

# Angelika v. Wahl

## Öffentliche Auftragsvergabe als Mittel der Frauenförderung: Das amerikanische Modell der »Affirmative Action«

*Obwohl die Frauenbewegung in den vergangenen Jahrzehnten viele gesellschaftliche Tabus problematisiert hat, wird über die Vergabe öffentlicher Mittel nach Förderrichtlinien für Frauen in Deutschland noch wenig diskutiert. In den USA ist das ganz anders. Unter dem Oberbegriff »Affirmative Action« existiert dort seit drei Jahrzehnten eine breite Debatte über Chancen und Grenzen öffentlicher Auftragsvergabe als Mittel der Frauenförderung. v. Wahl vertritt die These, daß der »Affirmative-Action«-Ansatz unter günstigen Rahmenbedingungen praktikabel und wirkungsvoll sein kann.*

*Die Red.*

Eine neue juristische und politische Diskussion, die sich z. Z. bei deutschen Entscheidungsträgern und vermutlich bald in den Gerichten entspinnt, dreht sich um die Frage, ob die Vergabe staatlicher Aufträge und Subventionen als ein Instrument der beruflichen Frauenförderung eingesetzt werden kann.\* Während im öffentlichen Sektor seit etwa 15 Jahren verschiedene Formen frauenfördernder Maßnahmen Anwendung finden, beschränkt sich berufliche Gleichstellung in der Privatwirtschaft auf vereinzelte – da freiwillige – Projekte. Um Art. 3 Abs. 2 GG im Erwerbsleben in die Realität umzusetzen, sind von feministischer Seite schon seit einiger Zeit verschiedene Überlegungen angestellt worden, um den Geltungsbereich aktiver Gleichstellungspolitik in den Bereich der Privatwirtschaft hinein zu erweitern.<sup>1</sup> Diese Ansätze haben nun die juristische und öffentliche Debatte erreicht.<sup>2</sup>

Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter Berücksichtigung sozialpolitischer Kriterien ist verfassungs- und europarechtlich umstritten. Abgesehen von Ausnahmen hielten Sachverständige auf einer in Berlin veranstalteten Anhörung zu diesem Thema die öffentliche Auftragsvergabe zum Ziel der Frauenförderung für vereinbar mit dem

\* Für die guten Ratschläge zur Überarbeitung dieses Aufsatzes möchte ich mich bei den Redaktionsmitgliedern der Kritischen Justiz Sibylle Raasch und Ulrich Muckenberger sowie bei Sabine Berghahn und Petra Schäfer herzlich bedanken.

1 H. Pfarr/K. Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben. Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern in der Bundesrepublik, Baden-Baden 1989; H. Dieball, Gleichstellung im Erwerbsleben am Beispiel der Frauenförderung, Kritische Justiz 1991, S. 248 f. Zur Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten für die Vergabe von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen siehe: S. Raasch, Frauenquoten und Männerrechte, Baden-Baden 1991.

2 Im November 1994 und Mai 1995 veranstaltete die Berliner Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen die erste Sachverständigenanhörung zum Thema »Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung – ein Instrument der Frauenförderung?« Dieser Aufsatz ist aus einem dort gehaltenen Vortrag zu Frauenförderung in den USA hervorgegangen.

Grundgesetz. Nach EG-Recht dürfen allerdings nur »wirtschaftliche« Gesichtspunkte bei der öffentlichen Auftragsvergabe herangezogen werden.<sup>3</sup> Die EG-Richtlinie 71/305 vom 26. Juli 1971 regelt in Art. 25, 26 und 29 das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Gleichzeitig stellt diese Richtlinie aber kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht dar, so daß Mitgliedstaaten ergänzende nationale Auftragsvergaberichtlinien hinsichtlich des Arbeitsplatzes und der -bedingungen erlassen können. Die Verdingungsordnungen, die die öffentliche Auftragsvergabe in der Bundesrepublik regeln (VOB und VOL), sind bisher streng auf Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ausgerichtet. Zuschläge an einzelne Unternehmen werden nicht nach sozialpolitischen Gesichtspunkten erteilt. Trotzdem wurde auf gesetzlicher Ebene zum ersten Mal 1990 im Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG; seit 1994 Landesgleichstellungsgesetz, LGG) in § 13 vorgesehen, daß beim

»Abschluß von Verträgen über Leistungen, die einen Aufwand von mehr als 10000 DM erfordern, (...) bei mehreren vergleichbar qualifizierten Anbietern derjenige bevorzugt werden (soll), der sich ausweislich eines Frauenförderplans der Gleichstellung der Frauen im Erwerbsleben besonders angenommen hat.«<sup>4</sup>

§ 14 betrifft die Vergabe und Gewährleistung von Subventionen:

»Die Gewährung von Leistungen, auf die kein Anspruch besteht, auf der Grundlage von Landesgesetzen ist von der Verpflichtung des Empfängers zur Durchführung von Maßnahmen zur aktiven Förderung der Beschäftigung von Frauen im Sinne des Grundsatzes von Art. 3 abhängig zu machen. Von dieser Bedingung können die Empfänger von Leistungen ausgenommen werden, bei denen die Beschäftigung von Männern aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unabdingbar ist.«

Subventionen könnten also ebenfalls unter Berücksichtigung von Ausnahmen an die Durchführung aktiver Frauenförderung gebunden werden.<sup>5</sup> Diese Regelungen stellten bis 1991 ein »absolutes Novum« in der Bundesrepublik dar.<sup>6</sup> Wegen fehlender Ausführungsgesetze sind §§ 13 und 14 bis heute nicht umgesetzt worden, doch dies soll sich nach Ankündigung der Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen nun ändern.

Angesichts der in Deutschland mangelnden Erfahrung mit der Umsetzung »influenzierender Quoten« (Pfarr) bei der Auftragsvergabe, empfiehlt es sich, einen Blick in die USA zu werfen. Dort wird seit knapp 30 Jahren unter dem Oberbegriff »Affirmative Action« u. a. die Vergabe öffentlicher Mittel an Förderrichtlinien für Minoritäten und Frauen gebunden. Detaillierte deutsche Literatur zum Thema Affirmative Action ist allerdings noch immer rar, und öffentliche Auftragsvergabe wird kaum angesprochen.<sup>7</sup> Daher werden hier im folgenden der Inhalt und die Entwicklung von Affirmative Action dargestellt unter Einbeziehung des amerikanischen Supreme Court. Analysiert werden insbesondere die Chancen und Grenzen öffentlicher Auf-

<sup>3</sup> Vgl. Mitteilung der Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen an das Abgeordnetenhaus von Berlin, Drs. 12/3451 und 12/3760 – Schlußbericht, 1994. EG-Recht zur Auftragsvergabe: Artikel 59 (Freier Dienstleistungsverkehr) und 60 EWGV (Dienstleistungen). So kam die EG-Kommission bei dem aus Nordrhein-Westfalen stammenden Lehrlings-Erlaß zu dem Schluß, daß die geforderte Ausbildung ausschließlich weiblicher Lehrlinge als Verstoß gegen EG-Recht gewertet werden muß (ebd.).

<sup>4</sup> Landesantidiskriminierungsgesetz Berlin (LADG) vom 31. Dez. 1990 in der Fassung vom 13. April 1993 (GVBl. Berlin 1991 S. 8 und 1993 S. 184), § 13.

<sup>5</sup> § 14 LGG Berlin.

<sup>6</sup> H. Dieball (Fn. 1), S. 247.

<sup>7</sup> Bowe-Gutman, S., Frauen im öffentlichen Dienst – Entwicklung und Maßnahmen in der Bundesrepublik Deutschland, Schweden und den USA –, Forschungsbericht der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 1982; Schopp-Schilling, H.-B., »Förderpläne, Quoten, Zielvorgaben: Internationale Erfahrungen«, in: Hessendienst der Staatskanzlei (Hg.), Quotierung – Reizwort oder Lösung?, Expertenanhörung der Hessischen Landesregierung am 2. Mai 1985, Wiesbaden 1986; v. Wahl, A., Berufliche Gleichstellung von Frauen in den USA und der Bundesrepublik, Dissertation, Berlin 1995.

tragsvergabe als Mittel der Frauenförderung im Spannungsfeld zwischen relevanter amerikanischer Rechtsprechung, öffentlichen Forderungen und politisch-administrativen Vorgaben. Hierbei wird deutlich, daß dieser Ansatz unter günstigen Rahmenbedingungen – entgegen der in Europa vertretenen Meinung – praktikabel und wirkungsvoll sein kann.

Affirmative Action wirft ein deutliches Licht auf das ungelöste Spannungsverhältnis zwischen liberaler (Rechts-)Tradition und sozialpolitischem Handlungsbedarf in den USA. Die Analyse der rechtlichen und politischen Erfolgchancen von Affirmative Action weisen auf grundlegende Kontroversen und Machtkonstellationen in dieser westlichen Demokratie hin, die auch für den deutschen Kontext relevant sind.

### 1. Was ist »Affirmative Action«?

Affirmative Action kann man wörtlich mit »unterstützender« oder »bestätigender Maßnahme« übersetzen. Der Begriff Affirmative Action umfaßt verschiedene Formen aktiver Gleichstellungspolitik, die Vergabe staatlicher Aufträge nach sozialpolitischen Kriterien ist eine davon.<sup>8</sup> »Unterstützt« wurden in den USA seit den 60er Jahren benachteiligte gesellschaftliche Gruppen durch die staatliche Maxime der »Great Society«. Diese besagte, daß ökonomische und militärische Wettbewerbsfähigkeit und gesellschaftlicher Fortschritt nur durch die Ausweitung der Partizipation und Rechte bisher diskriminierter Gruppen und durch deren soziale Integration gewährleistet werden könne. Die Idee der »Great Society« war vom sozialreformistischen Geist der Kennedy- und Johnson-Administration geprägt. Ethnische Gruppen, die durch Gesetz, Sitte und Vorurteil lange systematisch von ökonomischer Teilhabe und Bildung ausgeschlossen waren, sollten durch die Politik der Affirmative Action »Wiedergutmachung« für die Folgen von Sklaverei und »Rassen« segregation erfahren.<sup>9</sup> Die spezifische Herleitung dieser kompensatorischen Gleichstellungsmaßnahme implizierte, daß mit dem Begriff Affirmative Action zunächst ausschließlich Gleichstellung für schwarze Amerikaner assoziiert und bezweckt wurde. Gleichstellung für (weiße) Frauen war nachrangig, wie die legislative Geschichte und die juristische Diskussion zeigen.<sup>10</sup>

Wichtig für das rechtliche Verständnis von Affirmative Action ist das Spannungsverhältnis zwischen a.) verfassungsrechtlichem Gleichheitsgrundsatz (Equal Protection Clause), b.) Antidiskriminierungsgesetzen und c.) Affirmative Action Policies. Die Auslegung der Equal Protection Klausel in der amerikanischen Verfassung durch den Supreme Court ähnelt der Interpretation des Gleichheitssatzes des Art. 3

<sup>8</sup> Affirmative Action ist nur einer von sechs verschiedenen Gleichstellungsansätzen in den USA, die geschlechtsspezifische Ungleichheit am Arbeitsplatz abbauen sollen. Affirmative Action selbst läßt sich wiederum nach dem Bereich der Anwendung (öffentlich/privat, Universitäten/Arbeitsplatz etc.) und Inhalt und Umfang differenzieren. Vgl. v. Wahl (Fn. 7); Dies., Geschlecht und Arbeitsmarkt, Gleichstellungspolitik in den USA und der Bundesrepublik, in: PROKLA, Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft, Heft 99, 25. Jahrgang 1995, Nr. 2, S. 221–233.

<sup>9</sup> Im Englischen wird der Begriff »race« in der wissenschaftlichen Literatur und in der Alltagssprache verwandt. Mir ist bewußt, daß die Übersetzung ins Deutsche problematisch erscheinen kann aufgrund des Gebrauchs des Begriffs »Rasse« in der nationalsozialistischen Ideologie. Angesichts des amerikanischen Kontextes des Aufsatzes verwende ich den dort üblichen Terminus.

<sup>10</sup> Einen Überblick über die historische Entwicklung der Verfassungsrechte von Frauen und die diesbezügliche Rechtsprechung in den USA geben u. a.: Rhode, Deborah, Justice, Gender and Justices, in: Crites, Laura L./Hepperle, Winifred L. (eds.), Women, the Courts and Equality, Newbury Park/New Dehli, 1987, S. 13–34; Hoff-Wilson, Joan, The Unfinished Revolution. Changing Legal Status of U.S. Women, in: Signs, 1987, vol. 13, no. 1, S. 7–36.

Abs. 1 GG.<sup>11</sup> Der Supreme Court interpretiert daher alle direkten gesetzlichen und staatlichen Differenzierungen aufgrund von Rasse (und in geringerem Maße von Geschlecht) in der Tendenz als verfassungswidrig.

Diese Interpretation hängt mit der für das Verständnis der amerikanischen Rechtsprechung grundlegenden, aber komplexen Methodologie der Gleichheitsprüfung zusammen. Dort werden anhand von drei unterschiedlichen Standards, dem engen oder strikten, dem mittleren und dem weiten Prüfungsmaßstab, Gleich- bzw. Ungleichbehandlung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft. Ethnische Klassifizierungen gelten grundsätzlich als »verdächtig« und unterliegen meist einer strikten Prüfung (strict scrutiny). »Verdächtige« Kategorien können nur aufrecht erhalten werden, wenn sie zu der Verwirklichung eines »zwingenden, überragenden öffentlichen Interesses« ... »notwendig« sind.<sup>12</sup> Die Anlegung des strikten Prüfungsmaßstabes führt fast immer zur Verfassungswidrigkeit oder, wie der berühmte Verfassungsrichter Thurgood Marshall 1980 sagte, »strict scrutiny« ist »strict in theory, but fatal in fact.«<sup>13</sup> Eine Ausnahme bildete lange Affirmative Action, da man hier eine Differenzierung zwischen Gruppen als gerechtfertigt ansah. Demgegenüber wird geschlechtsspezifische Differenzierung überwiegend mit einer mittleren Prüfungsstufe kontrolliert, was dazu führt, daß ungleiche Behandlung zwischen Männern und Frauen eher zulässig ist. Das Verfassungsgericht hat sich auch hier nicht auf eine einheitliche Linie festgelegt, sondern sich einen Spielraum bewahrt, der auch den politischen Zeitgeist widerspiegelt.

Antidiskriminierungspolitik erfolgt vor allem in Form von Gesetzen und Verordnungen und geht vorrangig auf das Bürgerrechtsgesetz (Civil Rights Act) von 1964 zurück (s. u.). Die Antidiskriminierungsgesetze richten sich gegen individuelle Diskriminierungen von Seiten Privater und Öffentlicher in fast allen sozialen Belangen, aber hier soll nur auf den Bereich Erwerbsarbeit und Diskriminierungen durch Arbeitgeber und Gewerkschaften eingegangen werden. Die Durchsetzung der Antidiskriminierungsgesetze erfolgt in großem Maße durch individuelle gerichtliche Klagen. Begleitet werden Beschwerden durch Gleichstellungsbehörden.

Affirmative Action geht im Anspruch über Gleichbehandlung und Antidiskriminierung hinaus. Sie geht davon aus, daß das Ungleichgewicht zwischen Schwarzen und Weißen bzw. zwischen Frauen und Männern ein *strukturelles* Problem darstellt, das nicht allein durch individuelle Verhaltensänderung von Arbeitgebern beendet werden kann, sondern nur durch gleichmäßigere Machtverteilung. Deshalb sollen Angehörige bisher diskriminierter Gruppen bei ähnlicher Qualifikation zu repräsentativen oder sogar höheren Anteilen eingestellt und befördert werden. Um die vermehrte Einstellung und Beförderung tatsächlich zu erreichen bzw. um Fortschritte feststellen zu können, ist für die Umsetzung von Affirmative Action neben rechtlichen Grundlagen der Eingriff staatlicher Institutionen notwendig, die die Aufstellung von Statistiken, Förderplänen und Quoten einleiten und deren Einhaltung kontrollieren.

Dies gilt auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge. In der juristischen Literatur der USA ist zwischen »schwacher« und »starker« Affirmative Action unterschieden worden.<sup>14</sup> Unter schwachen Fördermaßnahmen versteht man z. B. Stellenausschrei-

11 Sacksofsky, Ute, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden 1991, S. 209.

12 Brugger, Winfried, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen, 1987, S. 173.

13 Lorber, Lawrence/Kirk, Robert, Supreme Court Didn't Kill Affirmative Action, in: The National Law Journal, Vol. 17, Nr. 44, 3. 7. 1995, S. A21–22.

14 Kilgore, Peter G., Goals, Quotas, Preferences and Set Asides: An Appropriate Affirmative Action Response to Discrimination?, in: Valparaiso University Law Review, Vol. 19, S. 829–846, 1985.

bungen, die speziell Frauen zur Bewerbung auffordern, sowie gezielte Weiterbildung und aktive Rekrutierung. Hautfarbe und Geschlecht werden als ein Faktor unter anderen im Bewerbungsprozeß berücksichtigt (sog. Harvard Rule).<sup>15</sup> Starke Affirmative Action orientiert sich dagegen an den Ergebnissen, die Fördermaßnahmen zu erreichen versuchen. Die Mittel zur Umsetzung stellen hier Ziel- und Ergebnisquoten und feste Kontingente (set-asides) bei der staatlichen Auftragsvergabe dar. Die Ausbildung von Mädchen in nicht-traditionellen Frauenberufen spielt eine untergeordnete Rolle bei Affirmative Action. Da es keine Berufssparten gibt, die Frauen durch Arbeitsschutzgesetze kategorisch ausschließen, gestaltet sich die Integration in Männerberufe in den USA etwas leichter.<sup>16</sup> Schließlich gibt es in der Privatwirtschaft auch von Gerichten angeordnete Affirmative Action Pläne und feste Quoten, die bei nachgewiesenen und eklatanten Diskriminierungen auferlegt werden. So 1979 im Fall *United States v. Paradise*, als einem Department des Staates Alabama aufgrund kategorischen Widerstands gegen die Einstellung von Schwarzen eine 50%ige Einstellungsquote verordnet wurde.<sup>17</sup>

## 2. Politisch-historischer Entstehungskontext amerikanischer Gleichstellungspolitik

Warum entwickelte sich dieser Politikansatz schon so früh und stark in den USA, in einem Land, in dem sozialstaatliche Absicherungen und arbeitnehmerfreundliche Regelungen nicht so selbstverständlich sind wie in westeuropäischen Sozialstaaten? Die amerikanische politische Kultur ist fest in der Tradition des Liberalismus und Individualismus verankert. Da der Sozialstaat schwach ausgebildet ist, ist es für das amerikanische Demokratieverständnis und die Aufrechterhaltung der sozio-ökonomischen Ordnung umso wichtiger, daß allen Bürgern formale Chancengleichheit gewährt wird. Durch »Chancengleichheit« soll jede/r befähigt werden, seine ökonomische und soziale Lage durch eigene Leistung zu verbessern. Die Aufrechterhaltung des meritokratischen Mythos vom »self-made man« bedarf jedoch gleicher Zugangs- und Aufstiegsmöglichkeiten. Diese waren bis Mitte der 60er Jahre nicht gegeben, da besonders in den Südstaaten eine strenge Rassensegregation in allen Lebensbereichen herrschte. Die Segregation zwischen Schwarz und Weiß schlug sich ökonomisch bei ersteren in niedrigen Einkommen, doppelt so hoher Arbeitslosigkeit (7%–14%), schlecht ausgestatteten Bildungseinrichtungen, geringen Aufstiegs- und Ausbildungschancen und sogar eingeschränkten Wahlrechten nieder. Die historisch ausdifferenzierte Struktur dieses »Arrangements« deutet auf die Tiefe des »Rassen«konfliktes in den USA hin.

Der eklatante Widerspruch zwischen der Situation der Schwarzen und der liberalen Tradition der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung wurde in den 50er und 60er

<sup>15</sup> Der Begriff »Harvard Rule« stammt aus dem Urteil *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 316–19 (1978) zur Verfassungsmaßigkeit von Affirmative Action (s. u.). Während die Quotenregelung an der Universität in Californien abgelehnt wurde, nahm das Verfassungsgericht die Regelung an der Harvard University als Vorbild, wo afro-amerikanische Ethnizität als ein Plus in einer Bewerbung gewertet werden konnte. Vgl. Grossmann, Deidre A., *Voluntary Affirmative Action Plans in Italy and the United States: Differing Notions of Gender Equality*, *Comparative Labor Law Journal*, Vol. 14, 1992–93, S. 189.

<sup>16</sup> Fehlende Arbeitsschutzgesetze führen allerdings besonders im Fall von Schwangerschaft und Geburt zu nicht zu unterschätzenden Nachteilen für die Arbeitnehmerinnen. Die Position amerikanischer abhängig Beschäftigter ist weiterhin durch das Fehlen eines Betriebsverfassungsgesetzes und durch geringe gewerkschaftliche Organisation ungleich schwächer als in der Bundesrepublik.

<sup>17</sup> Sacksofsky, U. (Fn. 11), S. 255.

Jahren durch die friedfertigen Demonstrationen der schwarzen Bürgerrechtsbewegung unter der Leitung von Dr. Martin Luther King, durch lang anhaltende Boykotte und die gewalttätigen Aufstände in schwarzen Ghettos ins öffentliche Bewußtsein katapultiert. Die Folge waren weitreichende Reformen zur Desegregation, besonders im Bildungswesen. Ein Teil der folgenden Reformgesetzgebung befaßte sich mit der beruflichen Gleichstellung und stellt die Grundlage für aktive Antidiskriminierung und Affirmative Action dar. Im 7. Absatz (Title VII) des umfangreichen Bürgerrechtsgesetzes von 1964 wurde festgelegt, daß niemand aufgrund seiner »Rasse« (race), Hautfarbe, Religion, nationaler Herkunft oder aufgrund des Geschlechtes diskriminiert werden dürfe. Auch die Ungleichbehandlung von Frauen wurde mit dem Title VII gesetzlich verboten, aber ernsthaft erst durch die erste Welle der neuen Frauenbewegung problematisiert. Unterstützt wurde die Aufnahme des Zusatzes »Geschlecht« im Title VII von einer ungewöhnlichen Koalition, bestehend aus liberalen Parlamentarierinnen im Repräsentantenhaus und konservativen Südstaatlern. Erstere forderten erweiterte Chancengleichheit für Frauen, letztere hofften, das gesamte Bürgerrechtsgesetz und die damit einhergehende Desegregation zu Fall zu bringen.<sup>18</sup> Die Aufnahme der Kategorie »Geschlecht« kann daher zwar als paradoxes Ergebnis dieser politischen Auseinandersetzung angesehen werden, nicht aber als Zufall. Antidiskriminierung aufgrund des Geschlechts wird durch Title VII abgedeckt und meist genauso implementiert wie Antidiskriminierungsmaßnahmen für Schwarze und andere ethnische Minderheiten.

Nach ihrer Einführung konnte sich Affirmative Action als von beiden Parteien unterstützte Politik bis 1980 konsolidieren. Unter den republikanischen Präsidenten Reagan und Bush (1980–1992) war Affirmative Action auf verschiedenen Politikebenen (Ämterbesetzung, Rechtsprechung, regierungsamtliche Rhetorik) von einer Abbautendenz gekennzeichnet, die die praktische Aushöhlung der Gleichstellungsmaßnahmen zur Folge hatte. Die rechtlichen Grundlagen sind allerdings unverändert geblieben. Seit 1992 versucht der demokratische Amtsinhaber Clinton mit einer Hinhaltenaktik gegenüber einem radikalisierten neoliberalen Kongreß die Fundamente von Affirmative Action vor weiterer Erosion zu bewahren. Dies gestaltet sich besonders schwierig, seitdem 1995 und 1996 verschiedene republikanische Präsidentschaftskandidaten mit der erklärten und werbewirksamen Absicht angetreten sind, Affirmative Action ganz abzuschaffen, um damit die Stimmen einer als »angry white male« bezeichneten Wählerschaft zu gewinnen.

### 3. Rechtliche Grundlagen und institutionelle Umsetzung

Der 14. Zusatz der amerikanischen Verfassung, die »equal protection« Klausel, schützt als Rahmenbedingung die bürgerrechtliche Gleichheit aller Bürgerinnen und Bürger und wurde zur Abschaffung der Sklaverei erlassen. Diese Klausel bindet die Einzelstaaten und den Bund, nicht aber die Privaten. Sie spezifiziert keine bestimmten Diskriminierungsverbote wie bei uns der Art. 3 Abs. 3 GG. So gibt es auch keinen Artikel, der die Gleichberechtigung von Mann und Frau festschreibt. Der verfassungsrechtliche Schutz bestimmter *Gruppen* ist sehr schwach. Da bei der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Gleichstellungspolitik ein striktes Differenzie-

<sup>18</sup> Vgl. Robinson, Donald A., *Two Movements in Pursuit of Equal Employment Opportunity*, in: Sings 1979, 4, S. 413–433; Ferree, Myra Marx/Hess, Beth B., *Controversy and Coalition: The New Feminist Movement*, Boston 1985, S. 150 ff.; v. Wahl, A. (Fn. 7), S. 93–97.

rungsverbot angelegt wird, können bestimmte starke Affirmative Action Ansätze – ähnlich wie in der Bundesrepublik – nicht von der Verfassung gestützt werden. Selbst einfache Gleichstellung zwischen Männern und Frauen ist in Klagen unter der Equal Protection Klausel kaum durchzusetzen.<sup>19</sup> Daher erfolgen die meisten Klagen gegen Ungleichbehandlung auf Gesetzesebene.

Dort gibt es den Title VII, der *zentral* ist für den Beginn und die Durchsetzung aktiver Antidiskriminierungspolitik für Frauen im Erwerbsleben. Seit 1972 betrifft er öffentliche und private Arbeitgeber mit mehr als 15 Beschäftigten.<sup>20</sup> Schon ein Jahr zuvor, 1963, hatte der amerikanische Kongreß ein Lohngleichheitsgesetz erlassen (Equal Pay Act), das gleichen Lohn für die gleiche Arbeit zwischen Männern und Frauen vorschrieb. Der Title VII und der Equal Pay Act bilden zusammen die gesetzliche Grundlage geschlechtsspezifischer Antidiskriminierungspolitik im Erwerbsleben. Die ausschließlich wörtliche Auslegung würde jedoch bevorzugende Behandlung von Frauen verbieten und damit den »Geist« (spirit) und Zweck dieser Gesetze ignorieren. Ziel des Gesetzes ist nämlich »to break down old patterns of segregation and hierarchy.«<sup>21</sup> Bevorzugte Einstellung und Beförderung zur Überwindung demokratisch nicht legitimierbarer Ungleichheiten ist daher in bestimmtem Rahmen erlaubt.

Die Anerkennung der Existenz systematischer Diskriminierung und staatlicher Verantwortung durch den Title VII führte 1965 und 1967 zu zwei Präsidentenverordnungen (Executive Orders 11246 und 11375) unter Präsident Johnson, die Affirmative Action und öffentliche Vergabepraxis nach bestimmten Förderplänen für Minoritäten und Frauen begründete. Damit ist die öffentliche Auftragsvergabe in den USA seit 1967 mit Förderrichtlinien für Minoritäten und, in geringerem Maße, Frauen verbunden. Die beiden Präsidentenverordnungen richten sich an Unternehmen, die öffentliche Aufträge des Bundes erhalten, sowie an deren Subunternehmer und an die Empfänger staatlicher Subventionen wie z. B. die privaten Universitäten. Der Title VII und die zwei genannten Verordnungen eröffneten Millionen von Menschen neue Erwerbs- und Aufstiegsmöglichkeiten.

Bis 1977 galt Affirmative Action bei der Auftragsvergabe für Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten und bei einem Auftragsvolumen von mehr als 50 000 \$. Eine Obergrenze existierte nicht.<sup>22</sup> Unter der Präsidentschaft Jimmy Carters wurde der Geltungsbereich erweitert, indem die Anzahl der Beschäftigten auf 15 und das Mindestvertragsvolumen auf 10 000 \$ herabgesetzt wurde. Nun fielen mehr Unternehmen unter das Gesetz und waren gezwungen, vermehrt Förderpläne aufzustellen. Ab 1977 wurden die Präsidentenverordnungen, die öffentliche Auftragsvergabe an Förderprogramme in der Privatwirtschaft gebunden hatten, auf Bundesebene durch ein Gesetz gestützt (Public Works Employment Act). Letzteres besagte, daß mindestens 10% aller Bundesmittel, die zur Finanzierung öffentlicher Vorhaben in Bau und Dienstleistung bereitgestellt werden, an Firmen von Minderheiten vergeben werden sollten. Auch Firmen, die mehrheitlich Frauen gehörten bzw. diese gezielt

19 Vgl. den Fall *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 1979. Falldarstellungen, Rechtsprechung und Urteile des Verfassungsgerichts zu Geschlechterdiskriminierung sind besonders gut aufbereitet in: Omilian, Susan M./Kamp, Jean P., *Sex-Based Employment Discrimination*, Deerfield 1990 (hier: Kap. 13, S. 34 f.); Thomas, Claire Sherman, *Sex Discrimination in a Nutshell*, St. Paul, Minnesota 1982; Kay, Herma Hill, *Sex-Based Discrimination. Texts, Cases, and Materials*, St. Paul, Minnesota 1981.

20 Der Grenzwert ist über die Jahre von 100 auf 25 und dann auf 15 gesunken.

21 *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 208 (1979): zitiert Senator Humphrey, 110 *Congressional Records* 6548 (1964).

22 In den EG wurden dagegen für den Geltungsbereich des EG-Rechts branchenspezifische Schwellenwerte eingerichtet (z. B. 800 000 ECU im Bereich Telekommunikation). Es besteht daher u. U. die Chance, Entscheidungen über Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nach deutschem Recht zu beurteilen und Frauenförderung zuzulassen.

förderten, wurden z. T. berücksichtigt. Die hier festgelegte geringe Kontingentierung für Minderheiten stellte einen ersten Affront gegenüber der Laissez-faire Politik in der Auftragsvergabe dar. Im Mai 1979 erließ Carter die Präsidentenverordnung 12138, die die Bundesverwaltung verpflichtete, »to facilitate, preserve and strengthen women's business enterprise and to ensure full participation by women in the free market system.«<sup>23</sup>

In den 80er Jahren wurde unter Präsident Reagan die Nutzung der öffentlichen Auftragsvergabe als sozialpolitisches Instrument eingeschränkt, indem er die Mindestgrenze der Beschäftigtenzahl auf 250 und das Auftragsvolumen auf 1 Mio. \$ erhöhte, so daß 75% der bisherigen Firmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht mehr an die Affirmative Action Vorgaben gebunden waren.<sup>24</sup> Unter Präsident Bill Clinton wurden die Grenzwerte wieder auf 50 Personen bzw. auf 50 000 \$ heruntersetzt. Aufgrund der politischen Kursänderung seit 1994 durch die republikanischen Mehrheiten in beiden Häusern des Kongresses ist inzwischen wieder mit drastischen Einschränkungen zu rechnen.<sup>25</sup> So hat u. a. der republikanische Gouverneur des multiethnischen Staates Californien, Pete Wilson, – trotz Sanktionsdrohungen aus Washington 1995 – jegliche Affirmative Action Quotierung an den öffentlichen Universitäten in seinem Staat abgeschafft.

Neben dem Bund haben auch Einzelstaaten und Gemeinden Vergabequoten bzw. finanzielle Anreizsysteme eingerichtet, die die Förderung kleiner und lokaler Unternehmen einschließen. Dies schien politisch unerlässlich, da den Schwarzen, die im Durchschnitt 12% der Bevölkerung darstellen, nur 2% aller Unternehmen gehören. Sie erwirtschaften weniger als 1% der nationalen Staatseinnahmen.<sup>26</sup> Daher sollte z. B. in Baltimore, wo 85% der Bevölkerung schwarz sind, mit einer vergleichsweise moderaten Zielquote von 20% vermehrt Aufträge an Minderheiten vergeben werden. Richmond mit 50% Schwarzen legte eine Quote von 30% fest.<sup>27</sup> Ähnliches geschah in vielen Gemeinden und Landkreisen. Diese unteren Ebenen eröffneten damit in den USA einen weiteren Zugang für die Frauenförderung. Auch die föderale Struktur der Bundesrepublik eröffnet bedenkenswerte Möglichkeiten, diese Policy auf unteren Ebenen einzusetzen.

Die von der amerikanischen Regierung eingesetzten behördlichen Überwachungsinstanzen für Gleichstellung sind hauptsächlich die Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) und die Office of Contract Compliance Programs (OFCCP), die seit Anfang der 70er Jahre relativ effektiv arbeiten. Die Existenz dieser Bundesbehörden stellt neben dem Title VII den wichtigsten Unterschied zwischen deutscher und amerikanischer Gleichstellungspraxis dar. Die Gleichstellungsbehörde EEOC wacht über die Einhaltung der Antidiskriminierungsgesetze, nimmt individuelle Beschwerden entgegen, registriert Verstöße und vermittelt zwischen streitenden Parteien. In den ersten 5 Jahren ihres Bestehens wurden 52 000 Beschwerden eingereicht, davon waren 25% gegen geschlechtsspezifische Diskriminierung gerichtet.<sup>28</sup> Heute sind es knapp 42%.

23 Statement of Amy J. Millman, National Women's Business Council, before Committee on Small Business, United States House of Representatives, Hearings on Procurement Reform, 2. 2. 1994, Washington, S. 6.

24 Women Employed, Damage Report, The Decline of Equal Opportunity Enforcement under the Reagan Administration, Washington November 1982, S. 10.

25 Die Abhängigkeit der Gleichstellungsbehörden für Minderheiten und Frauen vom politischen Kurs der jeweiligen Administration dokumentiert Dan Wood, »Does Politics Make a Difference at the EEOC?«, in: American Journal of Political Science, Vol. 34, Nr. 2, Mai 1990, S. 503–530.

26 Daly, Mary C., Rebuilding the City of Richmond: Congress's Power to Authorize the States to Implement Race-Conscious Affirmative Action Plans, in: Boston College Law Review, Summer 1992, Vol. 33 Nr. 5, S. 903–980.

27 Dimco, Jean, Minority Contracting, in: American City & County, July 1992, S. 54–58.

Aufgrund der geringen personellen und finanziellen Ausstattung der Behörde konnte die EEOC zwischen 1973 und 1975 nur 1% der 12 800 Beschwerden dieser beiden Jahre erfolgreich bearbeiten. Heute werden pro Jahr bei dieser Behörde etwa 150 000 Beschwerden eingereicht, das sind 450 pro Tag. Die Zahl nicht bearbeiteter Fälle liegt z. Z. bei 193 859 mit einer Wartezeit von mindestens einem Jahr. Allerdings hat sich die Zahl der gelösten Fälle unter der Clinton Administration im Vergleich zur Bush-Regierung fast verdoppelt.<sup>29</sup>

Die Verbandsklage war ein wichtiges Werkzeug bei Schadensersatzklagen in den 70er Jahren und erzielte einige grundsätzliche Urteile zugunsten der Klägerinnen, doch sie verlor unter den Reagan- und Bush-Administrationen an Bedeutung.<sup>30</sup> Dies hatte hauptsächlich zwei Gründe: Erstens kam direkte formale Diskriminierung immer seltener vor, und zweitens wurden die Gleichstellungsbehörden in den 80er Jahren angewiesen, keine Verbandsklagen mehr zu unterstützen. Kotkin schließt aus der rechtsdogmatischen und empirischen Entwicklung seit Mitte der 80er Jahre: »... systemic class action litigation [Verbandsklage; A. v. Wahl] under Title VII is no longer a viable means of routing out the discrimination that remains in our society. Absent legislative change, the future of Title VII litigation lies with individual claims of disparate treatment.«<sup>31</sup> Ich gehe davon aus, daß mit dem Bedeutungsverlust der Verbandsklage der politische und rechtliche Druck für die breite Umsetzung von Affirmative Action auch in der öffentlichen Vergabepraxis gesunken ist. So gesehen erscheint Kotkins Beurteilung der Situation pessimistisch, da in der Praxis individuelle Klagen weniger durchschlagende Konsequenzen nach sich ziehen.

Die andere entscheidende – wenn auch kleine – Behörde auf Bundes- und Länderebene ist die OFCCP, eine Unterabteilung des Ministeriums für Arbeit, die sich *ausschließlich* mit der öffentlichen Vergabepraxis befaßt und für dieses Thema besonders wichtig ist. 1982 umfaßte ihr Wirkungskreis 29 000 private Vertragspartner, die wiederum 31 Millionen Menschen beschäftigten.<sup>32</sup> Jährlich verteilt die OFCCP mit ihren knapp 1000 Angestellten Informationen an Firmen, berät bei der Umsetzung von Affirmative Action Plänen und untersucht die Einhaltung von diesen Plänen in einer Reihe staatlicher Vertragspartner vor Ort, insbesondere bei den 500 größten Firmen. Die Behörde analysiert eine kleine Anzahl von Firmen und dort besonders die Arbeitsorganisation und -praxis wie Anstellung, Gehalt, Beförderung, Gratifikation und Segregation. Beschäftigte werden interviewt, um festzustellen, ob systematische Diskriminierung gegenüber einer Gruppe besteht. Unter der Bush-Regierung wurden 1990 6033 Verträge von Unternehmen überprüft, die insgesamt 2,7 Millionen Menschen beschäftigen.<sup>33</sup> Von den jährlich 1295 eingereichten Beschwerden betrafen nur 177 Affirmative Action. Die Beschwerden aufgrund von Diskriminierungen wegen körperlichen Behinderungen waren dagegen fünfmal so hoch. Die Zahl der bei der OFCCP als solche akzeptierten Beschwerden bezüglich der Geschlechts- und »Rassen«diskriminierung ist also verhältnismäßig gering. Es bleibt zu

28 Mezey, Susan Gluck, In Pursuit of Equality, Women, Public Policy, and the Federal Courts, New York 1992, S. 39.

29 Fields, Gary/Dowling, Carrie, »Waiting for Justice, Workplace discrimination claims hit record«, USA-Today, 15. 8. 1995, S. 1A, 2A, 10A.

30 Vgl. Berger, Margaret A., Litigation on Behalf of Women, The Ford Foundation, New York 1980. Eine breite Diskussion acht amerikanischer Juristen zu diesem Thema in: Georgetown Law Journal, Vol. 79, Part 2, 1991, insbesondere: Becker, Mary E., Needed in the Nineties: Improved Individual and Structural Remedies for Racial and Sexual Disadvantages in Employment, *ibid.*, S. 1659–1693.

31 Kotkin, Minna J., Public Remedies for Private Wrongs: Rethinking the Title VII Back Pay Remedy, in: Hastings Law Journal, Aug. 1990, Vol. 41, S. 1301–1381, zit. S. 1377f.

32 Woman Employed (Fn. 24), S. 2.

33 Office of Federal Contract Compliance Programs, »Twenty-Five Years of Service,« Director's Report, Fiscal Year 1990, U.S. Department of Labor, Employment Standards Administration, S. 7.

untersuchen, ob die Ursache für die niedrige Anzahl der Beschwerden entweder in dem schon erreichten Niveau der Gleichbehandlung zu suchen ist oder in institutionellen oder juristischen Hürden im Beschwerdeprozeß bzw. in dem Glauben der Betroffenen, daß sich durch eine Beschwerde sowieso nichts ändere. Angesichts der seit 1989 umgekehrten Beweislast und der Anwendung des strikten Prüfungsmaßstabs auf Gemeindeebene ist anzunehmen, daß viele Beschwerden den erhöhten Anforderungen nicht genügen und *vorzeitig* abgelehnt werden.

Wenn in einem Unternehmen aber doch systematische Benachteiligungen festgestellt werden, schlägt die OFCCP Lösungen vor und verhandelt mit dem Betrieb über Veränderungen, Rückzahlungen oder Schadensersatz. Führt dies nicht zur Einhaltung der Vorgaben, können vom Staat Sanktionen in Form von Zahlungs- und Vertragsstop oder im Extremfall Vertragskündigungen und der Ausschluß von zukünftigen Aufträgen erfolgen. 1982 waren von 29 000 Unternehmen allerdings nur 13 von der Beendigung des Vertrages betroffen, 1990 nur eines. Dies stellt eine verschwindend geringe Prozentzahl dar. 10 Unternehmen wurden dagegen für ihre Anstrengungen über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinaus ausgezeichnet (Westinghouse Electric Company, Telekommunikationskonzern US Sprint etc.).<sup>34</sup>

Nur sehr wenige Unternehmer haben sich aufgrund der recht leicht zu erfüllenden Auflagen und der geringen Kontrolle mit aller Kraft gegen diese Auflagen bei der Auftragsvergabe gestemmt. Empirische Untersuchungen ergaben, daß 75% der implementierenden Behörden vor Ort keinen Widerstand vorfanden, 15% Prozent »einige« Schwierigkeiten hatten und 10% der Unternehmen vor Gericht zogen. Es hat also keinen so weitreichenden Widerstand gegen feste Kontingente für Minoritätsfirmen gegeben, wie man erwarten könnte. Hier spielt auch die Rhetorik der Fairneß und Chancengleichheit eine Rolle. Die einzige organisierte Opposition kam von den Verbänden der Baubranche, die am Erhalt des Status Quo interessiert waren, da sie auch am meisten von der Vergabe öffentlicher Aufträge profitiert hatten.<sup>35</sup> 1993 wurden von 179,4 Milliarden \$ in öffentlichen Aufträgen der Bundesregierung 10,4 Milliarden \$ an Minoritätenfirmen vergeben. Während sich dies zunächst beträchtlich anhört, zeigt die Zahl doch deutlich, daß die Bundesregierung selbst ihre 10% Klausel nicht einhält.<sup>36</sup>

Neben dem Druck durch Vertragsabbruch, Strafandrohungen oder Schadensersatzforderungen setzt sich in einigen Privatunternehmen, insbesondere an den Universitäten, die Überzeugung durch, daß die volle Ausnutzung des vorhandenen Pools an Bewerber/innen wirtschaftlich profitabel ist. So konnten bestimmte Lücken im Absatzmarkt von Versicherungspolice nur durch Frauen und/oder Angehörige von Minderheiten geschlossen werden. Die Einschätzung, daß der Einschluß von Frauen und Minderheiten letztendlich profitabel ist, wird unter dem Stichwort »diversity« diskutiert. »Diversity« wurde auch vom Supreme Court als ein Wert an sich dem Differenzierungsverbot entgegeng gehalten.<sup>37</sup> Besonders wettbewerbsorientierte Unternehmen und Bildungseinrichtungen haben freiwillige Affirmative Action Pläne aufgestellt, um die leistungsstärksten Arbeitnehmer – egal welcher Hautfarbe oder welchen Geschlechts – zu rekrutieren. »Diversity« wird damit zu einem Bestandteil liberaler Wirtschaftslogik instrumentalisiert, erfährt aber gleichzeitig eine rechtlich anerkannte Legitimierung, die Minoritäten und Frauen Zugangsmöglichkeiten öffnet. Zusammenfassend läßt sich zu den rechtlichen Grundlagen und der institutionellen

34 Office of Federal Contract Compliance Programs, S. 7 ff.

35 Daly (Fn. 26), S. 975.

36 Herald Tribune, 14. 6. 1995, S. 3.

37 Vgl. Metro Broadcasting v. FCC, 497 U.S. 547 (1990).

Umsetzung folgendes festhalten: Affirmative Action beschreibt eine *Vielzahl* an Gleichstellungs- und Fördermaßnahmen und -instrumentarien (EEOC u. OFCCP, admin. u. judikat., privat/öffentl. Sektor), die zunächst die Diskriminierung der (männlichen) Schwarzen und später Frauen eindämmen sollte. Zum Title VII, den Präsidentenverordnungen zur öffentlichen Auftragsvergabe und den zwei nationalen Gleichstellungsbehörden gibt es auf deutscher Bundesebene (noch) kein Pendant. Ein ähnlicher Ansatz der breiten Institutionalisierung von Gleichstellungsbemühungen ist gegenüber dem jetzigen Zustand in Deutschland vorzuziehen, da er Beschwerde- und Kontrollinstanzen mit Klage- und Weisungsrecht geschaffen hat. Affirmative Action und feste Kontingente bei der Auftragsvergabe haben in vielen Berufen und Branchen benachteiligten Gruppen und Individuen zum ersten Mal Zugang und Aufstiegschancen eröffnet. Materielle Verbesserungen zeigen sich jedoch nur langsam. Die Antidiskriminierungsbehörden spielen bei der Planung, Beratung, Durchführung und Kontrolle der Gesetze eine entscheidende Rolle. Und aufgrund der Erfahrung von drei Jahrzehnten und einsetzender Routine in den Institutionen und Betrieben wird Affirmative Action langsam zum Selbstläufer. Die wichtigste Auswirkung von Affirmative Action liegt wahrscheinlich in der Veränderung kultureller Normen: Heute ist Diskriminierung weit weniger akzeptabel als vor 30 Jahren.

#### 4. Die Rechtsprechung des Supreme Court

Die Analyse der wichtigsten Urteile des Supreme Court zur Verfassungskonformität öffentlicher Auftragsvergabe spiegelt die Spannung zwischen einem aus liberaler Tradition geborenen absoluten Differenzierungsverbot und einer sozialpolitisch motivierten präferentiellen Behandlung bestimmter Gruppen zum Abbau von weißen und männlichen Privilegien wider. Ähnlich wie in der deutschen Debatte geht es in den USA hauptsächlich um die Legitimität offener und starrer Quoten und um das ungelöste Verhältnis zwischen bevorzugender Behandlung und verfassungsrechtlichem Gleichheitsgebot.

Es ist im folgenden zu berücksichtigen, daß es sich im Gegensatz zum deutschen Gesetzesrecht in den USA um Fallrecht handelt. Vergleiche zwischen den beiden Rechtssystemen sind daher nur begrenzt möglich. Eine Studie der Rechtslage und der Umsetzung ergibt im Ergebnis keine immer kohärente Urteilspraxis, sondern eine z. T. widersprüchliche Abfolge von Urteilen mit unterschiedlichen Interpretationsgrundlagen. Deutlich ist die politische Großwetterlage – mit Berücksichtigung einer zeitlichen Verschiebung – auch in der Richterauswahl und der Rechtsprechung erkennbar. Für unser Thema werden hier die wichtigsten Interpretationsstränge herausgearbeitet. Die Praxis des Fallrechts soll uns also nicht daran hindern, die grundlegenden Fragen nach Möglichkeiten und Grenzen von sozialpolitisch motivierten Förderprogrammen in anderen westlichen Demokratien zu untersuchen. Denn es stellt sich angesichts fortdauernder Ungleichheit in Deutschland und Europa die Frage, inwieweit Frauenförderung durch öffentliche Auftragsvergabe auch hier relevant bzw. praktikabel ist.

Wichtig ist, daß der Supreme Court ethnische Differenzierungen generell mit einer strengeren Prüfungsstufe (strict scrutiny) belegt als geschlechtsspezifische (mittlerer Prüfungsmaßstab). Nur unter Title VII kann man von einer analogen Interpretation

rassistischer und sexistischer Diskriminierung ausgehen.<sup>38</sup> Die unterschiedliche Prüfungsstufe führt aber dazu, daß die Chancengleichheit von Frauen weniger geschützt wird als die von Minoritäten. Andererseits läßt die mittlere Prüfungsstufe zu, daß »biologische« Differenzen, wie die Gebärfähigkeit der Frau, in geringem Maße durch die Rechtsprechung berücksichtigt werden können. So ermöglicht die mittlere Prüfungsstufe z. B. Gleichbehandlung von Schwangeren in der Krankenversicherung. Die Entscheidung des Gerichts über den Einsatz einer bestimmten Prüfungsstufe hat also auch geschlechtsspezifische Relevanz.

1971 wurde in einem der wichtigsten Urteile zum Title VII (Griggs vs. Duke Power) der Tatbestand *mittelbarer* Diskriminierung vom Verfassungsgericht anerkannt.<sup>39</sup> Diese Anerkennung stärkte die rechtliche Ausgangsposition von benachteiligten Personengruppen enorm, da die Diskriminierung nicht individuell nachgewiesen werden mußte.<sup>40</sup> Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung schließt von der Wirkung auf den Grund, d. h.: Wenn eine benachteiligte Gruppe in einem Arbeitsbereich erheblich unterrepräsentiert ist, so wird dies in den USA als Ergebnis von Diskriminierung gewertet (statistical evidence). Mit diesem Urteil wurde anerkannt, daß Diskriminierung meist unabhängig von subjektiven Intentionen erfolgt (disparate impact). Bis dahin war nur unterschiedliche *Behandlung* als illegal gewertet worden (disparate treatment). Seit 1971 lag die Beweislast damit bei den Unternehmen, wenn der Kläger/die Klägerin zeigen konnte, daß oberflächlich neutrale Anforderungen einen *disparaten Effekt* auf eine Gruppe hatte. Ausnahmen von der »disparate impact« Theorie können gemacht werden, wenn ein Betrieb zeigen kann, daß eine diskriminierende Anstellungs- und Beförderungspraxis ein notwendiger Bestandteil der zu verrichtenden Arbeit ist.<sup>41</sup> Mit dem rechtlichen Argument des »disparaten Effekts« wurden auf kommunaler Ebene feste Kontingente für Minoritäten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eingeführt. 1989 kehrte der nun von konservativen Richtern dominierte Supreme Court diese Gewichtung der Beweislast jedoch für die erste Instanz um.<sup>42</sup>

Die erste und berühmteste Entscheidung zu Affirmative Action fiel 1978 im Fall University of California vs. Bakke, als ein älterer weißer Student klagte, weil ihm andere Studenten aufgrund ihrer Hautfarbe vorgezogen worden wären.<sup>43</sup> Damals hatte die Universität versucht, den Prozentsatz von Minoritäten in ihrer Medizinischen Fakultät zu erhöhen, weil dort unter 100 Studenten nur ein Schwarzer war. Der Fachbereich hatte 16 Plätze für ökonomisch oder sozial benachteiligte Studenten reserviert und 5 für die Kinder großzügiger Spender. Bakke hatte trotz seines z. T. besseren Notendurchschnitts keinen Studienplatz erhalten und klagte gegen die Universität mit der Begründung, daß er aufgrund seiner Rasse diskriminiert worden

<sup>38</sup> Zur These der »race-analogy« siehe Ferree, Myra M., Equality and Autonomy: Feminist Politics in the United States and West Germany, in: Katzenstein, Mary Fainsod/McClurg Mueller, Carol (eds.), The Women's Movements of the United States and Western Europe, Consciousness, Political Opportunity, and Public Policy, Philadelphia 1987, S. 172–195.

<sup>39</sup> Griggs v. Duke Power 401 U.S. 424 (1971).

<sup>40</sup> Vgl. Pfarr/Bertelsmann zu mittelbarer Diskriminierung (Fn. 1).

<sup>41</sup> Hier wird häufig das Beispiel »Schauspieler« in der juristischen Literatur genannt. Theater und Filmproduktionen können natürlich ungehindert die Darsteller einstellen, die dem Geschlecht und der Hautfarbe des Protagonisten entsprechen. Interessant, aber nicht erfaßt, wäre dagegen zu wissen, welche weniger exotischen Arbeitgeber von dieser Ausnahmeregelung Gebrauch machen und mit welchen Argumenten.

<sup>42</sup> Im Urteil *Wards Cove Packing v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989) entschied der Supreme Court, daß im Fall von »disparate impact« der Kläger nun zeigen muß, welcher *spezifische Mechanismus* zur Disparität zwischen verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmern führt. Dies erschwerte Klagen gegen strukturelle Diskriminierung erheblich.

<sup>43</sup> *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

sei.<sup>44</sup> Hier wurde zum ersten Mal der Begriff »umgekehrte Diskriminierung« (reverse discrimination) verwendet, dessen Tatbestand das Gericht allerdings zurückwies: Es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so das Gericht, das kontinuierliche Fortbestehen von Diskriminierung zu beenden, daher seien Fördermaßnahmen grundsätzlich erlaubt. Gleichzeitig dürften diese Fördermaßnahmen aber Individuen nicht zu stark belasten. Damit kam das in sich gespaltene Gericht (5 : 4) zu einem ambivalenten Urteil, das aber auf breite gesellschaftliche Akzeptanz stieß: »Affirmative Action ja – feste Quoten nein«. Deutlich wird in diesem Urteil die ungelöste Spannung zwischen dem strikten Differenzierungsverbot der Verfassung und den Antidiskriminierungsgesetzen, die aktive Gleichstellung ermöglichen: Trotz des absoluten Differenzierungsverbots sprach der Supreme Court der Legislative das Recht zu, bestimmte soziale Gruppen auf dem Arbeitsmarkt zu bevorzugen, und erhielt sich damit einen interpretatorischen Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums kommen die politischen Ausrichtungen der Richter in dieser Frage verstärkt zum Tragen.

Wichtig für die Entscheidung zur Legitimität freiwilliger Affirmative Action Pläne in der Privatwirtschaft war ein Jahr später der Fall Weber.<sup>45</sup> Hier wurde entschieden, welche Kriterien die konkrete Ausgestaltung eines Förderplanes legitimieren. Diese Kriterien werden heute auch als Standard für Frauenförderung in der Privatwirtschaft verwendet und lauten:

1. Der Zweck des Affirmative Action Planes entspricht dem Bürgerrechtsgesetz, alte Strukturen der Rassentrennung bzw. Diskriminierung von Frauen zu beseitigen.
2. Der Förderplan darf gleichzeitig die Interessen der weißen/männlichen Beschäftigten nicht zu stark beschneiden (weder absolute Sperre noch Entlassungen).
3. Der Plan dient dazu, bisherige »rassische« oder geschlechtsspezifische Unausgewogenheit zu beseitigen, nicht um »rassischen«/geschlechtsspezifischen Proporz aufrechtzuerhalten.
4. Der Affirmative Action Plan ist eine temporäre Maßnahme.<sup>46</sup>

Werden diese vier Kriterien erfüllt, ist ein Affirmative Action Plan unter Title VII legal.

1980 erging zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der 10% Vergabequoten bei öffentlichen Aufträgen, die vom Kongress 1977 in einem Gesetz festgelegt worden war, das wichtige Urteil, daß Affirmative Action auch in diesem Fall verfassungsrechtlich tragbar ist (Fullilove vs. Klutznick).<sup>47</sup> Die Klage der Bauunternehmerverbände, die sich gegenüber den kleineren Firmen in schwarzer oder hispanischer Hand benachteiligt fühlten, wurde vom Verfassungsgericht mit der Begründung abgelehnt, daß »die bloße Enttäuschung von Erwartungen bei »Nichtminderheiten-Unternehmen« nicht automatisch verfassungswidrig sei.<sup>48</sup> Bei der Schaffung begrenzter Abhilfe-maßnahmen sei ein »Mittragen der Last« durch unschuldige Dritte zumutbar. Diese Entscheidung bedeutete einen Sieg für die Befürworter von Affirmative Action durch öffentliche Auftragsvergabe.

44 Bakke war allerdings schon zweimal an anderen Universitäten aufgrund seines fortgeschrittenen Alters (35 Jahre) abgelehnt worden.

45 United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193 (1979). Hier hatte ein Mitglied einer Stahlarbeitergewerkschaft, wiederum ein Weißer, gegen die proportionale Weiterbildung Schwarzer geklagt, da er eine längere Betriebszugehörigkeit aufzuweisen hatte.

46 Sacksofsky (Fn. 11), S. 248.

47 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).

48 Die Kriterien sind nachzulesen bei Sacksofsky (Fn. 11), S. 249. Vgl. Owens, Major, R., Federal Contracting: Minority Progress Halted by Majority Greed: The Scandal of the Minority Set Asides Program, in: Business and Society R., Winter 1987, S. 41–44.

1987 wurden in San Francisco von einem unteren Gericht m. E. zum ersten Mal explizit Quoten für Frauenunternehmen aufrechterhalten, für Minderheiten jedoch abgelehnt. Dort hatte die Gewerkschaft der Vereinigten Auftraggeber in der Bauwirtschaft gegen Präferenzprogramme für Frauen und Minoritäten geklagt (*Associated General Contractors vs. City of San Francisco*). Zugute kam den Frauen in diesem Fall, daß bei geschlechtsspezifischen Fragen meist der mittlere Prüfungsmaßstab angelegt wird, der die unterschiedliche Behandlung – also auch Förderung – eher erlaubt. Es ist jedoch unwahrscheinlich, daß sich in Zukunft ein Interpretationsstrang durchsetzt, der Frauen tendenziell gegenüber den Minoritäten bevorzugt. Im Gegenteil, in der öffentlichen Diskussion ist die einseitige Konzentration der Diskussion von Affirmative Action als »race-issuc« hervorstechend, obwohl der Frauenanteil an der Bevölkerung höher liegt. Eine Untersuchung der tendenziellen Gleichsetzung von Affirmative Action mit Minderheitenrechten im öffentlichen Diskurs unter gleichzeitiger Ausblendung der geschlechtsspezifischen Aspekte wäre sicher ein lohnendes Unterfangen.

1987 bestätigte das Verfassungsgericht weiterhin, daß die Berücksichtigung des Geschlechts als Kriterium bei Beförderungsentscheidungen zulässig sei, wenn es als zusätzlicher Faktor verwandt würde.<sup>49</sup> Dieses Urteil steht für einen Interpretationsstrang, der Diskriminierung gegen Frauen unter Title VII genauso interpretiert wie rassistische Diskriminierung. Eine Ausnahme machte hier Richter Scalia, der die geschlechtsspezifische Segregation des Arbeitsplatzes zuungunsten der Klägerin als das Ergebnis freier Entscheidung der weiblichen Arbeitnehmerinnen ansah.

Nach neun Jahren republikanischer Ämterbesetzung stellten 1989 die konservativen Richter im Supreme Court die Mehrheit und stimmten in mehreren Fällen gegen Affirmative Action, darunter auch einmal gegen feste Kontingente in der öffentlichen Auftragsvergabe:<sup>50</sup> Parallel zu der 10%-Klausel für Bundesausschreibungen, die durch ein vorangegangenes Urteil bestätigt worden war (*Fullilove*), hatte die Stadt Richmond, in der 50% Schwarze lebten, die Auftragsquote für Minoritäten-Betriebe auf 30% erhöht. Dagegen hatte ein weißer Bauunternehmer geklagt und mit der Begründung Recht erhalten, daß der *allgemeine* Verweis auf die Diskriminierung von Schwarzen in der Bauindustrie zu unspezifisch sei und keinen logischen Endpunkt habe. Das Verfassungsgericht hatte damit zum ersten Mal die strikte Prüfungsstufe bei der Überprüfung von Affirmative Action anhand der Equal Protection-Klausel angelegt. Das Ergebnis war »fatal in fact«, wie Richter Thurgood Marshall vermutet hatte. Das Urteil wirkte als Startsignal, die Quoten bei Auftragsvergabe in vielen Gemeinden abzuschaffen. Dadurch fiel die Auftragsvergabe an geförderte Unternehmen in Richmond von 31 auf 2% , in Philadelphia von 25 auf 2% und in Tucson von 28 auf 0%.<sup>51</sup>

Diese hier etablierte Anwendung des strikten Prüfungsmaßstabs bei aktiven Gleichstellungsmaßnahmen ist in seiner Tendenz nun durch das letzte Urteil des Verfassungsgerichts mit knapper Mehrheit (5 : 4) weiter untermauert worden. Im Juni 1995 hatten die Richter in mehreren inhaltlich verwandten Urteilen die Einschränkung bisheriger Gleichstellungsmaßnahmen auch in der Bildungspolitik, bei der Aufstellung von Wählerlisten und bei der öffentlichen Auftragsvergabe festgesetzt. Bislang hatte die Bundesregierung in Washington durch das *Fullilove* Urteil mehr Freiheit als die Gemeinden in der Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialpolitischen Gesichtspunkten. Dieses bundesstaatliche Privileg wurde 1995 durch das Urteil in

49 *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California*, 107 S. Ct. 1442 (1987).

50 *City of Richmond v. Groson Co.*, 109 S. Ct. 706 (1989).

51 *Dimeo* (Fn. 27), S. 56.

Adarand Constructors Inc. v. Federico Pena (Nr. 93-1841) zurückgenommen, so daß Affirmative Action für Minderheiten jetzt nur noch zulässig ist, wenn ein »zwingendes« staatliches Interesse besteht und historische Benachteiligung bewiesen werden kann. Allerdings wandten sich nur zwei der Richter ganz von dem Konzept ab. Die von Reagan ernannte moderate Richterin Sandra Day O'Connor stellte dagegen in der Urteilsbegründung und für den Beibehalt von Affirmative Action fest: »The unhappy persistence of both the practice and the lingering effects of racial discrimination against minority groups in this country is an unfortunate reality, and the government is not disqualified from acting in response to it.«<sup>52</sup> Im Ergebnis sind also noch immer 7 Richter der Überzeugung, daß Personen aufgrund ihrer »Rasse« selbst unter dem strikten Prüfungsmaßstab unterschiedlich behandelt werden dürfen, solange diese Differenzierungen bestimmte enge Vorgaben erfüllen. Die Wirkung von Adarand wird trotz der Freude bei den Gegnern des Programms daher unterschiedlich beurteilt. Unter Berücksichtigung der anderen jüngsten Bürgerrechtsurteile spiegelt Adarand jedoch eine Stimmung im Land wider, die staatlichen Eingriffen und Quoten jeglicher Art mißtraut.

Als *Fazit* zu den Urteilen des amerikanischen Verfassungsgerichts läßt sich folgendes festhalten: Affirmative Action nach bestimmten Kriterien (Bakke, Weber) ist bei Anstellung und Beförderung legal. Bei der öffentlichen Auftragsvergabe auf Bundesebene wurde die 10% Quote vom Verfassungsgericht zunächst als sozialpolitisches Kriterium bestätigt (Fullilove), 1995 jedoch ernsthaft in Frage gestellt (Adarand). Während die zeitlich früheren Urteile Affirmative Action und Auftragsvergabe weder nach sozialen Gesichtspunkten noch als Instrument der Chancengleichheit zuließen und damit das Differenzierungsverbot einschränkten, hat präferentielle Behandlung unter der jetzt dominierenden engen Interpretation des Gleichheitsgrundsatzes und unter der Anwendung eines strikten Prüfungsmaßstabs nur geringe Chancen auf Erfolg (Adarand). Diese interpretatorische Wende spiegelt den konservativen Trend in den USA wider, der auch in anderen Rechtsgebieten zu Veränderungen geführt hat (leichtere Verhängung der Todesstrafe, Wiedererstarken der Einzelstaaten etc.).

Die rechtliche Kontroverse, die Affirmative Action in den USA verursacht hat, liegt u. a. in ihrem Widerspruch zu grundlegenden liberalen Werten wie unantastbaren Eigentumsrechten, Meritokratie, Individualismus und Straffreiheit für nicht intendierte Benachteiligungen. Die Vergabe öffentlicher Aufträge an Minoritätenfirmen oder Frauennunternehmen postuliert dagegen die Relevanz und den Fortbestand sozial und ökonomisch abgrenzbarer Gruppen in der amerikanischen Gesellschaft. Besonders die republikanischen Gegner des Sozialstaats, die sich seit 1992 verstärkt im Aufwind sehen, haben es im liberalen Diskurs leichter, ihr »farbenblindes« Konzept der Chancengleichheit als das einzig Wahre an den (weißen) Mann zu bringen. Dagegen stehen kritische Forderungen, denen das Konzept der »Chancengleichheit« allein nicht ausreichend erscheint, außerhalb dieses dominanten Diskurses und stoßen auf wenig Verständnis.

Es läßt sich zwar festhalten, daß die verschiedenen amerikanischen Regierungen zwischen den späten 60er bis in die frühen 80er Jahre öffentliche Auftragsvergabe als sozialpolitisches Mittel der Gleichstellungspolitik nachdrücklich unterstützt und damit implizit anerkannt haben, daß »the level playing field« in großen Teilen ideologisch ist. Seit der konservativen »Reagan-Revolution« und der Umbesetzung des

<sup>52</sup> Adarand Constructors, Inc., Petitioner v. Federico Pena, Secretary of Transportation. Ausgelöst wurde das Urteil durch die Klage des Bauunternehmers Randy Pech, dessen Angebot 1700 \$ unter dem der hispanischen Firma gelegen hatte, die den Auftrag bekommen hatte.

Verfassungsgerichts ist diese Form der Affirmative Action jedoch langsam eingeschränkt und das Differenzierungsverbot zunehmend *gegen* die aktive Gleichstellung von Minoritäten und Frauen ausgelegt worden.

195

##### *5. Schlußfolgerung für die rechtspolitische Diskussion in Deutschland*

Öffentliche Auftragsvergabe mit sozialen Auflagen funktioniert (nur), wenn adäquate gesetzliche und institutionelle Grundlagen geschaffen werden. Das geschieht eher in Phasen ökonomischer Expansion und kritischer Selbstreflexion der Gesellschaft oder durch politischen Druck von außen. Weder wirtschaftlicher Aufschwung noch sozialpolitisches Engagement in Regierung oder Bevölkerung stehen in nächster Zukunft jedoch ins Haus. Weiterhin bildet in der deutschen Politik und Rechtsprechung der Gleichheitsgrundsatz des Grundgesetzes, ähnlich wie die amerikanische Equal Protection-Klausel, in jüngster Zeit zunehmend ein *Hindernis* für präferentielle Programme für Frauen. Die Institutionalisierung von Gleichstellungspolitik und die Veränderung der politischen Kultur ist in den USA weiter vorangeschritten, so daß Affirmative Action trotz massiver neoliberaler Kritik noch vielerorts praktiziert wird. Dies ist in der Bundesrepublik nicht der Fall. Gerade bei der öffentlichen Auftragsvergabe, die noch recht schüchtern auf der Länderebene durchdacht wird, formiert sich frühzeitig politischer und juristischer Widerstand. Das Kalanke Urteil des EuGH (NJW 1995, 3109 = DVBl. 1995, 1231; dazu KJ 1995, 493) das die automatische »Bevorzugung« einer gleichqualifizierten Angestellten im öffentlichen Dienst in Bremen als nicht zulässig zurückwies, hat den Einsatz aktiver Gleichstellungsmaßnahmen nicht erleichtert. Im Gegenteil, im Anschluß hat auch das Oberverwaltungsgericht in NRW die Quote für geschlechtsdiskriminierend erklärt (NVwZ 1996, 494; 495). Inwieweit öffentliche Auftragsvergabe und Subventionen als Mittel der Frauenförderung betroffen wären, ist jedoch noch nicht genau geklärt.

Das Urteil des EuGH verdeutlicht ebenfalls eine enge Auslegung des Differenzierungsverbots, das nun auch bei uns vermehrt Relevanz erfährt. Überdeutlich wird angesichts dieses Roll-back das Fehlen eines starken politischen Impetus, der in Richtung auf einen geschlechtsspezifischen Privilegienabbau – vergleichbar mit den amerikanischen Bemühungen – versucht, die Situation von Frauen zu verbessern.

Der argumentative Widerstand gegen die Berücksichtigung von »Gruppen« klingt in Deutschland angesichts der rechtlichen Traditionen und der zahlreichen gruppenspezifischen Regelungen (für Schwerbehinderte, Bundeswehrangehörige etc.) hohl. Daß der Gleichheitsgrundsatz angewendet wird, um aktive Gleichstellung zu verhindern, ist das paradoxe Ergebnis eines nur formal argumentierenden Gleichheitsverständnisses. In den USA stimmen dagegen selbst konservative Richter darin überein, den Wirkungen historischer Benachteiligungen Rechnung zu tragen.

Die Verabschiedung eines deutschen Antidiskriminierungsgesetzes im Bundestag, wie es seit über 15 Jahren diskutiert wird, hätte durch feste Kontingente bei der Auftragsvergabe unterstrichen werden sollen. Inzwischen ist jedoch das zweite Gleichstellungsgesetz ohne die Möglichkeit sozialpolitisch motivierter Auftragsvergabe erlassen worden. Die faktischen Durchsetzungschancen sind daher momentan eher gering. Dies ist umso mehr zu bedauern, als die Arbeitslosigkeit heute zu den drängendsten Problemen in Deutschland zählt und ein bedeutender Handlungsbe-

darf besteht. Nur eine Verringerung der hohen Frauenarbeitslosigkeit – auch mit neuen Mitteln – kann hier eine Erleichterung bringen.

Das föderale deutsche System bietet ebenso wie in den USA eine Möglichkeit, der öffentlichen Auftragsvergabe nach sozialpolitischen Kriterien auch auf der Landes- und Gemeindeebene mehr Gewicht zu geben. Die Bemühungen in Berlin und Brandenburg sind Beispiele gesetzgeberischer Tätigkeit, die versuchen, frauenpolitische Erwägungen wieder in das Blickfeld zu rücken. Daher können die institutionellen Entwicklungen in den USA trotzdem eine Anregung bieten.

Christian Müller

## Der Rückgriff gegen Angehörige von Sozialhilfeempfängern

Ein Leitfaden

Für Sozialhilfeempfänger und ihre Angehörigen stellt sich immer häufiger die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Sozialamt die erbrachten Geldleistungen von den Angehörigen zurückfordern kann. Dies gilt ebenso für die Fälle, bei denen der Sozialhilfeempfänger seine Angehörigen zu Lebzeiten beschenkt hat. Dabei kann mit guten Gründen bezweifelt werden, ob die Träger der Sozialhilfe die gesetzlichen Einschränkungen der Heranziehung immer in ausreichendem Maße beachten.

Angesichts dieser Umstände stellt Müllers Praxisleitfaden mit seinen konkreten Berechnungsbeispielen eine einmalige und unentbehrliche Hilfe für die Betroffenen und die in der Sozialarbeit tätigen Praktiker, Sachbearbeiter und Sozialarbeiter dar. In kompakter Form werden dabei alle relevanten Fälle exemplarisch behandelt. Besondere Erwähnung verdient die Tatsache, daß es dem Autor gelingt, die komplizierte und komplexe Materie verständlich aufzuarbeiten, um somit Laien und Fachjuristen gleichermaßen einen nützlichen Dienst zu erweisen.

Der Autor, Dr. jur. Christian Müller, war mehrere Jahre Familienrichter und ist seit einiger Zeit Professor an der Evangelischen Fachhochschule Hannover.

1996, 190 S., brosch., 29,80 DM, 218,- öS, 27,50 sFr,  
ISBN 3-7890-4233-1



**NOMOS Verlagsgesellschaft**  
**76520 Baden-Baden**