgehend segre-

252 Vgl. Posner, DeFunis Case, S. 17; Rossum S. 30.

253 Vgl. dazu Kennedy, Persuasion, S. 1331 f. Daß das Argument der schädlichen Auswirkungen auf das Selbstbewußtsein der Schwarzen vor allem von Weißen vorgetragen wird, erhöht seine Überzeugungskraft nicht.

254 Rossum, S. 39 f.; vgl. Polyviou, S. 360.

255 Nicht weiter verfolgt wird hier die Frage, ob eine allein auf »Verdienst« und »Leistung« ge gründete Gesellschaft noch menschlich, also wirklich wünschenswert wäre; vgl. zu einer ausführlichen Erörterung des Begriffes »merit«: Fallon; vgl. auch Dworkin, Principle, S. 293.

gierten Wohngebiete und Schulen sind es viele Weiße beispielsweise nicht gewöhnt, »normal und unbefangen« mit Schwarzen auf gleicher Ebene umzugehen. Gerade bei verantwortungsvoller Positionen, bei denen stark auf Persönlichkeitsbild und Fähigkeit zur Zusammenarbeit abgestellt wird, könnte sich die Befangenheit gegenüber Schwarzen in der schlechteren Beurteilung ihrer Führungsqualitäten niederschlagen.

Schließlich läßt sich eine weitere Prämisse, auf der die Kritik am Eingriff ins meritokratische Prinzip notwendigerweise beruht, anzweifeln; nämlich, daß das meritokratische Prinzip schon in der bisherigen Gesellschaft verwirklicht sei. Ganz offensichtlich ist dies nicht der Fall bei Universitätszulassungen, wo es schon immer Quoten gab, wie beispielsweise für sportlich besonders Begabte oder Kinder von Berühmtheiten und Reichen, auf deren großzügige Spenden man hofft. Auch kommt das Schlagwort für die Stellensuche »es kommt nicht darauf an, was du weißt, sondern wen du kennst« wohl nicht von ungefähr. »Networking« wird in den USA durchaus bewußt und offen gerade in den Elite-Universitäten betrieben; vom »old boys' network« sind Schwarze weitgehend ausgeschlossen. Vielfach wird ohne Beziehungen der Einstieg erschwert und das Fortkommen behindert. Auch die Frage nach den Auswirkungen von affirmative action auf meritokratisches Prinzip und Leistung hängt somit von der unterschiedlichen Bewertung der gesellschaftlichen Ausgangslage ab.

3. *Fazit*

Eine Reihe der Argumente, die in der affirmative action-Diskussion der Vereinigten Staaten immer wieder genannt werden, sind vorgestellt worden. Auf beiden Seiten sind einige der Argumente stärker, einige schwächer. Immer wieder aber zeigte sich, daß die Überzeugungskraft der Argumente – jedenfalls der starken – abhängt von der Einschätzung der aktuellen gesellschaftlichen Wirklichkeit.

Sieht man den Erlaß von Diskriminierungsverboten für ausreichend an, um Rassendiskriminierung auch tatsächlich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu beseitigen, läßt sich in der Tat wenig zugunsten von affirmative action-Maßnahmen vorbringen. Etwa noch vorkommende Diskriminierungen, die auch die Gegner von affirmative action nicht bestreiten, lassen sich als Einzelfälle erklären und als Rechtsverstöße verfolgen. Daß Schwarze in bestimmten Positionen noch bei weitem unterrepräsentiert sind, wird nicht als Indiz für Diskriminierung angesehen, sondern vielmehr als vielschichtiges Problem begriffen, welches alle möglichen anderen Ursachen als Diskri-

minierung haben könnte, sich jedenfalls aber im Laufe der Zeit von selbst löse.

Anders beurteilen dies diejenigen, die in der heutigen gesellschaftlichen Wirklichkeit Diskriminierung für ein weitverbreitetes Phänomen halten. Sie glauben nicht, daß die weißen Rassisten, die in den sechziger Jahren noch so heftigen Widerstand gegen den Erlaß der Bürgerrechtsgesetze geleistet haben, allein durch den Erlaß derselben dazu gebracht wurden, ihre Ansichten über Schwarze und Weiße zu ändern, auch wenn solche Auffassungen heute kaum noch öffentlich zu hören sind.²⁵⁶

Andere stellen nicht den »weißen Rassisten im Schafspelz« in den Vordergrund, sondern betonen, daß die gesamte Kultur und Erziehung rassistisch geprägt sei und damit notwendigerweise jeden, der in ihr aufwachse, beeinflusse.²⁵⁷ Damit sei durchaus vereinbar, daß viele Weiße individuell überzeugt seien, sie selbst wären nicht rassistisch und würden auch nie jemanden wegen seiner anderen Hautfarbe als weniger wert ansehen. Dennoch hinderen immer wieder unbewußte Vorurteile wirklich diskriminierungsfreies Handeln. Hinzu komme, daß sich bestimmte gesellschaftliche Strukturen während der Zeit des Rassismus herausgebildet hätten, bei denen der Rassismus zwar nicht offen zutage trete, die sich aber gleichwohl zum Nachteil von Schwarzen auswirken. Diese unbewußt rassistischen Ansichten und Handlungen sind schwer zu erkennen, noch schwerer zu beweisen, verhindern aber, daß für Schwarze und Weiße wirklich gleiche Chancen bestehen. Geht man von diesen Prämissen aus, ist affirmative action nicht länger unge recht fertigte Bevorzugung der früher, in grauer Vorzeit Benachteiligten, sondern im Gegenteil Reaktion darauf, daß die heutige Form von Diskriminierung rechtlich nur noch in Ausnahmefällen – nämlich bei besonderer Dummheit des Diskriminierenden – nachweisbar, dennoch aber existent und weit verbreitet ist. Affirmative action erscheint als zulässiges Mittel, weil auf anderen Wegen Diskriminierung nicht zu beseitigen ist.

Welche Position man teilt, ist letztlich eine politische Entscheidung und Wertung, wozu auch die ungemein starke Emotionalität, mit der die Debatte teilweise geführt wird, paßt.²⁵⁸ Solche hochpolitischen Entscheidungen durch

256 Vgl. dazu die Analyse der Reagan Administration von Kennedy, Persuasion, S. 1337 ff.; vgl. auch zur fort dauernden Rolle des Rassismus: Crenshaw.

257 Vgl. dazu den interessanten Aufsatz von Lawrence.

258 Vgl. Ely, Democracy, S. 170, der sich über die »righteous indignation« verwundert. Kennedy erklärt sie dadurch, daß zumindest teilweise der Widerstand gegen affirmative action als rassische Aggression angesehen werden kann, Persuasion, S. 1338, Fn. 43

ein Gericht – letztlich den Supreme Court – treffen zu lassen, ist unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung nicht unproblematisch. Zu fragen ist daher, ob diese Beurteilung dem Gericht von der Verfassung her wirklich vorgegeben und abverlangt ist.

II. Die strukturelle Ebene

Ging es zunächst um Argumente, die bei der Rechtfertigung bzw. Ablehnung von affirmative action in der juristischen wie in der politischen Diskussion eine wesentliche Rolle spielen, steht jetzt die Frage nach Struktur und Gewährleistungsinhalt der equal protection-Klausel, insbesondere im Hinblick auf rassistische Ungleichbehandlung, im Vordergrund.

Viele amerikanische Juristen verstehen die equal protection-Klausel – wie die in der Bundesrepublik übliche Auslegung des Art. 3 Abs. 3 GG – als Differenzierungsverbot, interpretieren sie also als Verbot, das Merkmal Rasse in der Anordnung von Rechten und Pflichten zu verwenden. Sie berufen sich auf den berühmten Satz in der abweichenden Meinung des Richters Harlan in der *Plessy*-Entscheidung: »Unsere Verfassung ist farbenblind«.²⁵⁹ Für diese Auffassung, der auch ein Teil der Richter des Supreme Court zuneigt, erscheint affirmative action konsequenterweise als Durchbrechung des Differenzierungsverbots, und ist somit allenfalls unter ganz engen Voraussetzungen zulässig. Nach dieser Auffassung läßt sich die Verfassungsmäßigkeit von affirmative action nur auf der materiellen Ebene – wie im vorigen Abschnitt angedeutet – beurteilen. Es müssen die Fragen danach, ob die mit affirmative action verfolgten Ziele zwingende staatliche Interessen sind und eine ausreichend enge Zweck-Mittel-Beziehung besteht, gestellt und beantwortet werden.

In den letzten zwanzig Jahren wurde aber immer deutlichere Kritik an einer solchen Auslegung der equal protection-Klausel laut. Es wurde darauf hingewiesen, daß der Wortlaut nicht dazu zwingt, sie als Differenzierungsverbot zu verstehen. Die equal protection-Klausel der amerikanischen Verfassung garantiert nur den gleichen Schutz durch das Gesetz; sie nennt nicht – wie etwa Art. 3 Abs. 3 GG – bestimmte Merkmale, wegen derer nicht benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Damit wird darauf hingewiesen, daß die Formulierung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes so offen sei, daß nur ein

259 Siehe oben S. 218 f.

»mediating principle«²⁶⁰ seine eigentliche Bedeutung erschließen könne. Es wird daher nach einer allgemeineren und tiefergehenden Begründung dafür verlangt, weshalb bestimmte Merkmale oder Gruppen besonderen gleichheitsrechtlichen Schutz genießen sollen.

Dabei ist man sich in den USA darüber einig, daß den Schwarzen – schon aus Gründen der Entstehungsgeschichte – der besondere Schutz der equal protection-Klausel gebühre. Andererseits besteht auch Einigkeit darüber, daß angesichts des allgemein gefassten Wortlauts der equal protection-Klausel auch andere Gruppen möglicherweise besonderen Gleichheitsschutz beanspruchen können. Welche anderen Gruppen den besonderen gleichheitsrechtlichen Status erreichen können, hängt maßgebend davon ab, aus welchen Gründen man überhaupt besonderen gleichheitsrechtlichen Schutz zusprechen will. Die Anhänger einer Sichtweise der besonderen Gleichheitssätze, die deren Funktion nicht im Verbot bestimmter Merkmale sieht, versuchen zunächst nachzuweisen, daß sich ein besonderer gleichheitsrechtlicher Status von Differenzierungen zum Nachteil von Schwarzen nicht aus dem Merkmal Rasse innenwohnenden Eigenschaften ableiten läßt. Dazu diskutieren sie verschiedene Ansätze, die eine merkmalsbezogene Sicht begründen könnten.²⁶¹

Zum einen könnte man darauf verweisen, daß das Merkmal Rasse für die Anordnung von Rechtsfolgen völlig irrelevant, seine Verwendung deswegen grundsätzlich unzulässig sei. Ob dies im Ergebnis richtig oder wünschenswert ist, mag schon strittig sein,²⁶² jedenfalls läßt sich ein Satz dieses Inhalts aus der »normalen« gleichheitsrechtlichen Dogmatik zur Rechtfertigung besonderen gleichheitsrechtlichen Schutzes gerade nicht entwickeln. Der allgemeine Gleichheitssatz schützt ausreichend davor, daß nicht nach völlig irrelevanter Kriterien differenziert wird. Gäbe es keinen nachvollziehbaren Grund, jemals nach der Rasse zu differenzieren, bräuchte man zur verfassungsrechtlichen Überprüfung weder eine besondere Stufe der Kontrolldichte, noch einen Satz dieses Inhalts überhaupt.²⁶³ Schon der Grundrechtschutz nach dem allgemeinen Gleichheitssatz müßte ausreichen. Die fehlen-

260 Tribe, Constitutional Law, S. 1514; Fiss, Groups, S. 84; Brest, S. 1

261 Vgl. zum folgenden Ely, Democracy.

262 Vgl. dazu beispielsweise den Streit um das assimilationistische Gesellschaftsideal, siehe oben S. 265.

263 Vgl. dazu den interessanten Aufsatz von Strauss, The Myth of Colorblindness, der auf Grundlage der ökonomischen Sicht des Rechts darauf abstellt und durch Beispiele belegt, daß ein Verbot, welches auch Differenzierungen nach der Rasse bei zutreffenden Generalisierungen untersagt, sich gerade nicht auf ein Prinzip der Farbenblindheit berufen kann.

de Relevanz des Merkmals kann eine besondere gleichheitsrechtliche Stellung nicht begründen.

Als weiterer Begründungsversuch könnte auf die Unveränderlichkeit des Merkmals Rasse abgestellt werden. Es erscheint ungerecht, nach Merkmalen zu differenzieren, auf die der einzelne keinen Einfluß hat, so daß die Rechtfertigung intensiverer verfassungsgerichtlicher Kontrolle aus diesem Grund gelingen könnte. Doch ist auch diese Überlegung nur auf den ersten Blick plausibel, läßt sich doch ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß nach unveränderlichen Kriterien nicht differenziert werden dürfe, bei näherer Betrachtung nicht halten. Körpergröße, Intelligenz, körperliche oder geistige Behinderung sind von jeher rechtfertigende Wirkung für Differenzierungen zuerkannt worden, wenn sie nicht im Hinblick auf den gesetzgeberischen Zweck als willkürlich erscheinen.²⁶⁴ Wiederum ist man darauf angewiesen, zu begründen, weshalb Rasse im dogmatischen Rahmen des Gleichheitssatzes anders als andere Merkmale behandelt werden soll.

Zumeist wird der Sinn des Verbots der Verwendung des Merkmals Rasse bei der Zuordnung von Rechten und Pflichten denn auch erklärt als Verbot, Menschen zu degradieren oder zu stigmatisieren. Der Gleichheitssatz verlangt, allen Menschen den gleichen Respekt, die gleiche Würde und Achtung entgegenzubringen. Er verwehre damit die Unterscheidung zwischen Menschen oder Bürgern erster und zweiter Klasse, untersage es, rassistische Gruppen als Herren- oder Sklavenrasse anzusehen. Es dürfen nicht einige als Außenseiter aus der Gesellschaft ausgegrenzt und andere als Insider privilegiert werden. In letzter Konsequenz werden besondere Gleichheitssätze somit verstanden als Verbot der Aberkennung gleicher Menschenwürde für bestimmte Personengruppen.²⁶⁵

Nach diesem Verständnis geht es dann auch nicht mehr um das abstrakte Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale, sondern um den Schutz bestimmter Personen oder Personengruppen vor Entwürdigung. In der dogmatischen Umsetzung dieses Blickwinkels stellen einige vor allem auf das Verfahren ab, in dem die Entscheidungen getroffen werden (1), während andere eher die nachteiligen Auswirkungen auf besonders geschützte Gruppen in den Vordergrund stellen (2).

264 Für Behinderte stellen sich allerdings auch schwierige Fragen der Diskriminierung, die aber nach allgemeiner Ansicht gerade nicht allein im Sinne eines absoluten Differenzierungsverbots allein zu lösen sind, vgl. zu diesem Problemkreis: Minow, Difference.

265 Vgl. dazu Karst.

1. Prozeß-orientierte Ansätze

Ihren Ausgangspunkt fanden die prozeß-orientierten Ansätze schon im Jahre 1938. Eher nebenbei – im Rahmen einer Erörterung der Bedeutung verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung gegenüber vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidungen – merkte Richter Stone in einer Fußnote, der inzwischen berühmten Fußnote Nr. 4 der *Carolene Products*-Entscheidung an:

»... prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry«.²⁶⁶

Kurz zusammengefaßt, liegt dem *Carolene*-Ansatz das Bild einer pluralistischen Gesellschaft zugrunde, in der demokratische Entscheidungen nicht von einer einheitlichen, homogenen und vor allem nicht immer von derselben Mehrheit getragen werden. Verschiedene Interessengruppen, die alle einen Teil der Bevölkerung repräsentieren, verhandeln miteinander, um sich die gegenseitige Unterstützung bei bestimmten Gesetzgebungsvorhaben zu sichern. Der Justiz kommt die Aufgabe zu, diesen Prozeß zu überwachen. Gibt es Gruppen, die vom normalen System des Ver- und Aushandelns ausgeschlossen sind, die im Ergebnis weitaus häufiger als vergleichbare Gruppen auf der Seite der Verlierer stehen, also letztlich nicht auf ihren »gerechten« Anteil und Einfluß auf Entscheidungen kommen, soll die dritte Gewalt eingreifen und bei der Kontrolle genauer hinsehen.²⁶⁷

Soweit die *Carolene*-Fußnote verlangt, auf Vorurteile gegenüber bestimmten Gruppen im Hinblick auf ihre Beteiligung an politischen Prozessen zu achten, ist sie bis heute aktuell geblieben. Unter dem Gesichtspunkt struktureller politischer Machtlosigkeit erweisen sich heutzutage aber die Voraussetzungen – discrete and insular minorities – als zweifelhaft, die Richter Stone an Gruppen stellt, denen die Gerichte besondere Aufmerksamkeit widmen sollen.

266 United States v. *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 Anm. 4 (1938): »... möglicherweise behindern Vorurteile gegenüber leicht identifizierbaren und insularen Minderheiten das Funktionieren derjenigen politischen Prozesse, auf die man sich normalerweise zum Schutz von Minderheiten verlassen kann, so stark, daß eine intensivere gerichtliche Kontrolle angebracht wäre.«

267 Vgl. dazu Ackerman, S. 719 ff.; Brilmayer.

Fraglich ist schon, ob überhaupt das Abstellen auf Minderheiten gerechtferligt ist. Angenommen, auf verfahrensmäßig legale Weise wäre ein mehrheitlich weißes Rechtsetzungsgremium gewählt worden, welches sodann rassen-segregierende Gesetze erläßt.²⁶⁸ Sollte die Intensität gerichtlicher Kontrolle wirklich davon abhängen, ob Schwarze in der besagten Gebietskörperschaft eine Mehrheit von 75% oder eine Minderheit von 10% darstellen – oder wären nicht gerade umgekehrt die Zweifel am Funktionieren des politischen Prozesses um so stärker, wenn Schwarze die Mehrheit stellten? Auch ließe sich fragen, ob nicht auch bestimmte Gruppen – wie etwa Frauen – strukturell politisch machtlos im oben skizzierten Sinne sein können, obwohl sie rein rechnerisch die Mehrheit der Wahlberechtigten stellen.

Betrachtet man gar die Lage »insularer« gegenüber der »diffuser« Gruppen,²⁶⁹ liegt es sogar nahe anzunehmen, daß eine Minderheit von 12%, die – in Ackermans Bild²⁷⁰ – auf einer massiven, festen Insel im Meer des amerikanischen Lebens lebt, politisch einflußreicher ist als eine vergleichbare Minderheit von 12 %, deren Angehörige sich gleichmäßig im Meer verteilen. Die Angehörigen der insularen Gruppe leben in Gemeinschaft mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe, können Selbstvertrauen und Solidarität entwickeln sowie politische Diskussions- und Kommunikationszusammenhänge schaffen. Die Angehörigen der diffusen Gruppe haben dagegen schon erhebliche Schwierigkeiten darin, sich überhaupt zu organisieren und politische Konzepte für ihre Interessenvertretung zu entwickeln.

Eine ähnliche Überlegung gilt auch für leicht identifizierbare gegenüber anonymen Gruppen. Ist das Merkmal, dessentwegen diskriminiert wird, nicht leicht zu identifizieren, besteht für die Diskriminierten die Möglichkeit des privaten Ausweges. Sie können ihre Zugehörigkeit zu der diskriminierten Gruppe verleugnen und damit die Folgen der Diskriminierung für sich persönlich minimieren. Als Beispiel für solches Verhalten werden häufig Homosexuelle genannt. Denen, die wegen leicht identifizierbarer Merkmale diskriminiert werden, steht ein solcher Ausweg dagegen nicht offen. Sie müssen irgendwie mit dem Problem der Diskriminierung umgehen. Die Chancen, daß sich diese Gruppe politisch gegen die Diskriminierung wehrt, steigen.²⁷¹ Somit bleibt von dem *Carolene*-Ansatz vor allem der Gedanke der Beziehung zwischen Vorurteil gegenüber bestimmten Gruppen und daraus resultieren-

268 Beispiel von Ackerman, S. 718.

269 Dazu ausführlich Ackerman, S. 722 ff.

270 Ackerman, S. 724.

271 Vgl. auch dazu ausführlich Ackerman, S. 728 ff.; vgl. auch Ely, Democracy, S. 162 ff.

den Defiziten im Funktionieren des politischen Prozesses. In neuerer Zeit entwickelte vor allem Ely diesen Gedanken weiter. Er ist wohl der einflußreichste Vertreter eines prozeß-orientierten Ansatzes in der Auslegung der equal protection-Klausel.

Ausgangspunkt ist für Ely der Umstand, daß der Gleichheitssatz keine Anleitung dahingehend enthalte, wie im Ergebnis Güter oder Lasten »gleich« zu verteilen seien. Die Verfassungsmäßigkeit von Akten könne daher nicht dadurch beurteilt werden, daß man betrachte, wie die Verteilung im Ergebnis aussehe, sondern allein dadurch, daß man den Prozeß, der die fragliche Verteilung herbeigeführt habe, analysiere.²⁷² Entscheidender Gesichtspunkt im Bereich des Gleichheitssatzes ist für Ely dabei die Motivation des handelnden Trägers staatlicher Gewalt.²⁷³ In einem Beispiel versucht er, diesen Ansatz anschaulich zu machen.²⁷⁴ Angenommen, ein Sergeant habe drei Mitglieder seiner sechsköpfigen Truppe für ein besonders gefährliches Unternehmen auszuwählen. Offensichtlich werde die Verfassung nicht verletzt, wenn der Sergeant die drei nach den Ergebnissen eines Schießtests oder vielleicht sogar nach dem Zufallsprinzip auswähle. Andererseits verstieße es gegen die Verfassung, sie nach ihrer ethnischen Herkunft, religiösen oder politischen Überzeugung auszuwählen. Dabei mag – und darauf kommt es Ely an – im Ergebnis eine verfassungsgemäße wie eine verfassungswidrige Auswahl dieselben Personen treffen. Doch nur, wenn eine verfassungswidrige Motivation die Wahl wesentlich beeinflußt zu haben scheint, sei das Verfahren illegitim und wäre sein Ergebnis durch Gerichte aufzuheben.²⁷⁵ Ely verkennt nicht, daß hier erhebliche Beweislastprobleme auftreten; allein der Umstand, daß es schwierig sei, die Motivation herauszufinden, könne aber nicht daran hindern, eine solche Untersuchung überhaupt vorzunehmen.²⁷⁶ Entscheidend ist für ihn aber nicht (allein),²⁷⁷ welche tatsächliche Motivation die Han-

272 A.a.O., S. 135 f. Er macht jedoch eine wichtige Einschränkung: soweit verfassungsrechtlich garantierte (Freiheits-)Rechte betroffen seien, könne auch »das Ergebnis« analysiert werden, vgl. dazu auch S. 145.

273 Der Begriff »motivation« wird von Ely umfassend im Sinne des verfolgten Ziels verwendet sowohl für Entscheidungen eines einzelnen Trägers hoheitlicher Gewalt wie auch für gesetzgebende Körperschaften.

274 S. 137.

275 S. 138. Mit der Formulierung »asking whether an unconstitutional motivation appears materially to have influenced the choice« versucht Ely das Problem zu lösen, eine Motivation als die dominante herausarbeiten zu müssen.

276 S. 137 f.

277 1970 hatte Ely, Motivation, S. 1205, noch für die vollkommene Bedeutungslosigkeit der tatsächlichen Motivation plädiert. Diese Position nimmt er jetzt zurück, Democracy, S. 243, Anm. 15

delnden bewegte, sondern die Frage, ob es eine plausible, legitime Begründung für den Erlaß des fraglichen Aktes gibt.²⁷⁸

Unter diesem Blickpunkt gewinnt die dogmatische Figur der »suspect classification« für Ely eine neue Funktion. Er bezeichnet sie als »handmaiden of motivation analysis«.²⁷⁹ Könne eine verfassungswidrige Zwecksetzung unmittelbar bewiesen werden, sei der fragliche Akt ohne weitere Untersuchung aufzuheben. Wenn aber ein solcher direkter Nachweis verfassungswidriger Zwecksetzung nicht erfolgen könne, erlange die Intensität der gerichtlichen Überprüfung ihre besondere Bedeutung. In der Regel werde eine gesetzgeberische Differenzierung am besten der Erreichung des Ziels entsprechen, welches der Gesetzgeber wirklich verfolgt habe. Ein verfassungswidriges Ziel könne aber zur Rechtfertigung der gesetzgeberischen Unterscheidung vor dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nicht dienen. Zur Rechtfertigung könne dann nur ein anderes Ziel vorgetragen werden, welches durch die Unterscheidung voraussichtlich nur in geringerem Ausmaß gefördert werde. Verbliebe die gerichtliche Überprüfung auf der Ebene des rational basis test könnte dieses andere – für sich genommen verfassungsmäßige – Ziel die angegriffene Maßnahme vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit retten. Verlange man aber im Rahmen der strict scrutiny, daß die vom Gesetzgeber gewählte Klassifizierung dem Zweck besser als die Unterscheidung nach jedem anderen Kriterium entspreche, werde vermutlich nur das wirklich verfolgte Ziel eine ausreichend enge Zweck-Mittel-Beziehung aufweisen. Sei dieses aber verfassungswidrig, werde das Gesetz der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht standhalten. Für Ely erfüllt der Maßstab der strict scrutiny damit funktionell die Aufgabe, verfassungswidrige Motivation zu identifizieren, ohne daß die bekannten Beweisprobleme hinsichtlich tatsächlicher Motivation auftreten.²⁸⁰

Ely lehnt es ab – wie Rechtsprechung und Literatur gemeinhin vorgehen –, zunächst zu bestimmen, ob eine Klassifizierung suspekt sei, und in einem davon getrennten Gedankenschritt zu prüfen, ob die Anforderungen an die Bedeutung des verfolgten Ziels und die Nähe der Zweck-Mittel-Beziehung erfüllt seien.²⁸¹ Er sieht die Untersuchung als Einheit, die darin bestehe, zu fragen, ob der durch die Klassifizierung zunächst erregte Verdacht der verfas-

278 Insofern erinnert Elys Position an das vor allem von Podlech und Schlink vertretene Begründungsverbot, vgl. oben S. 147 ff.

279 Democracy, S. 145; übersetzt: »Handmagd der Motivations-Analyse«.

280 Ely, S. 145 f.

281 S. 146 f.

sungswidrigen Motivation begründet oder durch nähere Betrachtung widerlegt werden könne. Er erläutert dies näher am Beispiel einer Differenzierung nach der Rasse, die die rassische Minderheit benachteiligt. Selbstverständlich errege eine solche Differenzierung den Verdacht, daß sie genau das erreichen wolle, was die Wahl des Differenzierungsmerkmals nahelege, nämlich schlicht, die rassische Minderheit zu benachteiligen. Bringt der Staat andere Gründe vor, die diese Differenzierung rechtfertigen sollen, sei zu überprüfen, ob diese Ziele nicht durch die Wahl eines anderen Differenzierungskriteriums effektiver erreicht werden können. Dies führt zu einem weiteren Element der Analyse: die Berücksichtigung der Gewichtigkeit des angeführten Grundes. Selbst wenn die Zweck-Mittel-Beziehung eng genug sein sollte, könnte das vorgetragene Ziel so trivial sein, daß sich der Anfangsverdacht – es gehe hier um Diskriminierung – letztlich nicht zerstreuen lasse. Ely meint, durch dieses zusätzliche Element der Untersuchung beispielsweise den Graduierungsfall lösen zu können.²⁸² Der Direktor einer Schule ordnet an, daß bei der Abschlußzeremonie Schwarze auf der einen und Weiße auf der anderen Seite des Podiums zu sitzen hätten, und verteidigt diese Sitzordnung unter Hinweis auf ästhetische Vorstellungen. Hier erscheine der verfolgte Zweck so trivial, daß er nur als Rationalisierung eigentlich diskriminierender Motivation verstanden werden könne. Ely setzt dem einen anderen Fall entgegen, wo die Rassentrennung berechtigt wäre: bei dem drohenden Ausbruch eines Rassenaufzugs in einem Gefängnis.

Nach dieser Neuinterpretation der equal protection-Klausel wendet sich Ely der Frage zu, wann eigentlich der für seine Analyse entscheidende Anfangsverdacht – die Benachteiligung erfolge um ihrer selbst willen – entstehe. Hier knüpft Ely an die *Carolene Products*-Fußnote an und weist dem Begriff des Vorurteils zentrale Bedeutung zu.²⁸³ Er versteht unter Vorurteil – ohne eine vollständige Definition anzustreben – »eine Linse, die die Wirklichkeit verzerrt«²⁸⁴ und damit verhindert, daß gemeinsame Interessen als solche erkannt werden. Mit diesem Bindeglied kommt Ely von der politischen Be trachtungsweise des Verfahrens – wie sie das Bild des pluralistischen Bazars, von dem bestimmte Gruppen ausgeschlossen werden, eher nahelegt – zu der Analyse der »Psychologie der Entscheidung«²⁸⁵ und rückt damit wiederum den Begriff der Motivation in den Brennpunkt. Aufgabe der dogmatischen

282 S. 147 f.

283 Daß es um »discrete and insular minorities« gehen müsse, weist er zurück, S. 151 f.

284 S. 153: »prejudice is a lens that distorts reality«.

285 S. 153.

Figur der »suspect classification« sei es, Versuche seitens Träger hoheitlicher Gewalt offenzulegen (und damit verfassungsrechtlich angreifbar zu machen), eine Gruppe nicht im Interesse eines wichtigeren sozialen Ziels, sondern vor allem um ihrer Benachteiligung willen, schlechter zu stellen. Ely erscheinen deshalb Klassifizierungen suspekt, »die Gruppen schlechter stellen, von denen wir wissen, daß sie das Objekt weitverbreiteter Herabsetzung sind, Gruppen, von denen wir wissen, daß möglicherweise andere (insbesondere diejenigen, die den Gesetzgebungsprozeß kontrollieren) sie verletzen wollen«.²⁸⁶ Dabei betont er – ganz in Übereinstimmung mit einer prozeß-orientierten Theorie – daß es nicht darum gehe festzustellen, ob die Feindseligkeit gegenüber bestimmten Gruppen gerechtfertigt sei.

Neben diesem »Vorurteil des ersten Grades«²⁸⁷ – der Schlechterstellung einer Gruppe, um den Angehörigen der Gruppe zu schaden – benennt Ely eine zweite Kategorie von Vorurteilen, die einen Anfangsverdacht im Sinne seiner Theorie erregen könnten. Ausgehend davon, daß Generalisierungen notwendiges Mittel der Gesetzgebung sind, weist Ely darauf hin, daß eine Generalisierung – wie manchmal gefordert – nicht durch das Argument, es gebe zu viele Gegenbeispiele, zu Fall gebracht werden könne. Verdächtig erscheinen ihm aber Typisierungen, bei denen die Anzahl der Gegenbeispiele deutlich höher ist, als die Gesetzgebungsinstanz angenommen hat. Unter diesen Umständen beruhe die gesetzgeberische Entscheidung auf fehlerhaften Tatsachenannahmen und sei damit nicht haltbar. Ely zieht den gesunden Menschenverstand heran, um zu verdeutlichen, unter welchen Bedingungen Generalisierungen vermutlich akzeptiert werden können; im Alltagsleben würde man bei Generalisierungen wissen wollen, von wem sie kommen und wessen Interessen sie dienen. Generalisierungen, die den Interessen des Entscheidungsträgers dienen, seien besonders problematisch. Dabei müsse es noch nicht einmal um greifbare Vorteile gehen. Unter Heranziehung soziopsychologischer Forschungsergebnisse führt Ely aus, daß es nur wenige Menschen gäbe, die über pauschale Vergleiche, die die Gruppe, der sie angehören, gegenüber anderen Gruppen als überlegen charakterisieren, nicht erfreut und damit auch geneigt gewesen wären, sie als wahr zu akzeptieren.²⁸⁸ »Daher werden Verallgemeinerungen dahingehend, etwa, daß Weiße normalerweise klüger oder fleißiger als Schwarze, Männer ›belastbarer‹ als Frauen sind ..., wahrscheinlich recht einfach geglaubt – und in der Tat wissen wir, daß

286 S. 153.

287 S. 157.

288 S. 158.

das stimmt – von Gruppen, deren Zusammensetzung der einer typischen amerikanischen gesetzgebenden Versammlung entspricht«.²⁸⁹ Zwar sei selbstverständlich die Existenz von Gegenbeispielen bekannt, aber als Beschreibung des »Normalen« würden die positiven Vorurteile gegenüber der eigenen Gruppe und die negativen gegenüber anderen Gruppen relativ leicht von Abgeordneten, wie von jedem anderen Menschen, hingenommen. Die unterschiedliche Behandlung zweier Gruppen durch ein Gesetz sei daher dann verdächtig, wenn die ganz überwiegende Mehrzahl der Abgeordneten der einen Gruppe (»wir«) angehört. Denn damit steige die Wahrscheinlichkeit, daß zu leicht angenommen werde, die Angehörigen der anderen Gruppe (»sie«) würden jedenfalls nicht zu Unrecht schlechter und »wir« nicht zu Unrecht besser gestellt.²⁹⁰ Die meisten Gesetze unterschieden zwischen Gruppen, zu denen die meisten Abgeordneten nicht gehörten. Diese »sie-sie«-Konstellation sei verfassungsrechtlich nicht bedenklich, während Gesetze vom Typ »wir-sie« den Anfangsverdacht erregen und vom Gericht deshalb in der oben beschriebenen Weise intensiver überprüft werden sollten.²⁹¹ Die Frage, bei welchen Gruppen Ely eine solche »wir-sie«-Qualität annimmt, soll hier nicht weiter verfolgt werden;²⁹² Schwarze gehören jedenfalls dazu.

Elys Theorie führt für den paradigmatischen Fall der Schwarzen zu folgenden Konsequenzen: Da Ely den Gleichheitssatz als Verbot des verfassungswidrig motivierten Handelns zu Lasten der Schwarzen versteht, wird mittelbare Benachteiligung im Regelfall nicht erfaßt werden. Insoweit entspricht Elys Ergebnis dem aus einem Differenzierungsverbot abgeleiteten. Anderes gilt aber für affirmative action. Zwar hält Ely die moralische Beurteilung von affirmative action für schwierig, die verfassungsrechtliche ist für ihn leichter.²⁹³ Bei affirmative action-Maßnahmen werden die Angehörigen derjenigen Gruppe – die Weißen – nachteilig getroffen, der auch die überwiegende Anzahl der gesetzgeberisch Handelnden angehören. Die Gefahr, daß hier die Nachteile, die Weiße in Kauf nehmen müssen, nicht ausreichend bedacht worden sind, scheine gering, oder wie Ely es formuliert: »Ob es zutrifft, daß

289 S. 159.

290 S. 159.

291 Kritisch zu Ely's sozialpsychologischem Ansatz, Ackerman, S. 734 ff.

292 Ely selbst diskutiert einige Beispiele von Gruppen – diejenigen, die in der amerikanischen Diskussion immer als mögliche Kandidaten für strict scrutiny genannt werden: Ausländer, Arme, Homosexuelle, Frauen -, bei denen ein solcher Anfangsverdacht typischerweise gegeben sein könnte, S. 161 ff.

293 Ely, S. 170.

es gesegneter ist zu geben als zu nehmen oder nicht, jedenfalls ist es sicherlich weniger verdachterregend«.²⁹⁴

In der Kritik an Elys Theorie spiegelt sich zunächst der grundsätzliche Streit um die Rolle von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit wider. Die Vertreter einer prozeß-orientierten Theorie sehen in der Verfassung vor allem Garantien des fairen Verfahrens²⁹⁵ und weisen dementsprechend dem Verfassungsgericht primär die Aufgabe zu, das demokratische Verfahren zu überwachen und Fehler in dem Anspruch aller auf faire Repräsentation zu beheben, während (Wert)-Entscheidungen dem Gesetzgeber überlassen bleiben. So könne die Gerichtsbarkeit wirklich neutral und objektiv bleiben, nur so könne sie vermeiden, die politischen Entscheidungen, die in einer Demokratie dem Gesetzgeber zugewiesen sind, durch ihre eigenen Überzeugungen und Wertungen zu ersetzen.²⁹⁶ Die Kritik der Gegner²⁹⁷ bezieht sich vor allem auf den Umstand, daß auch eine noch so stark aufs Verfahren konzentrierte Verfassungstheorie ohne von Gerichten getroffene materielle Entscheidungen nicht auskomme, wie sich beispielsweise an Elys Begriff des Vorurteils zeigen lasse.²⁹⁸ Von besonderem Interesse für das Verständnis besonderer Gleichheitssätze ist aber ein weiterer Einwand, welcher Elys Theorie ebenso wie ein Verständnis der equal protection-Klausel als Differenzierungsverbot trifft und der einen Neuansatz in der Bestimmung der Funktion der besonderen Gleichheitssätze ermöglicht: die Betonung der Opfer- statt der Täterperspektive.

294 S. 171.

295 S. 87: »... contrary to the standard characterization of the Constitution as ›an enduring but evolving statement of general values,‹ is that in fact the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process and instead the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual disputes ..., and on the other, with ... ensuring broad participation in the processes and distributions of government« (Anmerkungen des Originals weggelassen).

296 Vgl. dazu z.B. S. 101 ff.

297 Vgl. mit einer prägnanten Zusammenfassung der Gesichtspunkte, Tribe, *Puzzling Persistence*.

298 Vgl. dazu Tribe, a.a.O., S. 1073; Ackerman, S. 731 ff.

2. Schutz bestimmter Gruppen

Statt eines »Antidiskriminierungsprinzips«²⁹⁹ sehen in neuerer Zeit manche Autoren in der equal protection-Klausel ein »right not to be subjugated«³⁰⁰ oder sprechen vom »antidomination« bzw. »antisubordination principle«.³⁰¹ Auch dabei geht es im Kern um die Anerkennung gleicher Würde und gleichen Wertes aller Menschen. Doch erscheint diesen Autoren als unabdingbare Voraussetzung dafür die Abschaffung des Zwei- (oder Mehr-)Klassensystems, einer rechtlichen Ordnung, die eine Gesellschaft schafft, in der einige Bürger gleicher sind als andere.³⁰² Auch sie beziehen sich auf die berühmte abweichende Meinung des Richters Harlan in der *Plessy*-Entscheidung; in unmittelbarer Nähe des Postulats der Farbenblindheit der Verfassung, auf die sich die Vertreter des Differenzierungsverbots immer berufen, steht auch, daß es nach der Verfassung kein Kastensystem gibt, und die Verfassung Klassen von Bürgern weder kennt noch toleriert.³⁰³

Dies hat einen Wechsel der Blickrichtung zur Folge. Statt sich auf individualisierte Einzelakte der Diskriminierung zu konzentrieren, wird zunächst die Lage der Schwarzen mit der der Weißen verglichen. In allen sozialen Problembereichen sind Schwarze deutlich überproportional vertreten – wie beispielsweise bei den Arbeitslosen, den Obdachlosen, den Armen, den Analphabeten –, in allen Positionen von Macht, Einfluß und Prestige sind Schwarze nicht oder kaum repräsentiert. In der gesellschaftlichen Wirklichkeit erweist sich der Status beider Gruppen als deutlich unterschiedlich, die tatsächlichen Chancen der Schwarzen sind wesentlich schlechter als die der Weißen. Nach Ansicht dieser Autoren setzt sich hier die rassische Hierarchie fort, die durch die Schaffung des 14. Amendments hatte beseitigt werden sollen. Die schlechteren Ausgangsbedingungen, unter denen Schwarze heute in Amerika leben, werden als Fortwirkung der früher offiziell sanktionierten Rassendiskriminierung begriffen.

299 Womit das gemeint ist, was in Deutschland in der Regel als Differenzierungs- oder Diskriminierungsverbot erfaßt wird; dessen Bedeutung aber auch stark schwanken kann, vgl. dazu den Aufsatz von Brest, Forward, der zwar zur Verteidigung des Antidiskriminierungsprinzips aufruft, in seine Deutung aber zahlreiche Elemente eines materiellen Prinzips einbezieht.

300 Tribe, Constitutional Law, S. 1514; übersetzt: »Recht, nicht unterjocht zu werden«.

301 Vgl. z.B. Kennedy, Persuasion, S. 1334 ff.; Colker, S. 1003 ff.; Freeman, Legitimacy, S. 1052 ff.; in eine ähnliche Richtung zielen auch das »group-disadvantaging principle« von Fiss (Groups, S. 124 ff.) und der »inequality approach« von MacKinnon (Sexual Harassment, S. 116 ff.); vgl. auch Unger, S. 43 ff.

302 Tribe, Constitutional Law, S. 1515.

303 Siehe oben S. 219.

Auf die Lage der Schwarzen als Gruppe auch unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten zu blicken, rechtfertigt sich schon aus Gründen der Entstehungsgeschichte der equal protection-Klausel. Anliegen der Väter des 14. Amendment war es, die Lage der Schwarzen zu verbessern. Das Bestreben um die Verbesserung der Situation einer Gruppe stand somit schon zu Beginn der Verankerung des Gleichheitssatzes in der Verfassung.

Doch auch vom entstehungsgeschichtlichen Argument abgesehen lässt sich eine besondere Qualität der Gruppe der Schwarzen begründen. Zwar mag man auch bei rassischen und ethnischen Gruppen darüber streiten können, ob sie »natürliche«, vorgegebene Gruppen bilden, oder ob die Gesellschaft sie zur Gruppe erst durch gesellschaftliche Kategorien, Wertungen und Grenzziehungen macht;³⁰⁴ jedenfalls sind sie unzweifelhaft eine relevante Gruppe in der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Fiss weist auf weitere Kriterien hin, die die Gruppe der Schwarzen – er nennt sie eine »soziale Gruppe« – von anderen Gruppen unterscheidet. Zum einen existiere sie unabhängig von ihren jeweiligen Mitgliedern und habe eine eigene Identität; zum anderen hängen Wohl und Identität der Mitglieder und Wohl und Identität der Gruppe voneinander ab.³⁰⁵ Schließlich nehmen Schwarze für Fiss einen besonderen Stellenwert unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten ein, weil sie nicht nur zur Zeit am unteren Ende der ökonomischen Leiter stehen, sondern zudem diesen Rang über Jahrhunderte eingenommen haben. Er nennt sie daher Amerikas »perpetual underclass«.³⁰⁶

Während eine gleichheitsrechtliche Theorie aus der Opferperspektive auf die Lage der Schwarzen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit blickt, blickt das Antidiskriminierungsprinzip aus der Täterperspektive und erklärt Handlungen als unzulässig, die aus verfassungswidrigen Motiven erfolgen. Diskriminierung erscheint aus der Täterperspektive als Einzelakt, den ein bestimmter Täter einem bestimmten Opfer zufügt. Dem liegt ein Gesellschaftsbild zugrunde, welches in Rassendiskriminierung ein soziales Phänomen der Vergangenheit erblickt und für das Rassendiskriminierung heute nur noch als das Ergebnis von Handlungen einzelner Fehlgeleiteter existiert.³⁰⁷

Das Antidiskriminierungsprinzip reicht aus, um mit solchen isoliert auftretenden Fällen fehlerhaften Verhaltens fertig zu werden, doch wird von den Vertretern eines Antidominierungsprinzips eine solche Sichtweise als ver-

304 Vgl. dazu Tribe, Puzzling Persistence, S. 1074.

305 Fiss, Groups, S. 125.

306 S. 127.

307 Vgl. zum Vorstehenden Freeman, Legitimizing Racial Discrimination, S. 1052 ff.

kürzt zurückgewiesen. Tribe weist darauf hin, daß schon aus rein praktischen Gründen selbst ein informelles und subtiles Kastensystem nicht lange existieren könnte, wäre es notwendig, regelmäßig bewußt und personifiziert gegen jedes Mitglied der unterdrückten Gruppe zu diskriminieren. Regime von andauernder Unterdrückung erzeugten daher Mechanismen, Einrichtungen und Umstände, die der Zielgruppe Lasten und Zwänge auferlegen, ohne wiederholte oder individualisierte diskriminierende Handlungen anwenden zu müssen.³⁰⁸

Das Antidiskriminierungsprinzip bietet nur gegen einen Mechanismus der Unterdrückung Schutz: den bewußten Akt der Schaffung von Normen, die Schwarze benachteiligen. Es übersieht demgegenüber, daß Schwarze auch nachteilig betroffen werden können, wenn der Staat ihrem Leiden »nur« gleichgültig gegenübersteht. Auch wenn sich der Staat »einfach« der Tatsache gegenüber als blind erweist, daß bestimmte »rassenneutral« formulierte Maßnahmen das Ergebnis der früher staatlich sanktionierten Rassendiskriminierung perpetuierten.³⁰⁹

So begreift die Opferperspektive Diskriminierung als strukturell und umfassend, die die Existenz von Schwarzen in der heutigen Gesellschaft prägt und die nur beseitigt werden könne, wenn die Bedingungen verändert werden. Deshalb kann es auch nicht auf die Vorurteile ankommen, die die Träger hoheitlicher Gewalt in ihren Herzen und Gedanken tragen mögen, sondern es geht um die Auswirkungen, die staatliche Akte auf bestimmte Gruppen – insbesondere die Schwarzen – haben: »Ziel der equal protection-Klausel ist es nicht, unreine Gedanken auszumerzen, sondern ein volles Maß an menschlicher Würde für alle zu garantieren«.³¹⁰

Die Interpretation der equal protection-Klausel als Antidominierungsprinzip hat zur Folge, daß strict scrutiny – wenn überhaupt noch in diesen dogmatischen Kategorien gedacht wird – überhaupt nur bei Gesetzen, die Schwarze nachteilig treffen, in Betracht kommen kann. Affirmative action erscheint daher grundsätzlich als verfassungsrechtlich unbedenklich und unterliegt der Prüfung nur anhand des Prüfungsmaßstabes des allgemeinen Gleichheitssatzes. Verfassungswidrig sind affirmative action-Programme nur dann, wenn sich eine rationale Grundlage für ihre Einrichtung nicht finden läßt.

Im Ergebnis ist die Interpretation als Antidominierungsprinzip auch die einzige, die mittelbare Benachteiligung als verfassungsrechtlich problematisch

308 Tribe, Constitutional Law, S. 1518; Schnapper, Perpetuation, S. 834, 863.

309 Tribe, Constitutional Law, S. 1518 f.

310 Tribe, Constitutional Law, S. 1516.

erfaßt; vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um disparate impact wird dieser neue gleichheitsrechtliche Ansatz entwickelt und diskutiert. Er zielt gerade darauf ab, bewußt zu machen, daß »neutrale« staatliche Maßnahmen, die auf dem Resultat jahrhundertelanger Diskriminierung aufbauen, häufig dazu dienen können, Rassenhierarchie zu verfestigen. Hat ein Gesetz besondere nachteilige Auswirkungen auf die Schwarzen, so ist es jedenfalls rechtlich nicht unbedenklich.

Schwierig gestaltet sich aber die Grenzziehung. In gewissem Sinne wirkt sich beispielsweise jedes Gesetz, welches finanzielle Lasten anordnet, besonders nachteilig auf Schwarze aus, da sie überproportional arm sind. Dabei besteht weithin Einigkeit darüber, daß solche Gesetze natürlich nicht gemeint sind. Eine scharfe, theoretisch klare Grenzziehung wird in der amerikanischen Diskussion zumeist nicht vorgenommen, letztlich verläßt man sich häufig auf den gesunden Menschenverstand, Plausibilität und »intuitive« Einsichtigkeit. Tribe faßt einige der Kriterien, auf die es ankommt, zusammen und führt aus, daß strict scrutiny lediglich gegenüber den Akten öffentlicher Gewalt, »die nach ihrer Geschichte, ihrem Kontext, ihrer Quelle und ihren Auswirkungen am wahrscheinlichsten scheinen, nicht nur Unterordnung zu perpetuieren, sondern auch eine Tradition von Feindseligkeit gegenüber einer geschichtlich unterjochten Gruppe oder ein Muster von Blindheit oder Gleichgültigkeit gegenüber den Interessen dieser Gruppe zu reflektieren«, angebracht ist.³¹¹ Andere dagegen halten es schon für ausreichend, wenn ein Akt staatlicher Gewalt »nur« Unterordnung perpetuiert; sie verlassen sich auf die Analyse der jeweiligen tatsächlichen Besonderheiten des konkreten Falles.³¹²

Eine ausgefeilte Dogmatik wird von den Vertretern des Anti-Subjugationsprinzips nicht angeboten. Ihnen geht es auch vor allem um Grundsätzliches, um den Wechsel von der Täter- zur Opferperspektive. Sie wollen erreichen, daß Fragen und Kriterien, die an jeden Fall besonders zu stellen sind, aus dem richtigen Blickwinkel heraus entwickelt werden.

D. Rassendiskriminierung und Geschlechterdiskriminierung

Bisher wurden die Fragen der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Diskriminierung fast ausschließlich anhand der Lage der Schwarzen diskutiert.

311 Tribe, Constitutional Law, S. 1520.

312 Vgl. Colker, S. 1066.

Der Schritt zur Erweiterung auf ethnische oder nationale Gruppen lag in den USA nahe;³¹³ der Supreme Court machte schließlich den ersten Ansatz zur Anwendung von strict scrutiny bei der Überprüfung der Internierung von Amerikanern japanischer Abstammung während des 2. Weltkrieges.³¹⁴ Heftig umstritten war und ist aber, ob und inwieweit die Rechtsprechung zur Rassendiskriminierung auf Frauendiskriminierung übertragen werden kann. Bis in die siebziger Jahre dieses Jahrhunderts hinein wurden Differenzierungen nach dem Geschlecht vom Supreme Court routinemäßig aufrechterhalten, wie ein kurzer Überblick über die Rechtsprechung zeigt.³¹⁵ Beispielsweise wurde Frauen das Recht vorenthalten, als Rechtsanwältinnen zu arbeiten,³¹⁶ zu wählen,³¹⁷ eine Arbeitszeitbeschränkung zugunsten von Frauen wurde, gerade drei Jahre, nachdem eine ähnliche Regelung zugunsten von Männern als Verstoß gegen die Vertragsfreiheit aufgehoben worden war,³¹⁸ für verfassungsgemäß gehalten,³¹⁹ der Gerichtshof billigte ein Gesetz, welches Frauen nur dann als Barkeeper arbeiten ließ, wenn sie Tochter oder Ehefrau des männlichen Eigentümers waren,³²⁰ und hielt noch 1961 ein System der Geschworenenauswahl für mit der Verfassung vereinbar, welches Frauen ausschloß, außer wenn sie sich selbst freiwillig für den Dienst meldeten.³²¹

313 Selbst Richter Rehnquist, der lange gegen jegliche Intensivierung der gleichheitsrechtlichen Prüfung außer bei Differenzierungen nach der Rasse plädierte, akzeptierte diese als »first cousin« zur Rasse; siehe z.B. Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762 (1977), S. 777 (Rehnquist, dissenting); kritisch zu dieser Argumentation siehe z.B. Ely, Democracy, S. 149.

314 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 216 (1944).

315 Vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1558 ff.; Stone u.a., S. 610 ff.; Lockhart u.a., S. 1286 ff.; Kay; Goldstein; Nowak u.a., S. 660 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 189 ff.; Coester-Waltjen; Gleichberechtigung; Seeland, S. 289 ff.

316 Bradwell v. Illinois, 83 U.S. (16 Wall.) 130, 141 (1873) mit der seither viel zitierten concurring opinion von Richter Bradley: »The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life ... The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator«.

317 Minor v. Happersett, 88 U.S. (21 Wall.) 162 (1875); inzwischen überholt durch die Verfassungsänderung des 19. Zusatzartikels im Jahre 1920.

318 Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

319 Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908); mit den seither ebenfalls viel zitierten Worten: »That woman's physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious. ... Differentiated by these matters from the other sex, she is properly placed in a class by herself and legislation designed for her protection may be sustained, even when like legislation is not necessary for men and could not be sustained.«

320 Goesaert v. Cleary, 335 U.S. 464 (1948).

321 Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57 (1961). Zwar bemerkte der Gerichtshof schon die »enlightened emancipation of women«, hielt das Gesetz aber für vernünftig in Anbetracht der Tatsache, daß »woman is still regarded as the center of home and family« (S. 61 f.).

Die große Veränderung erfolgte 1971, als der Supreme Court einstimmig – freilich noch unter Anwendung des niedrigsten Prüfungsstandards – eine Regelung als willkürlich aufhob, die bei gleichem Verwandschaftsgrad Männern bei der Einsetzung als Verwalter eines Nachlasses den Vorzug gab.³²² Viele Kommentatoren sehen aber schon in dieser Entscheidung den ersten Ansatz zu intensiverer Prüfung von Differenzierungen nach dem Geschlecht, da nur dann das Ergebnis überzeugen könne.³²³

In dem nur anderthalb Jahre später entschiedenen Fall *Frontiero v. Richardson*³²⁴ sprachen sich dann auch schon vier Richter dafür aus, bei Frauendiskriminierung denselben Prüfungsmaßstab anzulegen wie bei Rassendiskriminierung. Richter Brennan verwies für die Gruppe der vier auf die Geschichte der Frauendiskriminierung, die traditionell durch eine Haltung des »romantischen Paternalismus« gerechtfertigt worden sei, »die aber in ihren praktischen Auswirkungen Frauen nicht auf ein Podest hob, sondern in einen Käfig sperrte«.³²⁵ Dies habe dazu geführt, daß die Position, die Frauen während eines Großteils des 19. Jahrhunderts einnahmen, in vielerlei Hinsicht mit der Stellung der Schwarzen unter den Sklavengesetzen vor dem Bürgerkrieg vergleichbar war.³²⁶ Auch heute noch erfahren Frauen weitverbreitete, wenn auch teils subtile Diskriminierung. Geschlecht wie Rasse seien unveränderliche Merkmale, an die anzuknüpfen dem Grundprinzip der Rechtsordnung widerspreche, rechtliche Nachteile nur aufgrund persönlicher Verantwortlichkeit aufzuerlegen. Die Verwendung des Geschlechts zur Klassifizierung sei »verdächtig«, da es häufig keinen Einfluß auf die Fähigkeit, gesellschaftliche Funktionen und Positionen wahrzunehmen, habe. Gesetzliche Differenzierungen nach dem Geschlecht hätten daher häufig »die ganze Klasse der Frauen auf einen niedrigeren Status relegiert, ohne die tatsächlichen Fähigkeiten ihrer individuellen Mitglieder zu berücksichtigen«.³²⁷ Dagegen begründete Richter Powell eine unterschiedliche Behandlung von Rassen- und Frauendiskriminierung mit einer von Brennan abweichenden Einschätzung

322 Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

323 Tribe, Constitutional Law, S. 1561; Gunther, S. 34.

324 411 U.S. 677 (1973) lag folgender Sachverhalt zugrunde: ein männlicher Angehöriger der Streitkräfte konnte ohne weitere Nachweise erreichen, daß er wegen seiner Ehefrau Vorteile (insbesondere hinsichtlich von Unterbringung und Krankenversicherung) genoß; eine weibliche Angehörige der Streitkräfte mußte dagegen für den Erhalt vergleichbarer Vorteile wegen ihres Ehemannes nachweisen, daß sie über die Hälfte zum Unterhalt der Familie beitrug.

325 A.a.O., S. 684 (plurality opinion by Brennan, joined by Douglas, White, and Marshall).

326 A.a.O., S. 685.

327 S. 686 f.

der Geschichte. Die Erkenntnis, Differenzierungen nach der Rasse seien besonders widerwärtig, stamme »aus einer langen und tragischen Geschichte, die Differenzierungen nach dem Geschlecht nicht teilen«.³²⁸

Im Ergebnis werden Differenzierungen nach dem Geschlecht auf einer mittleren Prüfungsebene überprüft, die zum ersten Mal in der Entscheidung *Craig v. Boren*³²⁹ formuliert wurde: »Klassifizierungen nach dem Geschlecht müssen wichtigen staatlichen Interessen dienen und müssen wesentlich dazu beitragen, diese zu verwirklichen«.³³⁰ Diesen Standard wendet der Gerichtshof seither in ständiger Rechtsprechung an, wenn auch manches Mal fraglich ist, ob die Intensität der Kontrolle nicht auch noch nach der terminologischen Einigung über die Prüfungsstufe stark variiert.

Sein besonderes Augenmerk richtete der Gerichtshof dabei auf »archaic and overbroad generalizations«,³³¹ die er immer als verfassungswidrig zurückwies. Dazu gehörten insbesondere Gesetze, die als Ausdruck der überkommenen Vorstellungen ein Abweichen von dem traditionellen Rollenbild in der Familie verhinderten oder jedenfalls ökonomisch erschwerten, wie beispielsweise ein Gesetz, welches Hinterbliebenenrente für Witwen, aber nicht für Witwer mit minderjährigen Kindern vorsah,³³² ein anderes Gesetz, das Kindesunterhalt Söhnen bis zum Alter von 21, Töchtern hingegen nur bis zum Alter von 18 Jahren zusprach,³³³ eine Regelung, die staatliche Hilfen für die Kinder von arbeitslosen Vätern, nicht aber von arbeitslosen Müttern gab,³³⁴ sowie ein Gesetz, das Ehegattenunterhalt nach der Scheidung nur Ehefrauen gewährte.³³⁵

Auch stärkte der Gerichtshof die Stellung von Vätern nichtehelicher Kinder. Er verwarf eine Regelung, die beim Tod der Mutter das Sorgerecht automatisch auf den Staat übergehen ließ,³³⁶ ebenso wie ein Gesetz, welches allein

328 Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), S. 303 (opinion of Powell).

329 429 U.S. 190 (1976): Bier mit einem Alkoholgehalt von mindestens 3,2% durfte in Oklahoma an Männer erst ab 21, an Frauen ab 18 Jahren verkauft werden.

330 A.a.O., S. 197: »Classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives.«

331 Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636, 643 (1975).

332 Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636 (1975); ähnlich auch Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co., 446 U.S. 268 (1979).

333 Stanton v. Stanton, 421 U.S. 7 (1975).

334 Califano v. Westcott, 443 U.S. 76 (1979).

335 Orr v. Orr, 440 U.S. 268 (1979).

336 Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972), allerdings wegen Verstoßes gegen die due process-Klausel.

den Müttern das Recht gab, ein Veto gegen die Freigabe des Kindes zur Adoption einzulegen.³³⁷

Andererseits gab es eine Reihe von Fällen, in denen der Gerichtshof Männer und Frauen nicht für »similarly situated« hielt und Differenzierungen nach dem Geschlecht billigte. Abgesehen von den Schwangerschaftsfällen, die der Supreme Court nicht als Problem der Differenzierung nach dem Geschlecht ansah,³³⁸ enthalten die Fälle, in denen der Supreme Court wirkliche Unterschiede zwischen Männern und Frauen anerkannte, keine – jedenfalls keine vom Supreme Court erkannte³³⁹ – Benachteiligung von Frauen.

Die Ambivalenz der Feststellung »wirklicher Unterschiede« zwischen den Geschlechtern zeigte sich besonders deutlich in der Entscheidung im Fall *Michael M. v. Superior Court*.³⁴⁰ Michael M. war aufgrund eines Gesetzes verurteilt worden, welches Männer, die mit Frauen unter 18 Jahren außerehelichen Beischlaf ausübten, strafrechtlich zur Rechenschaft zog. Der Gerichtshof hielt das Gesetz mit 5 zu 4 Stimmen für verfassungsgemäß. Während 3 Richter der Ansicht waren, das Gesetz schütze die Jungfräulichkeit von Mädchen und sei daher als Ausdruck archaischer Tugendvorstellungen³⁴¹ aufzuheben, diente es nach Ansicht von 4 Richtern dem Zweck, die Schwangerschaft unverheirateter Teenager zu bekämpfen.³⁴² Sie halten die Abschreckungswirkung des Risikos einer Schwangerschaft für etwa gleich stark wie die Kriminalisierung des Beischlafs. Da allein Frauen schwanger werden können,³⁴³ sei nur für sie eine ausreichende Abschreckung gegeben; für Männer das Strafrecht heranzuziehen, sei daher gerechtfertigt.³⁴⁴

337 Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979); vgl. aber Parham v. Hughes, 441 U.S. 347 (1979); der Supreme Court billigte eine Regelung, welche Schadensersatz bei der Tötung eines nichtehelichen Kindes den Vätern nur dann zusprach, wenn sie das Kind in einem bestimmten Verfahren formell legitimiert hatten. Der Kläger war zwar unzweifelhaft Vater des Kindes, hatte auf der Geburtsurkunde unterschrieben und zum Unterhalt und zur Erziehung des Kindes beigetragen, dieses besondere formelle Verfahren jedoch nicht durchlaufen.

338 Siehe dazu S. 149 f.

339 Vgl. z.B. die Kritik von Tribe, Constitutional Law, S. 1575 f. an der Fragestellung in der *Michael M.-Entscheidung*, der hier vor allem die Frage nach der sexuellen Freiheit von Frauen sieht.

340 450 U.S. 464 (1981).

341 S. 494 ff. (Brennan, joined by White and Marshall, dissenting)

342 S. 470 f. (plurality opinion by Rehnquist, joined by Burger, Stewart and Powell,). Justice Blackmun concurring in the judgment.

343 Dies stellt einen interessanten Perspektivenwechsel zu den früheren Schwangerschaftentscheidungen dar. Damals hatte das Gericht gerade betont, daß Differenzierungen nach dem Zustand der Schwangerschaft keine Differenzierungen nach dem Geschlecht darstellen.

344 Kritisch zu dieser Argumentation, MacKinnon, Introduction, S. vi Anm. 21, die deutlich macht, daß es nicht überzeugen kann, in diesen Kategorien zu verbleiben: weder können

Unter Gleichheitsgesichtspunkten problematisch ist auch die Entscheidung im Fall *Rostker v. Goldberg*,³⁴⁵ der nur von Männern die Registrierung für die Einberufung zum Militär verlangte. Der Gerichtshof stützt die Verfassungsmäßigkeit darauf, daß Frauen nicht im Kampf eingesetzt werden dürfen, also seien die Geschlechter im Hinblick auf die Einberufung nicht vergleichbar. Der Gerichtshof hinterfragt aber nicht die Zulässigkeit der »combat exclusion«, die – in den USA gibt es keine verfassungsrechtliche Vorschrift wie den Art. 12 a Abs. 4 S. 2 GG – ja ebenfalls staatliche Entscheidung ist. Das Vorgehen, eine Diskriminierung unter dem Hinweis auf eine andere, evtl. auch diskriminierende Praxis zu legitimieren, wurde heftig kritisiert.³⁴⁶

Schließlich hielt der Supreme Court einige Regelungen für verfassungsgemäß, die einen compensatorischen Ausgleich für Benachteiligungen im Arbeitsleben zugunsten von Frauen schaffen wollten. In einer frühen Entscheidung, die inzwischen fast überall kritisiert wird,³⁴⁷ billigte der Supreme Court im Jahre 1974 einen 1885 normierten Steuernachlaß von \$ 500 bei der Grundstückssteuer für Witwen unter Hinweis auf ihre besonderen finanziellen Probleme beim Verlust ihres Gatten.³⁴⁸ Der Supreme Court hielt auch eine Regelung in der Marine für gerechtfertigt, die Personen entließ, die über einen gewissen Zeitraum nicht befördert worden waren, diesen Zeitabschnitt für Frauen aber länger bemäß als für Männer.³⁴⁹ Schließlich billigte der Supreme Court auch eine Art der Rentenberechnung, die es Frauen ermöglichte, mehr Jahre, in denen sie unterdurchschnittlich verdient hatten, bei der Berechnung des relevanten Einkommens unberücksichtigt zu lassen.³⁵⁰

Seither aber ist der Gerichtshof zurückhaltender geworden, die Behauptung staatlicherseits, eine Regelung sei zum besten der Frauen, als Rechtfertigung hinzunehmen. Da Differenzierungen nach dem Geschlecht »das Risiko in sich tragen, geschlechtsbezogene stereotype Vorstellungen über den ›richtigen Platz‹ für Frauen und ihr Bedürfnis nach besonderem Schutz, zu verstärken«,³⁵¹ gibt sich der Gerichtshof mit der bloßen Behauptung eines

alle Mädchen schwanger werden (das Gesetz erfaßt unstreitig auch Mädchen, die noch nicht in der Pubertät waren) noch gilt die Sterilität des Mannes als absoluter Strafausschließungsgrund.

345 453 U.S. 347 (1979).

346 Tribe, Constitutional Law, S. 1572 ff.

347 Tribe, Constitutional Law, S. 1566 mit weiteren Nachweisen.

348 Kahn v. Shevin, 416 U.S. 351 (1974).

349 Schlesinger v. Ballard, 419 U.S. 498 (1975)

350 Califano v. Webster, 430 U.S. 313 (1977).

351 Orr v. Orr, 440 U.S. 268 (1979), S. 283.

frauenfördernden Zweckes inzwischen nicht mehr zufrieden. Dies wurde besonders deutlich, als einem Mann, der Krankenpfleger werden wollte, durch die Entscheidung im Fall *Mississippi University for Women v. Hogan* Zugang zu einer staatlichen Krankenpflegeschule für Frauen verschafft wurde.³⁵²

Wie es um affirmative action im eigentlichen Sinne³⁵³ für Frauen bestellt sein würde, ist vom Supreme Court auf verfassungsrechtlicher Ebene noch nicht geklärt. Bisher kam affirmative action zugunsten von Frauen nur ein einziges Mal im Rahmen von Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 zum Supreme Court.³⁵⁴ Ohne auch nur im geringsten darauf einzugehen, daß es sich hier um eine Frau handelte, wendete der Supreme Court geradezu selbstverständlich die bisher im Rahmen von Rassendiskriminierungsklagen entwickelten Grundsätze an.³⁵⁵

Insgesamt läßt sich in den Entscheidungen des Supreme Court zum Bereich der Diskriminierung nach dem Geschlecht zwar festhalten, daß der Supreme Court Differenzierungen nach dem Geschlecht weniger strikt kontrolliert als Differenzierungen nach der Rasse. Im Ergebnis spielte dieser Unterschied der Prüfungsintensität im Bereich des Arbeitslebens – jedenfalls in den neuen Entscheidungen – keine Rolle mehr. Differenzierungen zwischen Männern und Frauen sind nur dort aufrechterhalten worden, wo der Supreme Court, Männer und Frauen nicht »ähnlich situiert« fand, dies wirkte sich vor allem im Bereich der »biologischen Unterschiede« aus.

Daß der Supreme Court bei der Überprüfung von Differenzierungen nach dem Geschlecht noch Raum für die Berücksichtigung bestimmter Unterschiede lassen wollte, während er zwischen den Rassen keine solchen relevanten Unterschiede mehr sah, ist wohl nicht der einzige Grund für die Beibehaltung unterschiedlicher Kontrollmaßstäbe. Der Gerichtshof mag wohl auch zurückhaltend gewesen sein, sich auf eine Verfassungsinterpretation einzulassen, die in Anbetracht der Diskussion um das Equal Rights Amendment als Verfassungswandel durch verfassungsgerichtliche Interpretation

352 458 U.S. 718 (1982). Mississippi hatte zur Rechtfertigung vorgetragen, Frauen durch die Krankenpflegeschule einen Rahmen zu schaffen, in dem sie sich abseits von der sonst durch Männer dominierten Ausbildungswelt entfalten und entwickeln könnten.

353 Manchmal werden alle Differenzierungen nach dem Geschlecht, die sich zugunsten von Frauen auswirken können, als »affirmative action« bezeichnet.

354 *Johnson v. Transportation Agency*, 107 S.Ct. 1442 (1987).

355 S. 1449 ff.; auch die abweichende Meinung von Richter Scalia verwendet kein Argument, welches darauf zielen könnte, daß affirmative action zugunsten von Frauen in irgendwelcher Hinsicht rechtlich problematischer sein könnte als für Schwarze.

hätte erscheinen können. Am 22. März 1972 war vom Kongreß der erste Schritt in Richtung auf eine Verfassungsänderung eingeleitet worden, indem er das sogenannte Equal Rights Amendment (ERA) beschloß, welches in seinem ersten Paragraphen bestimmte: »Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex«.³⁵⁶ Bis zum Jahr 1978 hatten zwar 35 Bundesstaaten den Zusatzartikel ratifiziert, doch trotz einer Verlängerung der Zeitspanne für die Ratifizierung bis zum Jahr 1982 kam die für eine Verfassungsänderung notwendige Dreiviertelmehrheit der Staaten nicht zustande.³⁵⁷ Das ERA wurde 1987 wieder vom Kongreß angenommen, die Zustimmung der Staaten steht weiterhin aus.³⁵⁸

Auch die Literatur beschäftigte die Frage, ob und inwieweit Rassendiskriminierung und Geschlechterdiskriminierung verfassungsrechtlich gleichbehandelt werden sollten. Die Entstehungsgeschichte des 14. Zusatzartikels spricht gegen eine Gleichbehandlung von Diskriminierung der Frauen und Diskriminierung der Schwarzen.³⁵⁹ Den Autoren des 14. Zusatzartikels ging es allein darum, die Lage der befreiten Sklaven zu verbessern; in Anbetracht dessen, daß der 2. Absatz des 14. Zusatzartikels ausdrücklich auf das Wahlrecht männlicher Bürger Bezug nahm, könnte man beinahe sagen, daß der 14. Zusatzartikel die Lage der Frauen zunächst verschlechterte. Doch muß unter Berücksichtigung des allgemein gefaßten Wortlauts die Entstehungsgeschichte, die einhundert Jahre zurückliegt, nicht ausschlaggebend sein, so daß es entscheidend auf die Frage ankommt, ob und inwieweit sich Diskriminierung der Schwarzen und Frauendiskriminierung gleichen.³⁶⁰

Unzweifelhaft bestehen Unterschiede in der Art der Diskriminierung, die Schwarze bzw. (weiße)³⁶¹ Frauen erfahren haben. Frauen sind nicht aus ei-

356 H.R.J. Res. No. 208, 92d Cong., 2d Sess. (1972).

357 Die Verfassungsmäßigkeit der Verlängerung war umstritten, auch hatten drei Staaten ihre Zustimmung wieder rückgängig gemacht.

358 Ob das ERA bei seinem Wirksamwerden als striktes Differenzierungsverbot auch vom Supreme Court interpretiert werden würde, ist offen. Vgl. dazu B. Brown u.a., Equal Rights Amendment; Tribe, Constitutional Law, S. 1585 ff.; B. Brown u.a., Women's Rights.

359 Vgl. aber Morais.

360 Vgl. zum folgenden insbesondere Wasserstrom, S. 589 ff.; MacKinnon, Sexual Harassment, S. 127 ff.

361 Ein Problem stellt sich bei jedem Versuch der Gegenüberstellung von Rassismus und Sexismus. Die schwarze Frau erfährt Diskriminierung sowohl wegen ihrer Rasse als auch wegen ihres Geschlechts; der Frage, welche anderen Bedingungen dann gelten, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgegangen werden. Inwieweit die Analyse des Sexismus daher nur auf die Situation der weißen Frauen im Verhältnis zu weißen Männern zutrifft, muß hier unberücksichtigt bleiben; vgl. dazu Lorde und Spelman.

nem anderen Kontinent und einer anderen Kultur herausgerissen und auf Sklavenschiffen zwangsweise nach Amerika geschafft worden, die Segregierung zwischen Schwarzen und Weißen unterschied sich stark von der – freilich auch existierenden – Trennung der Sphären im Zusammenleben zwischen Mann und Frau. Schließlich sind Frauen keine Minderheit, so daß man – zumindest seit Frauen das Wahlrecht haben -, hätte erwarten können, daß sie ihren Interessen im politischen System einer Demokratie ausreichend Geltung verschaffen.³⁶² Auch die Ideologie der Unterdrückung war unterschiedlich; während Schwarze generell als geringerwertig abqualifiziert wurden, war – zumindest in der »offiziellen«, nach außen vertretenen Version – die Frau nicht zwingend geringerwertig, sondern vor allem war sie anders. Es entwickelten sich als Teil der herrschenden sexistischen Ideologie auch die Verhaltensnormen des Kavaliers, die es dem Mann zur Pflicht machten, der Frau besonders höflich und zuvorkommend gegenüber zu treten, ihr seinen Schutz anzudienen. Frauen wurden idealisiert, ihre Liebe und Bewunderung wurde gesucht, einige ihrer »anderen« Eigenschaften als positiv und bewunderungswürdig – wenn in einer Frau vorhanden – gelobt. Eine solche positive Ideologie wurde gegenüber Schwarzen nicht im selben Ausmaß entwickelt.³⁶³

Sobald man aber über die Feststellung hinausgeht, daß die Unterdrückung der Frauen andere Formen angenommen habe als die der Schwarzen, verläßt man das Gebiet, in dem man auf einen breiten Konsens hoffen kann. An der Frage, wie die Unterschiede zu bewerten sind, scheiden sich die Auffassungen.

Viele weisen nach, daß die Ideologie, die Frau sei anders, aber nicht geringerwertig, allenfalls zur Verschleierung der Unterdrückung diente. Sie zeigen auf, daß die Position der Frau der des Sklaven in vielerlei Hinsicht vollkommen entsprach³⁶⁴ und beurteilen die Geschichte der Unterdrückung der Frau als ebenso gravierend wie die Geschichte der Rassendiskriminierung.

362 Vgl. dazu Ely, Democracy, S. 164 ff.

363 Doch enthält die Beschreibung der Eigenschaften der im Haus arbeitenden Sklaven, wie beispielsweise der schwarzen Kinderfrau, durchaus positive Elemente.

364 Dies gelte sowohl hinsichtlich ihrer Abhängigkeit vom Mann als auch in ihrer Funktion für die Bedürfnisse des (weißen) Mannes zu sorgen; vgl. MacKinnon, Sexual Harassment, S. 273 f., Anm. 87 mit zahlreichen Nachweisen und Beispielen; Hacker zieht Parallelen zwischen der Situation der Schwarzen und der Frauen hinsichtlich der ausgeprägten sozialen Sichtbarkeit, der zugeschriebenen Attribute, der Rationalisierung des Status, des Anpassungsverhaltens und der Diskriminierungen; vgl. auch Schenk, Geschlechtsrollenwandel, S. 129 ff.; Myrdal, S. 1073 ff.

Andere dagegen glauben weiterhin, daß die Biologie die Unterschiede zwischen den Geschlechtern angelegt hat. Sie sehen in den Kernsätze der herkömmlichen Vorstellungen, wie etwa denen, daß die natürliche Aufgabe und Erfüllung der Frau die Mutterschaft oder daß die Frau Seele und Zentrum des Hauses und der Familie sei, keine Beleidigung oder gar Unterdrückung der Frau, sondern im Gegenteil die Anerkennung der von der Natur vorgegebenen Andersartigkeit.

Genau dieser Punkt – daß in der heutigen Gesellschaft noch diskutiert wird, ob und welche Unterschiede zwischen den Geschlechtern existieren – macht den Hauptunterschied zwischen Rassendiskriminierung und Frauendiskriminierung aus. Dem Argument, daß aus dem unterschiedlichen Aussehen der Rassen auch unterschiedliche gesellschaftliche Position, Stellung und Eigenschaften gefolgt werden müßten, folgen inzwischen nur noch Extremisten am rechten Rand des politischen Spektrums. Das strukturgleiche Biologie-Argument auf Frauen angewendet, hat noch immer für deutlich größere Teile der Bevölkerung Überzeugungskraft. Dabei sollte nicht in Vergessenheit geraten, daß auch die Ideologie, die die Rassendiskriminierung rechtfertigte, ursprünglich von Vorstellungen über Unterschiede zwischen den Rassen ausging. Dazu gehörten Ansichten wie die, Schwarze seien in gewissem Sinne wie Kinder, naturverbundener, intellektuell weniger entwickelt und weniger entwicklungsfähig, hätten weniger Kontrolle über ihre Emotionen und Triebe, so daß es deshalb die Aufgabe der zivilisierten Weißen sei, sich wie Väter ihrer anzunehmen, für sie zu sorgen und die Funktionen für sie wahrzunehmen, die sie selbst auszuüben nicht in der Lage wären. Auch hinsichtlich der Rassendiskriminierung gab es den Mythos des zufriedenen Schwarzen, der sich wohlfühlt »an seinem Platz«, in seiner geschützten Position der Abhängigkeit. Inzwischen sind all diese Vorstellungen als ideologische Rechtfertigungen von Unterdrückung entlarvt und damit als politische Positionen aus dem Bereich des Vertretbaren ausgegrenzt worden. Gegenüber Frauen können die strukturell gleichen Argumente auch heute noch verwandt werden und auf Zustimmung von Teilen der Bevölkerung rechnen.³⁶⁵ Oder wie Wasserstrom es ausdrückt: Darüber, daß Sexismus ungerecht und nicht gerechtfertigt ist, besteht weniger Einigkeit als über die Verwerflichkeit des Rassismus; es gibt viele Männer, die heute noch ohne Reue

365 Elys Betonung der offenen Diskussion über die traditionellen Vorstellungen als positives Zeichen für die fehlende Unterdrückung der Frau, scheint mir daher deutlich überzogen (Democracy, S. 166).

oder Peinlichkeit sagen, daß sie männliche Chauvinisten seien; wenige Weiße nur geben dagegen offen zu, daß sie Rassisten sind.³⁶⁶

Mit der fehlenden Einigkeit über die relevanten Unterschiede im Hinblick auf die Geschlechter geht fehlender Konsens über die Funktionsweise einer diskriminierungsfreien Gesellschaft einher.³⁶⁷ Auf die Vorstellung, daß die Rasse eines Menschen in der idealen Gesellschaft keine Rolle mehr spielen soll, können sich sehr viel mehr Menschen verständigen als auf eine ideale Gesellschaft, in der das Geschlecht eines Menschen völlig ohne Bedeutung wäre. Die Bandbreite der Vorstellungen darüber, wohin die Bekämpfung der Diskriminierung führen soll, ist im Hinblick auf das Geschlecht größer als im Hinblick auf die Rasse; in diesem Sinne erscheint das Problem der Frauendiskriminierung »komplexer«.³⁶⁸

Das gesamte Konzept des rechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung von Diskriminierung entwickelte sich aber anhand von Rassendiskriminierung. Sie wurde von der Gesellschaft früher³⁶⁹ als zentrales gleichheitsrechtliches Problem erkannt; erst Anfang der siebziger Jahre wurde dann das Merkmal Geschlecht in bestehende Instrumente zur Bekämpfung der Diskriminierung eingefügt und eingebaut. Eine Orientierung an den Problemen der Rassendiskriminierung mußte aber bei der Übertragung auf Frauendiskriminierung Probleme bereiten, da bei Rassendiskriminierung von biologisch vorgegebenen Unterschieden nicht mehr ausgegangen werden konnte. In der herrschenden Meinung führte das zu der Konsequenz, daß Frauen überall dort, wo man keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Geschlechtern sah – insbesondere im Bereich des Arbeitslebens – denselben gleichheitsrechtlichen Schutz genossen wie Schwarze;³⁷⁰ sie konnten ein Recht auf identische Behandlung mit Männern geltend machen und waren damit auch erfolgreich. Sobald es aber um Bereiche ging, in denen sich eine Parallel zur Rassendiskriminierung nicht finden ließ, blieb ihnen gleichheitsrechtlicher Schutz versagt; das Problem wurde nicht als gleichheitsrechtliches erkannt.³⁷¹ Unter denen, die sich mit den Ergebnissen der herrschenden Mei-

366 S. 590.

367 Vgl. dazu Wasserstrom, S. 605 ff; für eine Diskussion der verschiedenen Positionen in der feministischen Bewegung, siehe z.B. Douglas, S. 211 ff.

368 Wasserstrom, S. 591.

369 Auch schon im 19. Jahrhundert bei der ersten großen Bewegung gegen den Rassismus, waren die Bürgerrechte – wie z. B. das Wahlrecht – zwar auf Schwarze, nicht aber auf Frauen erweitert worden.

370 Vgl. aber zu der Frage, welche Rolle das Argument, Frauen hätten kein Interesse an bestimmten Stellen, bei nach dem Geschlecht segregierten Arbeitsplätzen spielt, Schultz.

371 Zur Schlechterbehandlung der Schwangerschaft, oben S. 149 f.

nung nicht zufrieden geben wollten, entwickelten sich – stark verkürzt – drei Ansätze der rechtlichen Behandlung der Frauendiskriminierung.³⁷² Zum einen gibt es diejenigen, die eine vollkommene Übertragung der Prinzipien der Rassendiskriminierung im Sinne eines strikten Differenzierungsverbots fordern. Sie sind der Ansicht, daß es auch zwischen Männern und Frauen keinerlei Unterschiede gebe, die in der Rechtsordnung Beachtung finden dürften. Der Gesetzgeber müsse auf der Grundlage der Eigenschaft oder Funktion differenzieren, für die er typisierend das Merkmal Geschlecht verwandte. Es gehe darum, Männer und Frauen nicht länger als statistische Abstraktionen anstatt als einzelne mit individuellen Fähigkeiten und Neigungen zu betrachten. Auch führe jedes System, welches zwischen den Geschlechtern differenziere, notwendigerweise zu einer Hierarchie der Geschlechter.³⁷³ Dies gelte auch im Hinblick auf Merkmale, die nur in einem Geschlecht vorkommen könnten, wie beispielsweise Schwangerschaft.³⁷⁴ Ob Schwangerschaft als solche eine einzigartige weibliche Erfahrung darstelle, könne für die Rechtsordnung außer Betracht bleiben. Im Hinblick auf alle Zwecke, die ein Gesetzgeber verfolgen könnte, sei Schwangerschaft vergleichbar mit anderen Zuständen, beispielsweise im Hinblick auf den (temporären) Verlust der Arbeitsfähigkeit mit Krankheiten.³⁷⁵ Die Vertreter(innen) des equal treatment-Ansatzes verlangen die konsequente Streichung des Merkmals Geschlecht aus der Rechtsordnung. Um dem Problem der mittelbaren Benachteiligung beizukommen, ergänzen sie das strikte Differenzierungsverbot durch die Anwendung der disparate impact-Theorie auf scheinbar geschlechtsneutrale Regelungen, die sich aber zum Nachteil eines Geschlechtes auswirken.

Vom selben Grundprinzip gehen die Anhänger(innen) des special treatment-Ansatzes aus, sie wählen aber die entgegengesetzte Lösung. Auch sie sehen hinsichtlich der meisten Bereiche keine von der Rechtsordnung zu berücksichtigenden Unterschiede zwischen Männern und Frauen, doch für Aspekte, die nur ein Geschlecht betreffen – wie vor allem Schwangerschaft und Stillen – nehmen sie eine vergleichbare Lebenssituation für Männer und

372 Vgl. aus der zahlreichen Literatur insbesondere: MacKinnon, Sexual Harassment, S. 101 ff.; Olsen; Finley; Dowd, Work and Family; dies., Maternity Leave; Scales; Freedman; Law; Minow, Justice; Ginsburg; J. Brown u.a., Gender Equality; Browne; Krieger, Cooney; Taub, Parental Leaves; McCloud; West; Jacobson; M. Becker.

373 Siehe etwa Williams, S. 329 f.

374 Williams, S. 332.

375 S. 355 ff.

Frauen nicht an. Deshalb wäre ihres Erachtens identische Behandlung in diesem Bereich Ungleichbehandlung. In Anbetracht der Geschichte, in der »Mensch« gleichbedeutend mit »Mann« war, habe ein Gleichheitsbegriff, der die biologischen Unterschiede ignoriere, besonders nachteilige Folgen für Frauen.³⁷⁶ Die Anhängerinnen des special treatment bilden daher zwei Gruppen von Normen:³⁷⁷ die einen, auf die die Grundsätze des Differenzierungsverbots passen (equal rights), die anderen, in denen Frauen besondere Regelungen brauchen (special rights) und deren rechtliche Überprüfung ein Differenzierungsverbot nicht leisten kann. So lag es nahe, für die rechtliche Kontrolle dieses Bereiches auf materielle Gleichheitsvorstellungen zurückzugeifen. Scales' »incorporationist approach«³⁷⁸ bezieht sich beispielsweise auf Dworkins Unterscheidung zwischen dem »right to equal treatment« und dem »right to treatment as an equal«,³⁷⁹ das erste ist das Recht auf identische Behandlung, das zweite das Recht, mit dem gleichen Respekt und der gleichen Teilnahme wie jeder andere behandelt zu werden. Entscheidend für die Überprüfung wird dann die Frage, inwieweit die besondere Regelung für Schwangerschaft tatsächliche Gleichheit schafft oder lediglich kulturelle Geschlechtsrollen-Klischeses perpetuiert.³⁸⁰

Schließlich gibt es eine Gruppe von Juristinnen, die beide Seiten der equal treatment/special treatment-Debatte ablehnen und schon das Denken in den Kategorien eines Differenzierungsverbots als Fortschreibung der Macht von Männern über Frauen kritisieren. Bereits die Art der Fragestellung, ob und wie Unterschiede zwischen Männern und Frauen im Recht berücksichtigt werden sollen, mache den Mann zum Maß aller Dinge. Er sei das Normale, die Frau die Andere, die Abweichung, hinsichtlich derer man fragt, ob besondere Maßnahmen getroffen werden müßten, die auf ihre Situation passen. Norm aber bleibe der Mann. Aus der vollständigen Entfernung des Merkmals Geschlecht aus der Rechtsordnung zögen nur diejenigen Frauen Vorteile, die sich wie Männer verhalten und nur insoweit, als sie wie Männer

376 Law, S. 955

377 Vgl. dazu Krieger/Cooney, S. 551 ff.

378 Scales, S. 436

379 Rights, S. 227 ff.

380 Dowd, Maternity Leave, S. 764. Law, insb. S. 1002 ff., kombiniert einen »special treatment« Ansatz mit einem »inequality approach« (dazu gleich) und verlangt, daß Gesetze, die den reproduktiven Bereich betreffen, von Gerichten daraufhin überprüft werden sollen, ob 1. das Gesetz in signifikanter Weise entweder die Unterdrückung der Frau oder Beschränkungen der persönlichen Freiheit durch kulturell aufzustroyierte Geschlechtsrollen perpetuiert, und 2. wenn dies der Fall sein sollte, ob das Gesetz durch ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt wird (S. 1008 f.).

seien. Den Verfechterinnen des special treatment dagegen wird vorgehalten, daß sie das alte Vorurteil, Frauen bräuchten besonderen Schutz, verstärken. In der Diskussion um ein Diskriminierungsverbot, welches nach den Unterschieden zwischen den Geschlechtern frage, bedeute Frau-Sein lediglich, »entweder wie ein Mann oder wie eine Dame zu sein«.³⁸¹

Durch die Entfernung des Merkmals Geschlecht aus der Rechtsordnung könne eine Abschaffung der Unterdrückung der Frau nicht erreicht werden. Die gesamte Gesellschaft sei auf den Grundprinzipien aufgebaut, daß sich die Frauen um den privaten Bereich der Familie, die Männer um den Bereich des öffentlichen Lebens kümmerten.³⁸² Man habe das Wirtschaftssystem nur deshalb vom System der Familie vollkommen abstrahieren können, weil es eben unterschiedliche Personen waren, die in der einen oder in der anderen Sphäre wirkten. Indem die Rechtsordnung nun zu ignorieren vorgebe, welches Geschlecht die eine und welches die andere Rolle wahrnehme, sei wirkliche Gleichberechtigung nicht gewonnen. Formale Gleichbehandlung bei ungleicher tatsächlicher Ausgangslage könne nur zur Versteinerung und Verschleierung der bestehenden Verhältnisse führen.

Fraudiskriminierung müsse daher als umfassendes Problem der Herrschaft des einen Geschlechts über das andere begriffen werden. Männer hätten die Macht über alles, was gesellschaftlich anerkannt sei, vor allem hätten sie die Definitionsmacht darüber, was anerkannt werde. Je stärker eine Frau das Recht zur Behebung ihrer Diskriminierung brauche, desto weiter werde sie von dem normalen männlichen Weg entfernt sein und desto weniger erscheine die Versagung von Möglichkeiten für sie als Frauendiskriminierung: denn sie sei ja anders.³⁸³ MacKinnon,³⁸⁴ die als eine der ersten Konsequenzen für die Auslegung des Gleichheitsrechts aus dieser umfassenden Kritik der patriarchalen Gesellschaft zog, nannte ihren Ansatz »inequality approach«.³⁸⁵ Es geht ihr um die Aufbrechung der institutionalisierten Ungleichheit zwischen Männern und Frauen, die sich in gesellschaftlicher Hierarchie ausdrückt. Die entscheidende und einzige Frage nach ihrem Ansatz ist, ob eine Maßnahme oder Regelung »integrally contributes to the

381 MacKinnon, Feminism, S. 71.

382 Vgl. dazu insb. Olsen, S. 1497 ff.; Finley, 1118 ff.

383 MacKinnon, Feminism, S. 44.

384 Sexual Harassment, S. 116 ff.

385 Der Ansatz ähnelt den Antidominierungsansätzen, die bei der Diskussion der Rassendiskriminierung vorgestellt wurden; siehe dazu oben S. 285 ff.

maintenance of an underclass or a deprived position because of gender statusk.³⁸⁶

Diese Linie der Kritik sollte hier nur angerissen werden. Die neuen Ansätze zur Entwicklung einer feministischen Rechtstheorie³⁸⁷ lohnten zwar eine vertiefte Betrachtung, ginge es um Grundfragen des Rechts, Fragen nach seiner Funktion, Methode, Theorie; auch sind die aus dem feministischen Standpunkt abgeleiteten konkreten rechtspolitischen Forderungen von großer Bedeutung. Ihre dogmatischen Auswirkungen *de lege lata* sind jedoch begrenzt, schon deshalb, weil der Versuch einer dogmatischen Umsetzung nicht vorgenommen, vielleicht auch nicht beabsichtigt ist. Eine Auseinandersetzung auf rechtstheoretischer Ebene mit diesen Positionen führte über den Gegenstand dieser Arbeit aber weit hinaus.

E. Fazit

Die Diskriminierungsdiskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika sieht sich bei vergleichbarer Ausgangslage strukturell denselben Problemen gegenüber wie die deutsche Gleichberechtigungsdebatte der achtziger Jahre. Dabei beschäftigen sich die Amerikaner schon wesentlich länger als die Deutschen mit den »neuen« Fragestellungen, der mittelbaren Benachteiligung (disparate impact) und der Zulässigkeit von besonderen Fördermaßnahmen (affirmative action). Die USA hat schon seit über einem Jahrzehnt praktische Erfahrungen in beiden Bereichen gesammelt. Ein Konsens konnte freilich weder auf politischer noch auf juristischer Ebene erreicht werden, doch haben sich die verschiedenen Grundpositionen deutlicher herauskristallisiert.

Darüberhinaus hat die Diskussion in den Vereinigten Staaten den Blick für die Funktion der besonderen Gleichheitssätze neu geöffnet. Da die amerikanische Verfassung vom Wortlaut her nur einen Schutz gewährt, der dem allgemeinen Gleichheitssatz entspricht, sind amerikanische Juristinnen und Juristen eher darauf verwiesen darzutun, weshalb in bestimmten Fällen besonderer gleichheitsrechtlicher Schutz gewährt werden soll. Man kann sich

386 Sexual Harassment, S. 117; übersetzt: »wesentlich zur Beibehaltung einer Unterschicht oder einer deutlich schlechteren Stellung wegen des Geschlechtsranges beiträgt«.

387 Vgl. außer den schon genannten auch Littleton, S. 1279 ff, die Gleichheit zwischen den Geschlechtern dadurch zu rekonstruieren sucht, daß sie die Unterschiede kostenneutral machen will, sowie MacKinnon, Feminist Theory.

in Amerika nicht – wie in Deutschland unter Berufung auf Art. 3 Abs. 3 GG – darauf zurückziehen, daß wegen bestimmter, von der Verfassung vorgegebener Merkmale nicht diskriminiert werden dürfe. So wird auch die Diskussion um die Funktion besonderer Gleichheitssätze in den Vereinigten Staaten intensiver geführt. Dabei vertreten auch in den USA einige Autorinnen und Autoren die Auffassung, daß besonders intensive verfassungsgerichtliche Kontrolle angebracht sei, um den einzelnen vor der Verwendung bestimmter Merkmale zu schützen. Andere Juristinnen und Juristen entwickelten dagegen ein neues Verständnis, welches besonderen Gleichheitssätzen die Funktion zuweist, bestimmte, in der Vergangenheit unterdrückte und auch heute noch benachteiligte Gruppen zu schützen. Ob dieser gedankliche Neuansatz auch für die deutsche verfassungsrechtliche Lage von Bedeutung sein kann, wird im nächsten Kapitel zu erörtern sein.

4. Kapitel:

Der Gehalt des Artikel 3 Absatz 2 GG

Wie in den ersten beiden Kapiteln gezeigt wurde, ist in der Bundesrepublik inzwischen¹ ein Verständnis der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot ganz vorherrschend. Man streitet zwar um Einzelheiten der Auslegung und Grenzziehung; als Grundprinzip der Interpretation ist das Verständnis als Differenzierungsverbot jedoch fast unangefochten. Der rechtsvergleichende Überblick über die parallele Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika hat dagegen ergeben, daß das Verbot, bestimmte Merkmale zu verwenden, nicht die einzige denkbare Möglichkeit für die Interpretation besonderer Gleichheitssätze ist; einige amerikanische Autoren vertreten die Auffassung, besonderer gleichheitsrechtlicher Schutz gebütre allein bestimmten Gruppen. Zwar herrscht in den USA keine Einigkeit darüber, welche der beiden unterschiedlichen Sichtweisen der equal protection-Klausel entspricht, doch wird die Frage seit über einem Jahrzehnt heftig diskutiert. Auch in der Bundesrepublik ist es deshalb an der Zeit, die Fixierung auf die bisherige Konzeption besonderen Gleichheitsschutzes zu hinterfragen.

Zunächst sind die beiden unterschiedlichen Vorstellungen von der Aufgabe besonderer Gleichheitssätze näher zu erläutern und einander gegenüberzustellen (A). Sodann soll untersucht werden, wie die Vorschriften des Grundgesetzes, die sich mit dem Verhältnis von Männern und Frauen befassen, auszulegen sind, ob und welcher der dargestellten Konzeptionen sie entsprechen (B). Schließlich werden dem so gewonnenen Verständnis der Gleichberechtigung von Männern und Frauen dogmatische Konturen verliehen (C).

¹ In den fünfziger Jahren wurde dagegen noch von vielen ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot abgelehnt und eine Interpretation als Gebot der Gleichwertigkeit vertreten, siehe dazu oben S. 103 ff.