

ABHANDLUNGEN

Affirmative Action à l'Américaine – Vorbild für Europa?

Anne Peters*/Noah Birkhäuser**

Einleitung

In Europa werden zunehmend Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus, zur Integration von Angehörigen ethnischer Minderheiten und zur speziellen Förderung benachteiligter Personengruppen ergriffen. Daneben werden die klassischen europäischen Programme zur Überwindung von Frauendiskriminierung durch "positive Aktionen",¹ wie sie seit den 1980er Jahren propagiert werden, fortgeschrieben. Die diesbezügliche europäische Praxis orientiert sich an den Vereinigten Staaten, die auf eine lange Geschichte der *Affirmative Action* zurückblicken.² Unser Beitrag nennt einige Daten zur Unterrepräsentation von Frauen und Minderheiten im öffentlichen und beruflichen Leben und zu den Abhilfemaßnahmen europäischer Mitgliedstaaten (Teil I). Wir erläutern das Konzept von *Affirmative Action* (Teil II) und skizzieren den existierenden europäischen Rechtsrahmen für positive Aktionen (Teil III). Der Hauptteil des Beitrags gibt einen Überblick über die US-amerikanische Rechtslage im Bereich der Minderheiten- und Frauenförderung (Teil IV). Abschließend diskutieren wir, inwieweit europäische Programm-Designer von amerikanischen Erfahrungen profitieren können (Teil V).

* Prof. Dr. *iur.*, LL.M (Harvard), Universität Basel.

** *Lic. iur.*, Assistent an der Universität Basel.

¹ In der EU-Rechtsterminologie ist die offizielle Bezeichnung der Förderungspolitik "positive Aktionen" (siehe erstmals das europäische Aktionsprogramm von 1981 (siehe unten Anm. 31)). Dieser Begriff hat dieselbe Bedeutung wie der in den USA übliche Ausdruck "*Affirmative Action*".

² Siehe aus der neueren US-amerikanischen Literatur Hugh Davis Graham, *Collision Course*, Oxford 2002; Rachel Krantz, *Affirmative Action*, New York 2002; Fred L. Pincus, *Reverse Discrimination*, Boulder 2003. Aus der europäischen Literatur Anne Peters, *Women, Quotas and Constitutions*, The Hague 1999; Johann Rabe, *Equality, Affirmative Action and Justice*, Hamburg 2003, 209 ff.; Björn Gerd Schubert, *Affirmative Action und Reverse Discrimination*, Baden-Baden 2003, 51 ff.

I. (Rechts-)tatsächlicher Hintergrund

“*Affirmative Action*” – bzw. in europäischer Terminologie: die Politik der “positiven Aktionen” – reagiert auf das Faktum der Unterrepräsentation von Angehörigen ethnischer Minderheiten und Frauen im professionellen und öffentlichen Leben in Europa. In den meisten Staaten der EU sind Ausländer, gemessen an ihrem Gesamtanteil an der Bevölkerung, schlecht in den Arbeitsmarkt integriert. Auffällig ist, dass in der EU Drittstaatsangehörige v.a. im Bereich niedriger Qualifikation tätig sind und in Berufen höherer Qualifikation gegenüber den EU-Staatsangehörigen untervertreten sind.³ In den USA sind ethnische Minderheiten zwar insgesamt auf dem Arbeitsmarkt gut vertreten, sie verdienen aber im Schnitt wesentlich weniger als weiße Arbeitskräfte und sind auf der Ebene höherer Qualifikation ebenfalls unterrepräsentiert.⁴

Die Positionierung von (in- und ausländischen) Frauen ist ebenfalls auffällig. Zwar liegt der Anteil weiblicher Studierender an Universitäten in Europa wie in den USA mittlerweile über 50 Prozent. Jedoch studieren nach wie vor wenige junge Frauen technische Fächer.⁵ Die Positionierung von Frauen in der Wissenschaft zeigt eine Pyramide. Je höher die Stufe im akademischen System (Studienabsolventen, Doktoranden, Assistenzprofessoren, außerordentliche Professoren, ordentliche Professoren), desto geringer wird der Frauenanteil.⁶ Auch in sonstigen Führungspositionen im öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft sind Frauen in

³ Vgl. hierzu die Übersicht in “Beschäftigung in Europa 2003”, Kapitel 6: Einwanderung und Beschäftigung in der EU, <http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2003/oct/eie2003_chap6_de.pdf>, besucht am 07.12.2004.

⁴ U.S. Census Bureau, Income, Poverty and Health Insurance Coverage in the United States: 2003, <<http://www.census.gov/prod/2004pubs/p60-226.pdf>>, besucht am 07.12.2004.

⁵ United Nations Statistic Division, Statistics and Indicators on Women and Men, Table 4.B – Higher Education and Teaching Staff zu “*women’s share of 3rd level enrolment*”, <<http://unstats.un.org/unsd/demographic/products/indwm/table4b.htm>>, besucht am 07.12.2004. Siehe auch Eurostat, Pressemitteilung Wissenschaft und Technologie, Nr. 118/2001 vom 08.11.2001. Siehe für die universitären Abschlüsse in den USA auch die Statistik des National Center for Education Statistics über “Earned Degrees Conferred by Degree-Granting Institutions, by Level of Degree and Sex of Student: 1869-70 to 2011-12”, <<http://nces.ed.gov/programs/digest/d02/tables/dt246.asp>>, besucht am 07.12.2004.

⁶ Zahlen für die USA vom März 2000, bis zum Doktorgrad: <<http://www.census.gov/population/socdemo/education/p20-536/tab01.pdf>>, besucht am 07.12.2004. Zahlen für Europa in den Erhebungen der Helsinki-Gruppe “Frauen und Wissenschaft” (gegründet von der europäischen Kommission im November 1999), veröffentlicht in: Eurostat, Statistik kurz gefasst, Wissenschaft und Technologie, Nr. 7/2001, “Frauen in der öffentlich geförderten Forschung, den außeruniversitären Forschungseinrichtungen und an Hochschulen in Europa”. Zusammenfassung in: Eurostat, Pressemitteilung Wissenschaft und Technologie, Nr. 118/2001 vom 08.11.2001. Alle zitierten Publikationen von Eurostat sind abrufbar im Internet unter <<http://europa.eu.int/comm/eurostat/>>, besucht am 16.12.2004. Zahlen für Deutschland: Statistisches Bundesamt Deutschland: <<http://www.destatis.de/basis/d/biwiki/hochtab8.htm>>, besucht am 07.12.2004. Zahlen für die Schweiz: Bundesamt für Statistik, Abschlüsse der universitären Hochschulen 2003, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/bildung_und_wissenschaft.html>, besucht am 07.12.2004.

den Spitzenpositionen kaum vertreten.⁷ Die politische Repräsentation von Frauen steigt.⁸ Allerdings fällt auf, dass die Unterministerebene weniger mit Frauen besetzt ist als die Ministerebene. Dies könnte auf “*window-dressing*” hinweisen, also auf die Tendenz, in prominenter Position Alibi-Frauen (*token-women*) zu platzieren. Eine hohe Frauenpräsenz auch im zweiten Rang finden wir nur in den Staaten, in denen der Frauenanteil in der Politik ohnehin bereits hoch ist, wie in den USA und in Schweden. Ein weiterer Aspekt ist die Lohn disparität, der “*male-female wage gap*”.⁹ Die Kluft resultiert daraus, dass Frauen überwiegend in den typisch “weiblichen” Branchen, also in Bereichen mit niedrigem Prestige und dementsprechend niedrigem Lohnniveau tätig sind (Verkaufsbereich, soziale Tätigkeit, Schreibkräfte). Sie werden aber auch nachgewiesenermaßen für gleichwertige Tätigkeit oft schlechter entlohnt.¹⁰

Es besteht Konsens darüber, dass all diese faktischen Unterschiede zwischen den Angehörigen verschiedener kultureller Gruppen und zwischen den Geschlechtern im beruflichen und politischen Leben jedenfalls zum Teil das Ergebnis von Diskriminierung sind. Es besteht ebenfalls Konsens darüber, dass staatlicherseits aktive Maßnahmen zur Abhilfe nötig sind. Folglich ergreifen immer mehr europäische Staaten positive Maßnahmen für Frauen. Hierzu gehören Quoten für die Einstellung und Beförderung im öffentlichen Dienst, Quoten für die Besetzung politischer Ämter oder eine Vorzugsbehandlung im öffentlichen Beschaffungswesen. Seltener sind Maßnahmen von EU-Mitgliedstaaten zum Ausgleich der Benachteiligung bestimmter ethnischer Gruppen. Beispiele werden wir im Rahmen der Begriffsklärung und der rechtlichen Analyse geben.

⁷ Vgl. für die USA die umfassende Untersuchung des Department of Labor von 1995, den Report der Glass Ceiling Commission, <<http://www.dol.gov/asp/programs/history/reich/reports/ceiling.pdf>>, besucht am 07.12.2004.

⁸ Siehe United Nations Statistic Division: The World's Women 2000: Trends and Statistics, Table 6.A – Women in Public Life, <<http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>>, besucht am 07.12.2004.

⁹ Für die USA: Congressional Research Service Reports, RL 30902 – Pay Equity in the 107th Congress, vom 26.03.2001, <<http://www.ncseonline.org/NLE/CRS/abstract.cfm?NLEid=16779>>, besucht am 07.12.2004; auch <<http://www.census.gov/prod/2003pubs/p20-544.pdf>>, besucht am 07.12.2004.

¹⁰ Selbst bei Ausblendung aller strukturellen Unterschiede (vor allem die Konzentration der Frauen in Billiglohnberufen) zeigt ein Vergleich von Personengruppen mit den gleichen statistischen Merkmalen (Branche, Rang, Ausbildung, Alter usw.), dass Frauen im EU-Durchschnitt 15 Prozent weniger als Männer verdienen, Eurostat, Pressemitteilung zum Thema Bevölkerung und soziale Bedingungen, Nr. 48/99 vom 08.06.1999. Die Pressemitteilung basiert auf Eurostat, Statistik kurz gefasst, Bevölkerung und soziale Bedingungen, Nr. 6/1999, “Frauen in der EU verdienen 28 Prozent weniger als die Männer”. Es wird allerdings eine allmähliche Annäherung der tieferen Frauenlöhne an diejenigen der Männer beobachtet: Eurostat, Statistik kurz gefasst, Bevölkerung und soziale Bedingungen, Nr. 5/2001, “Allmähliche, aber zögerliche Annäherung der Verdienste von Frauen und Männern in der EU”.

II. Zum Konzept: *Affirmative Action*

1. Anwendungsfelder

Vorzugsmaßnahmen für unterprivilegierte Personengruppen werden in verschiedenen Lebensbereichen ergriffen. So kommen im öffentlichen Dienst gesetzliche Vorzugsregeln für Einstellungen und Beförderungen in Betracht.¹¹ Im Bildungsbereich sind Vorzugsregeln für den Zugang zu Schulen oder Hochschulen möglich. So verpflichtet die spanische autonome Gemeinschaft Madrid alle öffentlich finanzierten Schulen, pro Klasse mindestens zwei Kinder ethnischer Minderheiten (Immigranten, Roma oder Kinder aus bestimmten Wohngebieten) aufzunehmen.¹²

In der Privatwirtschaft können private Unternehmer freiwillig Fördermaßnahmen ergreifen.¹³ Sie können aber auch durch staatliche Anreize dahin gebracht werden, z.B. durch Vergabe öffentlicher Aufträge an Unternehmer, die Minderheiten- oder Frauenförderung in irgendeiner Form betreiben. Dies ist historisch die erste Form von *Affirmative Action* in den USA. In den EU-Mitgliedstaaten steckt sie erst in den Anfängen, etwa in den deutschen Bundesländern Berlin, Brandenburg, Hamburg, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.¹⁴ Im Extremfall könnten Privatunternehmer auch gesetzlich dahingehend in die Pflicht genommen werden, dass sie Frauen oder Angehörige ethnischer Minderheiten spezifisch fördern müssen. So verpflichtet ein niederländisches Gesetz private Unternehmen mit mehr als 35 Angestellten, eine Minderheitenquote in gleicher Höhe wie der Bevölkerungsanteil von Immigranten in der jeweiligen Region einzuhalten.¹⁵ Auch in Schweden wurden in seltenen Fällen Quoten für ethnische

¹¹ Siehe als Beispiel die ab 1989 eingeführten Frauenquoten oder Zielvorgaben in den Beamtengesetzen bzw. Gleichstellungsgesetzen aller deutschen Länder sowie § 8 Bundesgleichstellungsgesetz. Hierzu Peters (Anm. 2), 129-136 m.w.N. sowie Landesgleichstellungsgesetze im Vergleich (Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft), <<http://www.gew.de/Binaries/Binary4481/landesgleichstellungsgesetze.pdf>>, besucht am 18.01.2005.

¹² EUMAP, Monitoring Minority Protection in EU Member States (2002), The Situation of Roma in Spain, 303, <<http://www.eumap.org/reports/2002/eu>>, besucht am 07.12.2004.

¹³ So erlaubt der britische Race Relations Act von 1976 bei nachgewiesener Unterrepräsentation bestimmte Typen von unternehmerischen positiven Aktionen. Hierzu Paul Taylor, Positive Action in the United Kingdom, in: Erna Appelt/Monika Jarosch (Hrsg.), Combating Racial Discrimination: Affirmative Action as a Model for Europe, Oxford/New York 2000, 159-171.

¹⁴ Vgl. <http://www.gleichberechtigung-goes-online.de/pdf/priwi_8.pdf>, besucht am 07.12.2004. Hierzu Elke Grulit, Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument der Frauenförderung, in: Mechtild Koreuber/Ute Mager (Hrsg.), Recht und Geschlecht, Baden-Baden 2004, 153-170.

¹⁵ Law on Enhancement of Equal Labour Participation of Alloctones (WBEAA), <http://www.eu-employment-observatory.net/ersep/trd32_uk/00300130.asp>, besucht am 07.12.2004. Siehe zu niederländischen positiven Aktionen für ethnische Minderheiten auch Lilian Gonçalves-Ho Kang You/Louise Mulder, Positive Action: The Dutch Experience, in: Appelt/Jarosch (Hrsg.) (Anm. 13), 173-182.

Minderheiten für den privaten Arbeitsmarkt vorgeschrieben.¹⁶ Ein Zwang zur bevorzugten Einstellung bestimmter Personenkategorien in Privatunternehmen schafft wegen des Eingriffs in die grundrechtliche Freiheit des Unternehmers (Privatautonomie/Vertragsfreiheit) erhebliche grundrechtliche Zusatzprobleme.¹⁷ Zwar ist prinzipiell eine Privatwirkung des Gleichheitssatzes dahingehend anerkannt, dass der Staat dem Unternehmer verbieten darf, zu diskriminieren. Aber es ist eine weitergehende Frage, ob er dem Unternehmer auch gebieten darf, umgekehrt zu diskriminieren, also *Affirmative Action* zu ergreifen. Dementsprechend sind Quotenregelungen im privaten Sektor in Europa nur in Bezug auf die Einstellung behinderter Menschen verbreitet;¹⁸ diese Personengruppe behandeln wir im Folgenden jedoch nicht weiter. In den USA existieren für den privaten Sektor wegen der Hochrangigkeit der unternehmerischen Freiheit keine gesetzlichen Verpflichtungen zur Einstellung von Frauen oder Minderheiten, sondern nur das Anreizsystem über die Auftragsvergabe.

Im Bereich der Politik können sich politische Parteien selbst zur Förderung von Minderheiten oder von Frauen verpflichten. Dies ist rechtlich relativ unproblematisch. Diverse politische Parteien sowohl in den USA¹⁹ als auch in zahlreichen europäischen Mitgliedstaaten praktizieren Frauenförderung auf diese Weise. Es kann aber auch der Gesetzgeber den politischen Parteien in Bezug auf den Frauenanteil bei der Kandidatenaufstellung Bedingungen auferlegen. So wurden in mehreren EU-Mitgliedstaaten Repräsentantenquoten gesetzlich verordnet, aber von nationalen Gerichten für rechtswidrig erklärt (Italienisches Verfassungsgericht 1995;²⁰ Französischer Verfassungsrat 1999²¹). In Frankreich ebnete eine Verfassungsrevisi-

¹⁶ Siehe Maritta So in i n e n / Mark G r a h a m, Positive Action in Sweden: From Central Solutions to Local Responsibility for Combating Ethnic Discrimination, in: Appelt/Jarosch (Hrsg.) (Anm. 13), 183-200.

¹⁷ Siehe hierzu Dagmar S c h i e k, Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000, 290 ff.; Gabriele B r i t z, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2004) (i.E.).

¹⁸ In zahlreichen europäischen Staaten sind solche Quoten für den öffentlichen und/oder privaten Sektor gesetzlich vorgesehen (in Österreich, Belgien, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Italien, Luxemburg, den Niederlanden und Spanien). Vgl. den Überblick in der Studie von EIRO: Arbeitnehmer mit Behinderungen: Rechtsvorschriften, tarifvertragliche Vereinbarungen und die Sozialpartner – Gesetzliche Maßnahmen (Vergleichsstudie vom Februar 2001), <<http://www.eiro.eurofound.eu.int/2001/02/study/tn0102244s.html>>, besucht am 07.12.2004. Die Akzeptanz von Quoten für solche Personen dürfte damit zusammenhängen, dass hier die betroffenen Individuen aufgrund ihrer persönlichen Eigenschaften (im Zusammenspiel mit gesellschaftlichen Umständen) eindeutig benachteiligt sind. Die Benachteiligung resultiert nicht – wie im Falle von Frauen und ethnischen Minderheiten – allein aus äußeren Bedingungen.

¹⁹ In den USA hat die Demokratische Partei "*delegate quotas*" eingeführt. Quotas Spoil the Party, Washington Times vom 15.08.2000, <<http://www.washtimes.com/>>, besucht am 07.12.2004. Seit 1980 müssen die Delegationen der einzelnen Bundesstaaten (für den nationalen Parteienkonvent) zu 50 Prozent aus Frauen und zu 50 Prozent aus Männern bestehen.

²⁰ Entscheidung des italienischen Corte costituzionale vom 15.09.1995, No. 422, Gazzetta ufficiale, la serie speciale, vom 20.09.1997.

²¹ Entscheidung des französischen Conseil constitutionnel vom 14.01.1999, Décision No. 98-407 DC; vgl. auch den Entscheidung vom 18.11.1982, Décision No. 82/146 DC. Vgl. zum Ganzen auch Christa

on von 1999 den Weg für Repräsentantenquoten,²² und in einem Urteil vom Mai 2000 schützte der Verfassungsrat die Kernpunkte eines daraufhin erlassenen Gesetzes.²³ In der Schweiz forderten Volksinitiativen in zwei Kantonen gesetzliche Frauenquoten. Die erste Initiative dieser Art wurde vom schweizerischen Bundesgericht für verfassungswidrig erklärt; die zweite Initiative scheiterte zwar nicht vor dem Bundesgericht, wurde aber in der Volksabstimmung klar verworfen.²⁴ Auf *Affirmative Action* in der Politik gehen wir im Folgenden nicht weiter ein.

2. Die umgekehrte Diskriminierung (*reverse discrimination*) als problematischste Form von *Affirmative Action*

Wir behandeln in diesem Beitrag vor allem die extremste Form von *Affirmative Action*: Die umgekehrte Diskriminierung, d.h. die Bevorzugung aufgrund der geschlechtlichen oder ethnisch-kulturellen Zugehörigkeit. Die Brisanz der umgekehrten Diskriminierung, z.B. in Form von Frauenquoten bei der Stellenvergabe, liegt darin, dass Arbeitsplätze ein knappes Gut sind. Die Vergabe einer Stelle an eine Frau beinhaltet automatisch einen unmittelbaren Nachteil für ihre männlichen Konkurrenten. Dies ist nicht der Fall bei sonstigen Förderungsmaßnahmen, die direkt oder indirekt vor allem Frauen zugute kommen (wie besondere Schulungen, Elternurlaub, mehr Kinderbetreuung, mehr Teilzeitarbeit usw.). Die rechtliche Spannungslage und damit die Grundfrage der Rechtmäßigkeit von umgekehrter Diskriminierung liegt darin, dass das Rechtsprinzip der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen (bzw. Minderheitenangehörigen) auf der einen Seite mit dem Recht der Männer (bzw. Weißen) auf Nichtdiskriminierung konfliktiert. Dieser Konflikt muss durch Abwägung gelöst werden.

In diesem Kontext heißt "schwache" umgekehrte Diskriminierung, dass bei "gleicher" oder "gleichwertiger" Qualifikation Frauen (oder Minderheitenangehörige) bevorzugt werden. Mit anderen Worten: Das Geschlecht (die ethnisch-kulturelle Zugehörigkeit) gibt nur bei einer Patt-Situation den letzten Ausschlag; das spezielle Merkmal ist ein Plus-Faktor. Das Problem hierbei ist: Was ist gleiche Qualifikation, wann also liegt wirklich ein Patt vor? Hier ist Raum für unbewusste Vorurteile oder für Manipulationen. "Starke" umgekehrte Diskriminierung heißt: Es wird von den Kandidaten nur eine Minimalqualifikati-

Tobler, Parité – trois syllabes magiques oder: Wie Frankreich zur Geschlechterquote kam, in: Verein Pro FRI – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut (Hrsg.), Recht Richtung Frauen, Lachen/St. Gallen 2001, 199-223.

²² Loi constitutionnel No. 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, Journal officiel 157 vom 09.07.1999, 10175 sowie der ergänzte Art. 4 der Verfassung.

²³ Entscheid des französischen Conseil constitutionnel vom 30.05.2000, Décision No. 2000-429 DC; vgl. dazu Andreas Zimmermann, Gleichheit und politische Repräsentation von Frauen, EuGRZ 27 (2000), 431 ff.

²⁴ BGE 123 I 152, *G. und Mitbeteiligte v. Kantonsrat des Kantons Solothurn* (1997); BGE 125 I 21, *Grüne Bewegung Uri v. Landrat des Kantons Uri* (1999).

on gefordert. Wenn eine Frau die Anforderungen erfüllt, kann sie bevorzugt werden, auch wenn sie schlechter qualifiziert ist als der männliche Konkurrent. Die "starke" Diskriminierung erzeugt ein größeres Rechtsproblem und größere Unfairness, weil der Leistungsfaktor weiter in den Hintergrund gedrängt wird. Sie ist deshalb in den USA und in Europa sehr wenig verbreitet und wird überwiegend als rechtswidrig angesehen.

In diesem Zusammenhang müssen die Begriffe Quoten (*quotas*) und Zielvorgaben (*goals*) geklärt werden. Eine Quote liegt vor, wenn eine Bevorzugungspflicht für jede einzelne Entscheidung (z.B. Personalentscheidung) besteht, solange bis die Quote (z.B. gleiche Repräsentation von Frauen, also 50 Prozent) erfüllt ist. Das Verständnis von Zielvorgaben ist in den USA und in Europa unterschiedlich. Nach US-amerikanischem Verständnis sind "*goals*" "*objectives or targets reasonably attainable by every good faith effort*".²⁵ Nach Ansicht des Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP), das zuständig ist für die Überwachung der *Affirmative Action* im Bereich der öffentlichen Aufträge, sind "*goals*" von "*quotas*" streng zu unterscheiden. "*Goals*" verlangen kein Einstellungs- oder Beförderungssystem auf der Basis von Geschlecht oder Rasse und sind kein Mittel, um proportionale oder gleiche Ergebnisse zu erzielen.²⁶ Nach deutschem (und wohl allgemein europäischem) Verständnis machen "Ziele" keine Vorgabe für die Entscheidung in jedem einzelnen Einstellungs- oder Beförderungsfall. Das Ziel ist jedoch ein numerisches, z.B. ein 50-Prozent-Frauenanteil in einer bestimmten Gehaltsgruppe. Damit hat gegen Ende des zuvor festgelegten Zeitrahmens eine Zielvorgabe faktisch unter Umständen (wenn nämlich der Frauenanteil noch nicht hoch genug ist) dieselbe Wirkung wie eine Quote.

III. Der europäische Rechtsrahmen für mitgliedstaatliche positive Aktionen

Die EU unterhält und unterstützt (herkömmliche) mitgliedstaatliche Antidiskriminierungsprogramme, insbesondere Geschlechtergleichstellungsprogramme.²⁷ Zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund anderer Merkmale hat der Rat ein

²⁵ Siehe die Verwaltungsvorschrift (*regulation*) des OFCCP, Sec. 60-2.16(a), in: Federal Register (Fed. Reg.) 165 (2000), 68046.

²⁶ Fed. Reg. 165 (2000), 68034. Näher in einer "*Administrative Notice*" des OFCCP, Numerical Goals under Executive Order 11246, US Department of Labor, Office of Federal Contract Compliance Programs, ADM Notice, Number 206 (02.08.1995).

²⁷ Eine Übersicht der EU über Fördermöglichkeiten und öffentliche Ausschreibungen zur Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau findet sich unter <http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/fund_de.html>, besucht am 08.12.2004. Siehe als Beispiel für die europäische Förderung nationaler Antidiskriminierungsmaßnahmen in Bezug auf ethnische Gruppen: *European Ombudsman Decision 1966/2003/(TN)(IJH)TN v. Kommission* vom 27.04.2004. Hier ging es um die Frage, ob die EU-Kommission die finanzielle Förderung einer Organisation bzw. eines Unternehmens an die Bedingung der Aufstellung eines Antidiskriminierungsprogramms durch die Subventionsempfänger knüpfen darf.

Aktionsprogramm²⁸ erlassen. Positive Aktionen sind darin jedoch nicht vorgesehen.²⁹ Erst in einem Grünbuch der EU-Kommission vom Mai 2004 wurden positive Maßnahmen der Mitgliedstaaten für ethnische Minderheiten ausdrücklich begrüßt und ihre finanzielle Förderung durch EU-Mittel befürwortet.³⁰

Rechtlich normiert auf EU-Ebene wurden die positiven Maßnahmen zunächst in Bezug auf Frauen.³¹ Hierbei geht es nicht um interne Maßnahmen der EG/EU (z.B. in Bezug auf das Personal der EU-Kommission) selbst, sondern um Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die in Eigeninitiative oder aufgrund von EU-Vorgaben ergriffen werden. Spezielle europäische Normen ermächtigen und begrenzen eine derartige Politik der Mitgliedstaaten. Die historisch erste Förderklausel war in Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976 enthalten.³² Im Vertrag von Amsterdam (1997) ist die Zulässigkeit positiver Maßnahmen auch primärrechtlich in Art. 141 Abs. 4 EGV³³ (zukünftig Art. III-214 Abs. 4 Verfas-

²⁸ Beschluss des Rates vom 27.11.2000 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006), 2000/750/EG, ABl. 2000 L 303/23.

²⁹ Vgl. für die Umsetzung des Aktionsprogramms die jährlichen Zeitpläne unter <http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/prog/index_de.htm>, besucht am 09.12.2004.

³⁰ Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union – Grünbuch der europäischen Kommission vom Mai 2004, 12, 24, <http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/greenpapfin_de.pdf>, besucht am 09.12.2004.

³¹ In der EG/EU wurde ein Programm "positiver Aktionen" zur Überwindung von Hindernissen der Chancengleichheit erstmals im Jahre 1981 von der europäischen Kommission verabschiedet. (Erstes Aktionsprogramm der Kommission vom 14.12.1981, für 1982-1985, Mitteilung an den Rat, Bull. Suppl. 2/86, 9, Nr. 19). In der Ratsempfehlung aus dem Jahr 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen empfahl der Rat den Mitgliedstaaten, "eine Politik positiver Maßnahmen anzunehmen, um die faktischen Ungleichheiten, mit denen Frauen im Berufsleben konfrontiert sind, zu beseitigen" (Empfehlung des Rates 84/635/EWG vom 13.12.1984, ABl. 1984 L 331/34). Vgl. zur Geschichte der EU-Gesetzgebung gegen Geschlechtsdiskriminierung Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002, 42 ff.

³² Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG lautete: "Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in dem in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen [also Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie Arbeitsbedingungen und soziale Sicherheit] beeinträchtigen, entgegen."

³³ Art. 141 Abs. 4 EGV lautet: "Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen." Art. 141 Abs. 4 EGV ist im Vergleich zu Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie "quotenfreundlicher" formuliert. Er fordert "die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung", nicht mehr nur "die Förderung der Chancengleichheit". "Gleichstellung" konnotiert eher die Gleichheit des Ergebnisses, nicht der bloßen Ausgangschancen. Die zweite Abweichung ist der Terminus "spezielle Vergünstigungen" anstelle des allgemeineren Begriffs "Maßnahmen". Diese Vorschrift war bereits zuvor im Wesentlichen in Art. 6 Abs. 3 des europäischen Protokolls über die Sozialpolitik enthalten. Durch den Amsterdamer Vertrag wurde dieses Protokoll fast unverändert in den EGV übernommen. Das Protokoll war ein völkerrechtliches Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten ohne England und Nordirland.

sungsvertrag (VV)³⁴) verankert worden, allerdings auf das Arbeitsleben beschränkt. Im Jahr 2002 wurde die Gleichbehandlungsrichtlinie neu gefasst (RL 2002/73/EG) und die darin enthaltene Förderklausel an den Wortlaut von Art. 141 Abs. 4 EGV angepasst.³⁵ In Art. 23 Abs. 2 Grundrechtecharta (zukünftig als Bestandteil des Verfassungsvertrages Art. II-83 Abs. 2 VV) wird festgehalten, dass “der Grundsatz der Gleichheit ... der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen [steht]”.³⁶ Der EuGH hat in einer Reihe von Urteilen folgende Voraussetzungen der Zulässigkeit von Frauenquoten in den EU-Mitgliedstaaten aufgestellt: Die Qualifikationen der Bewerber müssen “gleichwertig oder fast gleichwertig” sein,³⁷ weiblichen Bewerbern darf nicht “absolut und unbedingt” der Vorrang eingeräumt werden,³⁸ alle Bewerbungen müssen Gegenstand einer “objektiven Beurteilung” sein, in der alle personenbezogenen Faktoren/Kriterien in einer Einzelfallprüfung abgewogen werden müssen,³⁹ und schließlich muss das Beurteilungsverfahren insgesamt verhältnismäßig sein.⁴⁰ Zulässig ist es, im Rahmen einer solchen Beurteilung bestimmte geschlechtsneutral formulierte Kriterien, die im allgemeinen Frauen begünstigen (z.B. durch Familienarbeit erworbene Fähigkeiten und Erfahrungen), heranzuziehen bzw. Kriterien, die im allgemeinen Männer begünstigen (z.B. Dienst- und Lebensalter, Familienstand, Einkommen des Partners), nicht zu berücksichtigen.⁴¹

Im Jahr 2000 wurde das Konzept der positiven Maßnahmen in der Rassendiskriminierungsrichtlinie auf Angehörige benachteiligter rassischer und ethnischer Gruppen erstreckt.⁴² Parallel dazu ermächtigt die

³⁴ Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29.10.2004 (CIG 87/2/04, REV 2, <http://europa.eu.int/constitution/download/part_I_DE.pdf>, besucht am 09.12.2004). Der Wortlaut von Art. III-214 Abs. 4 VV ist identisch mit dem geltenden Art. 141 Abs. 4 EGV.

³⁵ Der neue Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie lautet: “Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags beibehalten oder beschließen.” Siehe hierzu Christa T o b l e r, Positive Action Under the Revised Second Equal Treatment Directive, Paper presented at the European Congress on “Gender Equality and Professional Life – Current Developments in Europe”, organised by the Association Française des Femmes Juristes (A.F.F.J.) and the European Lawyers Association (EWLA), Paris, 20./21.09.2002, <www.ewla.org>, besucht am 07.12.2004.

³⁶ Diese Klausel richtet sich in erster Linie an die Organe der EG/EU selbst, gilt aber sekundär auch für die Mitgliedstaaten, soweit sie europäisches Recht durchführen (Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta bzw. Art. II-111 Abs. 1 VV).

³⁷ EuGH Slg. 2000, I-5539, § 62 – *Abrahamsson* (= EuZW 11 (2000), 540).

³⁸ EuGH Slg. 1995, I-3051, § 22 – *Kalanke*; EuGH Slg. 2000, I-1875, § 23 – *Badeck*.

³⁹ EuGH Slg. 1997, I-6363, § 33 – *Marschall*; EuGH Slg. 2000, I-1875, § 23 – *Badeck*.

⁴⁰ EuGH Slg. 2000, I-5539, § 55 – *Abrahamsson*.

⁴¹ EuGH Slg. 2000, I-1875, §§ 31 ff. – *Badeck*.

⁴² Europäische Rassendiskriminierungs-Richtlinie 2000/43/EG des Rats zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22. Art. 5 (Positive Maßnahmen) lautet: “Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen.”

so genannte Rahmenrichtlinie die Mitgliedstaaten, speziell im Sachbereich des Berufslebens spezifische Maßnahmen zum Ausgleich von Diskriminierung wegen anderer Merkmale (Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung) zu ergreifen.⁴³ Beide Richtlinien gelten für "alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen".⁴⁴ Die Rahmenrichtlinie erfasst also grundsätzlich auch privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse, die Rassendiskriminierungsrichtlinie weitergehend die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden, beispielsweise die private Vermietung von Wohnungen.⁴⁵ Nach ihrem Wortlaut verpflichten die Richtlinien die Mitgliedstaaten jedoch nicht zu einer Politik der positiven Maßnahmen im Privatrechtsbereich, sondern ermächtigen sie allenfalls dazu.⁴⁶ Inwieweit die Richtlinien den Mitgliedstaaten erlauben, Arbeitgeber zu positiven Aktionen zu verpflichten, ist noch offen.

Schließlich wird mit dem Inkrafttreten des 12. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Antidiskriminierungsprotokoll) via Art. 6 Abs. 2 EUV und Art. 52 Abs. 3 Grundrechtecharta (bzw. Art. II-112 Abs. 3 VV) unter anderem folgende Präambelklausel des 12. ZP als Leitlinie der europäischen Grundrechtsinterpretation relevant werden: "Reaffirming that the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures."⁴⁷

Insgesamt sind europarechtliche Maßstäbe für positive Aktionen zugunsten von Frauen bereits recht ausdifferenziert. In Bezug auf die Förderung ethnischer Minderheiten herrscht noch eine größere Rechtsunklarheit. In der europäischen Diskussion wird immer wieder auf amerikanische Modelle verwiesen, obwohl diese im

⁴³ Rahmenrichtlinie 2000/78/EG des Rates zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 130/16. Art. 7 Abs. 1 (positive und spezifische Maßnahmen) lautet: "Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen wegen eines in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgrundes verhindert oder ausgeglichen werden."

⁴⁴ Art. 3 Rahmenrichtlinie (Anm. 43), Art. 3 Rassendiskriminierungsrichtlinie (Anm. 42).

⁴⁵ Art. 3 Abs. 1 *lit. h*) Rassendiskriminierungsrichtlinie.

⁴⁶ Siehe hierzu vor allem Solveig Hansen, Affirmative Action in Europa: Positive Maßnahmen zur Förderung benachteiligter Personengruppen im Anwendungsbereich der EG-Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG, Aachen 2004; ferner Daniela Caruso, Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives, HarvILJ 44 (2003), 331 ff.

⁴⁷ Diese Formulierung zeigt, dass Fördermaßnahmen zum Ausgleich faktischer Nachteile und zur Schaffung von "voller" und "effektiver" Gleichheit erlaubt bleiben, solange sie verhältnismäßig sind. Es ist zumindest denkbar, dass der EGMR – wegen ihrer ausdrücklichen vertraglichen Zulassung – an "positive Diskriminierung" weniger strenge Rechtfertigungsanforderungen stellen wird als an die "normale" Diskriminierung. Der Gerichtshof könnte den Mitgliedstaaten hier einen größeren "*marge d'appréciation*" belassen. Vgl. Michaela Wittinger, Die Gleichheit der Geschlechter: Status quo gem. EMRK und Perspektiven, EuGRZ 28 (2001), 272, 279. Es bleibt abzuwarten, ob der EGMR einen derartigen asymmetrischen oder – unseres Erachtens vorzugswürdig – einen symmetrischen Kontrollmaßstab anlegen wird.

Einzelnen wenig bekannt sind. Der folgende Abschnitt soll Informationslücken schließen.

IV. *Affirmative Action* in den USA

1. Historische Entwicklung

Begriff: Der Begriff "*Affirmative Action*" tauchte in den USA erstmals im Wagner Act von 1935 (New Deal-Gesetzgebung) auf und bezog sich dort auf die Ausmerzung von "*unfair labor practices*".⁴⁸ Seit 1961 bezeichnet *Affirmative Action* eine aktive Politik zur Bekämpfung von Diskriminierung.⁴⁹ Die Politik beinhaltete zunächst noch nicht die umgekehrte Diskriminierung (*reverse discrimination*), also die Bevorzugung aufgrund der Rasse, sondern gebot – im Gegenteil – "*color-blindness*", also rasse-neutrale Behandlung. Diskriminierung oder Förderung wegen des Geschlechts war noch kein Thema.⁵⁰ *Affirmative Action* mit Einschluss der Bevorzugung unterprivilegierter Gruppen kam erst 1971 unter der Regierung Nixon auf.⁵¹

Begünstigte: Während der gesamten Geschichte der *Affirmative Action* stand die Politik zugunsten von Afroamerikanern und (später) auch von anderen ethnischen Minderheiten im Vordergrund. Dies begann schon damit, dass die ersten einschlägigen Präsidialverordnungen (Executive Orders, EOs) Anfang der 1960er Jahre zur Vergabe öffentlicher Aufträge noch kein Verbot der Geschlechterdiskriminierung enthielten.⁵² Ein solches wurde erst 1967 eingefügt.⁵³ Frauen wurden nach dem für die anderen Gruppen entwickelten Muster begünstigt und es gibt praktisch keine speziellen Programme nur für sie. Die Frauenförderung läuft im Windschatten der Minderheitenförderung und ist weniger kontrovers.

⁴⁸ "Wagner Act": National Labor Relations Act 1935, Pub. L. No. 74-198, § 9 c), 49 Stat. 449 (1935).

⁴⁹ Grundlegend ist Präsident Kennedys Executive Order 10925 vom 06.03.1961, <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-10925.html>>, besucht am 16.12.2004 oder Fed. Reg. 26 (1961), 1977.

⁵⁰ Ebenso Executive Order 11246 vom 24.09.1965, <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-11246.html>>, besucht am 16.12.2004 oder Fed. Reg. 30 (1965), 12319. Executive Order 11375 vom 13.10.1967: Hier erstmals Erstreckung auf Frauen: Gender-neutral Treatment, Fed. Reg. 32 (1967), 14303.

⁵¹ Implementing Order 4 zu Executive Order 11, 246 (1971), bezogen auf "*Federal Contractors*" (Auftragnehmer des Bundes), Fed. Reg. 36 (1971), 17445.

⁵² In der EO 10925 vom 06.03.1961, Fed. Reg. 26 (1961), 1977, in der das Committee on Equal Employment Opportunity (EEOC) geschaffen wurde, werden Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts noch nicht angesprochen.

⁵³ Änderung der EO 11246, Fed. Reg. 30 (1965), 12319 durch die EO 11375, Fed. Reg. 32 (1967), 14303. Allerdings war der Civil Rights Act von 1964 in Bezug auf die Beschäftigung von Anfang an auch auf Frauen anwendbar.

Politische Entwicklung: Unter der Regierung Richard M. Nixon (1969-1974) wurde die *Affirmative Action*-Politik konsolidiert. Jedoch begann bereits die Regierung Jimmy Carter (1977-1981) mit einer gewissen Deregulierung. Unter den Präsidentschaften von Ronald W. Reagan (1981-1989) und George Bush senior (1989-1993) wurde *Affirmative Action* vor allem durch personelle Wechsel und finanzielle Kürzungen, weniger durch formale Gesetzesänderungen zurückgedrängt. 1995 erließ der Oberste Gerichtshof (Supreme Court) das Urteil *Adarand*,⁵⁴ das eine Wasserscheide für die *Affirmative Action*-Politik bildete. Das Urteil fordert eine striktere Kontrolle von *Affirmative Action*-Maßnahmen des Bundes zugunsten von rassischen Minderheiten (traf aber keine Aussage zur Frauenförderung). In Reaktion auf *Adarand* ordnete Präsident William J. Clinton (1993-2001) eine Überprüfung aller *Affirmative Action*-Programme auf Bundesebene anhand des neuen gerichtlichen Maßstabes an. Demnach wurden alle Programme unter zwei Gesichtspunkten geprüft: "Do they work? Are they fair?".⁵⁵ Im Gefolge dieses *Affirmative Action-Review* von 1995 wurden die *Affirmative Action*-Programme des Bundes reduziert. Außerdem unternahmen Republikaner zahlreiche (vergebliche) Versuche, Anti-*Affirmative Action*-Gesetzgebung auf Bundesebene zu verabschieden.⁵⁶ Die Administration George Bush junior sprach sich unter anderem gegen die *Affirmative Action*-Programme der Universität Michigan aus.⁵⁷

Auf einzelstaatlicher Ebene wurde *Affirmative Action* zum Teil massiv zurückgedrängt. Herausragend war ein kalifornisches Volksbegehren, die "Proposition 209" von 1996, die zur Aufnahme eines strikten Diskriminierungsverbotes in die Verfassung des Gliedstaates führte.⁵⁸ Im Jahr 1998 wurden im Gliedstaat Washington sämtliche *Affirmative Action*-Programme abgeschafft.⁵⁹ In Florida wurde im Februar 2000 die *Affirmative Action* bei der Zulassung zu staatlichen Hochschulen aufgegeben.⁶⁰ Alle diese Maßnahmen auf einzelstaatlicher Ebene betrafen sowohl die Vorzugsbehandlung aufgrund der Rasse wie auch aufgrund des Geschlechts.

⁵⁴ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

⁵⁵ *Affirmative Action-Review*, <<http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html>>, besucht am 09.12.2004.

⁵⁶ Etwa der Equal Opportunity Act 1995 und der Equal Opportunity Act 1996 (Dole/Canady Bills), H.R. 2128, 1085, 104th Cong. (1995) und (1996); Civil Rights Act 1997 (McConnell/Canady), 950, H.R. 1909, 105th Cong., 1st Sess. (1997); Anti-Discrimination in College and Admissions Act 1998, H.R. 3330, 105th Cong., 2nd Sess. (1998).

⁵⁷ New York Times, 16.01.2003, A1, Bush and Affirmative Action: Constitutional Questions; President Faults Race Preferences as Admission Tool.

⁵⁸ Änderung von Art. I § 31 cl.(a) der kalifornischen Verfassung. Auf eine Klage der Gegner der Proposition 209 trat der US Supreme Court 1997 nicht ein.

⁵⁹ "Initiative 200", in Kraft seit Dezember 1998, <<http://www.secstate.wa.gov/elections/initiatives/text/i200.htm>>, besucht am 09.12.2004.

⁶⁰ Florida Governor, Cabinet Vote to End Affirmative Action in College Admissions, 23.02.2000, <<http://www.cnn.com/2000/US/02/23/affirmative.action/#r>>, besucht am 09.12.2004.

2. Die Hauptbereiche der US-amerikanischen *Affirmative Action*

Die drei Bereiche der US-amerikanischen *Affirmative Action* sind öffentliche Aufträge, Einstellungen in den öffentlichen Dienst und schließlich Hochschulzulassungen zu öffentlichen Universitäten sowie zu privaten Universitäten, die staatlich subventioniert werden. Aufsichts- und Durchführungsinstanzen für die *Affirmative Action* sind das Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP),⁶¹ zuständig für die öffentliche Auftragsvergabe, und die Equal Employment Opportunity Commission (EEOC),⁶² zuständig für den öffentlichen Dienst.

a) Öffentliche Aufträge

Das historisch erste und weiterhin wichtigste Anwendungsfeld der *Affirmative Action* sind öffentliche Aufträge des Bundes (*federal contracting*). Hier sind zwei Formen zu unterscheiden. Erstens werden öffentliche Aufträge (an ein beliebiges Unternehmen) an die Bedingung gekoppelt, dass der Unternehmer *Affirmative Action* zugunsten von Minderheiten und/oder Frauen betreibt. Nur diese Variante ist bisher auch in Europa (in sehr geringem Umfang) relevant geworden.⁶³ Die zweite Variante ist die Vorzugsvergabe von Aufträgen an Unternehmen, die von Minderheitenangehörigen oder von Frauen geführt werden. Diese Variante ist ein stärkerer Eingriff in die Rechte der konkurrierenden Bieter als die erste. Sie wird – soweit ersichtlich – in Europa (noch) nicht praktiziert.⁶⁴

aa) Auftragsvergabe mit der Auflage, unternehmerische *Affirmative Action* zu betreiben

Im Bereich der öffentlichen Beschaffungen kann die Auftragsvergabe an die Auflage geknüpft werden, unternehmerische *Affirmative Action* zu betreiben. Ausgangspunkt dieser Politik war der so genannte Philadelphia Plan von 1961, ein regierungskoordeierter, aber privater Plan für die bevorzugende öffentliche Auftragsvergabe mit "*specific goals*". Dieser private Plan wurde von Gerichten 1970 als

⁶¹ Die Instanz wurde 1965 als OFCC gegründet und 1971 in OFCCP umbenannt. Das OFCCP ist Teil des US Department of Labor (Arbeitsministerium) und zwar der Untergruppierung "Employment Standards Administration". Seit 1979 sind alle "*compliance*"-Aufgaben (also Befolungs-/Durchsetzungs-Aufgaben) des Arbeitsministeriums beim OFCCP konzentriert.

⁶² Vorher Civil Service Commission, umbenannt seit dem 01.01.1979, vgl. <<http://www.eeoc.gov/>>, besucht am 09.12.2004.

⁶³ Siehe oben Anm. 14.

⁶⁴ Vgl. etwa Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. 2001, C 333/27).

vereinbar mit Title VII des Civil Rights Act von 1964 angesehen.⁶⁵ 1965 erliess Präsident Lyndon B. Johnson (1963-1969) die präsidentiale Verordnung EO 11246, die heute noch gilt. Sie enthält Vorgaben für Verträge, die der Bund mit privaten Auftragnehmern schließt (*contractors' agreements*). Der private Auftragnehmer muss *Affirmative Action* ergreifen, aber das heißt gerade ohne Ansehen der Rasse oder des Geschlechts.⁶⁶ Das Arbeitsministerium (Department of Labor/DOL) wurde dazu ermächtigt, Beschwerden von Angestellten entgegenzunehmen und die Einhaltung der *Affirmative Action* durch die Auftragnehmer zu überprüfen.⁶⁷ Der Vorsteher des Arbeitsministeriums (*Secretary of Labor*) kann bei Nichterfüllung der Nichtdiskriminierungsaufgaben Maßnahmen ergreifen, die bis zur Beendigung des Vertrages gehen.⁶⁸ Zu der genannten EO 11246 wurde im Jahr 1971 die Ausführungsverordnung (*Implementing Order*) Nr. 4 erlassen.⁶⁹ Diese schrieb erstmals vor, dass die Auftragsvergabe daran gekoppelt wird, dass der Auftragnehmer sich bereit erklärt, "*goals and time tables*"⁷⁰ (also Zielvorgaben und Zeitpläne) aufzustellen. Die Ausführungsverordnung ist jetzt in eine umfassendere Verwaltungsvorschrift (*Regulation*) des OFCCP⁷¹ über die Pflichten von Auftragnehmern und Subunternehmern⁷² inkorporiert. Diese Verwaltungsvorschrift wurde zuletzt im Jahre 2000 geändert, vor allem um *Affirmative Action*-Programme in Richtung eines gewöhnlichen Management-Instruments der Privatunternehmen zu entwickeln und um die Selbstbewertung der Unternehmen in Bezug auf ihre eigene *Affirmative Action* zu fördern. Zu diesem Zweck wurde als wichtiges neues Instrument der "*Equal Opportunity Survey*", eine umfassende Befragung von zufällig ausgewählten Auftragnehmern, eingeführt, die Ende 2003 zu laufen begann.⁷³

Im Wesentlichen unverändert blieben die Grundverpflichtungen der Auftragnehmer zur *Affirmative Action*. Alle Auftragnehmer mit Verträgen im Umfang

⁶⁵ *Contractors Association of Eastern Pennsylvania v. Secretary of Labor*, Pennsylvania Eastern District Court, 311 F. Supp. 1002 (1970).

⁶⁶ EO 11246 vom 24.09.1965, Subpart B, Sec. 202 (1): In jeden Vertrag mit dem Bund muss folgende Klausel eingefügt werden: "During the performance of the contract, the contractor agrees as follows: (1) The contractor will not discriminate against any employee or applicant because of race, color, religion, sex, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that employees are treated during employment, without regard to their race, color, religion, sex or national origin." Executive Order 11246 (1965), (Anm. 50).

⁶⁷ EO 11246, § 206 (a).

⁶⁸ EO 11246, § 209 (a) (5).

⁶⁹ Revised Order No. 4, Code of Federal Regulations (CFR), Title 41 Part 60-2.

⁷⁰ Vgl. zu den "*goals and time tables*" Carnegie Council on Policy Studies in Higher Education (Hrsg.), *Making Affirmative Action Work in Higher Education: An Analysis of Institutional and Federal Policies with Recommendations*, San Francisco/Washington/London 1975, 115-149.

⁷¹ Siehe oben Anm. 61.

⁷² 41 CFR Part 60-1 und 60-2, zuletzt geändert am 13.11.2000, in Kraft seit 13.12.2000. Text der aktuell gültigen Verordnung auch in Fed. Reg. 165 (2000), 68042 ff. oder <<http://www.dol.gov/dol/topic/hiring/affirmativeact.htm#lawregs>>, besucht am 09.12.2004. Entstehungsgeschichte der letzten Änderungen in *id.*, 68022 ff.

⁷³ Vgl. <<http://www.dol.gov/esa/regs/compliance/ofccp/eosurvey/sfaqspol.htm#content>>, besucht am 09.12.2004.

von 50.000 US-Dollar und mehr und 50 oder mehr Angestellten müssen ein schriftliches *Affirmative Action*-Programm für jede Niederlassung entwickeln und realisieren.⁷⁴ Dieses Programm muss die Zusammensetzung der Belegschaft analysieren und mit dem örtlichen Pool von verfügbaren Arbeitskräften vergleichen. Dieser Vergleich soll dann eine eventuelle Unternutzung (*under-utilization*) von rassistischen Minderheiten oder von Frauen aufdecken. Im Falle der Unternutzung muss das unternehmerische *Affirmative Action*-Programm spezifische praktische Schritte enthalten, um ihr abzuhelpfen.⁷⁵ Dazu gehört insbesondere die Aufstellung von Platzierungszielen (*placement goals*).⁷⁶ Dies sind in Prozentzahlen ausgedrückte Einstellungsziele für Frauen und Minderheiten in den jeweiligen Berufsgruppen. Sie sind aber – nach Ansicht des OFCCP – “keine rigiden und unflexiblen Quoten, die erfüllt werden müssen” und bieten dem Arbeitgeber “keine Rechtfertigung” für die Bevorzugung eines Individuums auf der Grundlage von Rasse oder Geschlecht. Sie sollen keine reservierten Plätze für bestimmte Gruppen darstellen und verlangen nicht die Einstellung von minder qualifizierten Personen.⁷⁷

Der Unternehmer ist zur Erfüllung seines *Affirmative Action*-Programms verpflichtet. Erfüllung liegt bereits vor, wenn er zeigen kann, dass er ernsthafte Bemühungen (*good faith efforts*) gemacht hat – auch wenn er seine Platzierungsziele nicht erreicht hat.⁷⁸ Die Regulation definiert Zielvorgaben (*goals*) als “*objectives or targets reasonably attainable by every good faith effort*”.⁷⁹

Die *Affirmative Action* im Bereich der öffentlichen Aufträge wird vom OFCCP nach den Vorgaben der EO 11246 verwaltet. Das OFCCP wacht darüber, dass die Auftragnehmer die staatlichen (in die individuellen Vergabeverträge inkorporierten) Vergabebedingungen einhalten. Dazu gehört die Verpflichtung des Unternehmers zur Schaffung von Chancengleichheit (*equal employment opportunity*) und seine Verpflichtung zur Ergreifung von *Affirmative Action* nach dem geschilderten Muster. Durchsetzungsmittel sind Prüfungen (*compliance reviews*), Überwachung (*monitoring*), Schlichtung (*conciliation*), technische Hilfe und als *ultima ratio* der Entzug des Auftrags (*debarment*).

bb) Vorzugsvergabe von öffentlichen Aufträgen an benachteiligte Unternehmer

Es gibt in den USA diverse Bundesprogramme zur Erhöhung der Aufträge an “*minority- and women-owned businesses*”. Die meisten werden von der Small Bu-

⁷⁴ 41 CFR Part 60-1.40 (a) (1), (Anm. 72), 68042.

⁷⁵ 41 CFR Part 60-2.10 (a) (1), (Anm. 72), 68044.

⁷⁶ 41 CFR Part 60-2.10 (b) (1), (Anm. 72), 68044; 41 CFR Part 60-2.15 (b), (Anm. 72), 68046.

⁷⁷ 41 CFR Part 60-2.16, *id.*, 68046.

⁷⁸ 41 CFR Part 60-2.16 (e), *id.*, 68046.

⁷⁹ 41 CFR Part 60-2.16 (a), *id.*, 68046 oder <http://www.dol.gov/dol/allcfr/ESA/Title_41/Part_60-2/41CFR60-2.16.htm>, besucht am 09.12.2004.

Business Administration (SBA)⁸⁰ verwaltet. Das Bundesrecht stellt Ziele (*goals*) auf, um das Spektrum der Beteiligung an öffentlichen Aufträgen zu vergrößern. Dabei sind die Zielvorgaben für “*small businesses*” 20 Prozent, für “*small disadvantaged businesses*” (SDB) fünf Prozent und für “*women-owned businesses*” ebenfalls fünf Prozent. Diese Zielvorgaben sind flexibel und deshalb relativ unkontrovers.

Außerdem gibt es das so genannte § 8a-Programm⁸¹ zugunsten von sozial und wirtschaftlich benachteiligten Personen.⁸² Diese können kleinere Aufträge ohne offenen Wettbewerb erhalten (*sole-source-contracting*). Es besteht eine gesetzliche Vermutung, dass Personen, die bestimmten rassischen und ethnischen Gruppen angehören, “sozial benachteiligt” im Sinne des Vorzugsprogramms sind. Die gesetzliche Vermutung gilt aber nicht für Frauen. “Weibliche” Unternehmen müssen im § 8a-Programm die soziale Benachteiligung nachweisen, um als “*socially disadvantaged person*” zertifiziert zu werden. Dieser Nachweis gelingt aber in der Praxis nicht so leicht. Nur in wenigen anderen Programmen werden alle “weiblichen” Unternehmen pauschal begünstigt.

Ein letzter Typ von Bevorzugung sind Bonuspunkte, also eine fiktive Preisermäßigung (*bid price preferences* oder *price evaluation preference*) – z.B. um zehn Prozent – für Angebote von zertifizierten SDBs⁸³ oder aus so genannten “*Historically Underutilized Business Zones*” (HUBZone).⁸⁴

Neben den allgemeinen Programmen betreiben einzelne Bundesministerien zusätzliche Förderung. Am wichtigsten sind wegen des großen Auftragsvolumens die Maßnahmen des Verteidigungsministeriums (Department of Defense/DOD). Hier gibt es die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen Kontingente für sozial benachteiligte Anbieter zu reservieren (*set-asides*) oder ihnen Wettbewerbsvorteile einzuräumen (*sheltered competition*), z.B. in Form von “*bid-price-preferences*”. Das Verkehrsministerium (Department of Transport/DOT) fördert Minderheiten und Frauen dadurch, dass es Auftragnehmer, die ihrerseits Aufträge an z.B. weibliche Subunternehmer vergeben, für ihre dadurch verursachten höheren Ausgaben entschädigt (*subcontracting preferences*).

⁸⁰ <<http://www.sba.gov/>>, besucht am 10.12.2004. Die Aufgabe der SBA ist es, durch Unterstützung kleiner Unternehmen die Wirtschaft zu erhalten und zu stärken und Familien und Unternehmen nach nationalen Katastrophen zu helfen.

⁸¹ <<http://www.sba.gov/8abd/>>, besucht am 10.12.2004; vgl. dazu Charles V. Dale, *Affirmative Action Revisited: A Legal History and Prospectus*, in: Patricia M. Nelson (Hrsg.), *Affirmative Action Revisited*, Huntington/New York 2001, 19, 26 ff.

⁸² Gesetzliche Grundlage des § 8 a Programms: Small Business Act of 1953, as amended, Section 8 (a), 15 USC 634 (b) (6), 636 (j), 637 (a) and (d); Pub. L. No. 95-507 and 99-661, Section 1207; Pub. L. No. 100-656 and 101-37, <<http://www.cfda.gov/>>, besucht am 10.12.2004.

⁸³ Etwa das Department of Defense (DOD) Section 1207 program.

⁸⁴ Das Programm ist unter <<https://eweb1.sba.gov/hubzone/internet/>> beschrieben, besucht am 10.12.2004.

b) Der öffentliche Dienst (Bundesebene)

Das zweite Anwendungsfeld von *Affirmative Action* ist die Einstellungspolitik für die öffentlichen Behörden auf Bundesebene (*federal employment*). Grundsätzlich maßgeblich für Einstellungen ist Title VII, Sec. 2000e-16 des Civil Rights Act von 1964.⁸⁵ Demnach müssen alle Personalentscheidungen “*free from any discrimination based on race, color, religion, sex, or national origin*” getroffen werden.⁸⁶ Gleichzeitig existiert aber als allgemeines Politikziel das “Affirmative Program of Equal Employment Opportunity”.⁸⁷ Dieses Politikziel wird konkretisiert in der Präsidialen Verordnung EO 11478 von 1969 (erlassen von Präsident Johnson), die noch heute in Kraft ist.⁸⁸ Nach Sec. 2 der EO 11478 muss jede Behördenspitze ein “Affirmative Program of Equal Employment Opportunity” für alle Angestellten und Bewerber aufstellen und durchführen. Jedoch legt die EO 11478 keine konkreten Mindestinhalte der geforderten affirmativen Programme fest.

Überwachungs-, Bewertungs- und Durchsetzungsinstanz für die behördlichen *Affirmative Action*-Programme ist die bereits erwähnte EEOC.⁸⁹ Die EEOC veröffentlicht zu diesem Zweck Ausführungsvorschriften, und zwar vor allem “Regulations”⁹⁰ und – noch konkreter – “Management Directives” (MD).⁹¹ Die einschlägigen “Regulations” beinhalten Richtlinien (*guidelines*), die darlegen, welche Art von freiwilliger *Affirmative Action* angemessen und mit Title VII des Civil Rights Act vereinbar ist. Wenn sich Arbeitgeber, die dem Title VII unterworfen sind (also sowohl öffentlicher Dienst als auch Private), an diese Richtlinien halten, sind sie vor Klagen wegen umgekehrter Diskriminierung (*reverse discrimination*) geschützt.⁹²

Nach den aktuellen Richtlinien soll ein *Affirmative Action*-Programm aus drei Elementen bestehen: eine vernünftige Selbstanalyse, eine vernünftige Grundlage für den Schluss, dass Maßnahmen notwendig sind und vernünftige Maßnahmen.⁹³ Die vernünftigen Maßnahmen können “*goals and timetables*” einschließen, welche

⁸⁵ Pub. L. No. 88-352; 78 Stat. 241 (1964).

⁸⁶ Sec. 2000e-16 a).

⁸⁷ Vgl. Sec. 2000e-16 b) (1).

⁸⁸ EO 11478 vom 08.08.1969, Fed. Reg. 34 (1969), 2985.

⁸⁹ Siehe oben Anm. 62. Rechtsgrundlage ist Title VII, Sec. 2000e-16 b); EO 11478, Sec. 3.

⁹⁰ Einschlägig ist 29 CFR Part 1614 – Federal Sector Equal Employment Opportunity (nur für den öffentlichen Dienst des Bundes) sowie Part 1608 – Affirmative Action Appropriate Under Title VII of the Civil Rights Act, as amended (maßgebend sowohl für den öffentlichen Dienst als auch für Private).

⁹¹ Am aktuellsten ist die MD 715, die im Oktober 2003 in Kraft getreten ist, vgl. <<http://www.va.gov/dmeeo/regulationslaws/regulations.htm>>, besucht am 10.12.2004.

⁹² Title VII, Sec. 713 (1) b): “In any action or proceeding based on any alleged unlawful employment practice, no person shall be subject to any liability or punishment for or on account of ... the commission by such person of an unlawful employment practice if he pleads and proves that the act or omission complained of was in good faith, in conformity with, and in reliance on any written interpretation or opinion of the Commission (...)”, <<http://www.eeoc.gov/>>, besucht am 10.12.2004.

⁹³ 29 CFR Part 1608.4.

die Rasse oder das Geschlecht der Bewerber oder Angestellten berücksichtigen.⁹⁴ Die nicht geschlechtsneutralen Maßnahmen müssen aber zeitlich auf das Notwendigste begrenzt bleiben. Zielvorgaben und Zeitpläne müssen insgesamt verhältnismäßig sein, das heißt, sie müssen in einer vernünftigen Beziehung stehen zu den Wirkungen der vergangenen Diskriminierung, zur Verfügbarkeit von Bewerbern und zu anderen Faktoren.⁹⁵

c) Zulassung von Studierenden zu Universitäten

In den USA wurden sowohl Frauen als auch Angehörige rassischer Minderheiten lange von zahlreichen Institutionen der höheren Bildung ausgeschlossen.⁹⁶ Zum College of Arts and Sciences of the University of Virginia etwa waren bis zu einem Gerichtsurteil von 1970⁹⁷ nur Männer zugelassen. Auch heute noch sind Angehörige von rassistischen Minderheiten und Frauen im Vergleich zu ihrem zahlenmäßigen Anteil an der Gesamtbevölkerung in Führungspositionen schwach vertreten. In Bezug auf Minderheiten wird dies unter anderem auf den ebenfalls relativ kleinen Anteil an Hochschulabgängern in dieser Personengruppe zurückgeführt.⁹⁸ Deshalb begannen bereits in den 1970er Jahren Hochschulen damit, bei ihrer Zulassungspolitik die faktische Untervertretung rassischer Minderheiten durch *Affirmative Action*-Programme auszugleichen.⁹⁹ Dabei orientierten sich die Zulassungsprogramme am Grundsatzurteil des Supreme Court *Bakke v. Board of Regents of California*¹⁰⁰ aus dem Jahr 1978 (siehe dazu näher unten IV. 4 b)).

⁹⁴ 29 CFR Part 1608.4 (c).

⁹⁵ 29 CFR Part 1608.4 (c) (2).

⁹⁶ "Women scholars are not taken seriously and cannot look forward to a normal academic career (...). Discrimination on the basis of race appears to be nearly absolute." Theodore Caplow/Reece J. McGee, *The Academic Marketplace*, New Brunswick, NJ, 5. Aufl. 2001, 226. Die Aussage stammt von 1958 (erste Auflage).

⁹⁷ *Kirstein v. Rector & Visitors of University of Virginia*, Virginia Eastern District Court, 309 F. Supp. 184 (1970).

⁹⁸ Vgl. für die Untervertretung rassischer Minderheiten: National Center for Education Statistics, *College Enrollment Rates of High School Completers, by Race/Ethnicity: 1960 to 2001*, <<http://nces.ed.gov/programs/digest/d02/tables/dt183.asp>>, besucht am 10.12.2004.

⁹⁹ *Affirmative Action* wird in den USA von vielen Universitäten als bewährtes Mittel zur Erreichung von "equal opportunity" betrachtet. Vgl. die Stellungnahme der Association of American Colleges and Universities (AAC&U) zu *Affirmative Action* vom 14.10.2002, <<http://www.aacu-edu.org/About/statements/affirmativeaction.cfm>>, besucht am 10.12.2004.

¹⁰⁰ 438 U.S. 265 (1978).

3. Die Diskriminierungsverbote im US-amerikanischen Recht

a) Überblick über die Diskriminierungsverbote

Affirmative Action darf nicht so weit gehen, dass die Diskriminierungsverbote des Verfassungs- und Zivilrechts verletzt werden. Das verfassungsmäßige Diskriminierungsverbot ist in zwei Vorschriften normiert. An die Einzelstaaten ist die Equal Protection Clause des 14. Amendment von 1868 gerichtet: “nor shall any State ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Die Equal Protection Clause wurde nach den Sezessionskriegen (1861-1865) und nach der Abschaffung der Sklaverei durch das 13. Amendment von 1865 als Verfassungszusatz zur US-Bundesverfassung von 1787 verabschiedet. Historischer Sinn war der Schutz der “*slave-race*”, die Klausel ist aber allgemein formuliert und schützt auch vor Geschlechtsdiskriminierung. Der Bund ist an einen ungeschriebenen Gleichheitssatz gebunden, der aus der Due Process Clause des 5. Amendments von 1791 – “No person shall ... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law” – herausgelesen wird.¹⁰¹

Behauptete Verletzungen der verfassungsmäßigen Equal Protection Clause werden in drei verschiedenen Varianten geprüft (*two-tiers equal protection*). Die Prüfungsstrenge hängt vom Differenzierungskriterium ab, das der staatlichen Maßnahme zugrunde liegt. Die drei verschiedenen Tests heißen “*rational basis test*”, “*intermediate scrutiny*” und “*strict scrutiny*” und markieren in dieser Reihenfolge eine steigende Kontrolldichte.

Die einfachgesetzlichen Diskriminierungsverbote sind in Title VII und VI des Civil Rights Act 1964¹⁰² normiert. Der einschlägige § 703 von Title VII lautet: “It shall be an unlawful employment practice for an employer (1) to fail or to 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, sex, or national origin.”

Das Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Geschlecht wurde übrigens von Senatoren eingebracht, die hofften, dadurch das Gesetzesvorhaben zu diskreditieren und ganz zu vereiteln, was nicht gelang. Eine wichtige Änderung des Title VII wurde im Jahr 1991 durch den Glass Ceiling Act¹⁰³ bewirkt. Diese Reform war eine Reaktion auf die eher konservative Supreme Court-Rechtsprechung, also ein Versuch, *Affirmative Action* gegen Supreme Court-Revisionen abzusichern. Im Zuge

¹⁰¹ *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

¹⁰² Pub. L. No. 88-352; 78 Stat. 241 (1964).

¹⁰³ Civil Rights Act of 1991, Pub. L. No. 102-166; § 202, 105 Stat. 1081 oder 42 USC Sec. 2000e (1994).

des Gesetzgebungsprozesses wurden speziell Quoten kontrovers diskutiert und letztlich von Kongress und Präsident abgelehnt. Adressat des Diskriminierungsverbots des Title VII sind private Arbeitgeber und (seit 1972) auch die Exekutive auf Bundesebene, einzelstaatlicher und örtlicher Ebene. Nicht gebunden an Title VII sind Legislative und Judikative. In der Praxis kommt Title VII vor allem dann zum Einsatz, wenn eine *Affirmative Action* eines Privatunternehmers als rechtswidrig angegriffen wird, weil jener nicht an die Verfassung gebunden ist.

Im Bildungsbereich verbietet Title VI des Civil Rights Act von 1964 die Rassen-diskriminierung. Das Ziel von Title VI ist es, im Rahmen von Programmen und Aktivitäten, die vom Bund finanziell unterstützt werden, jede Form von Diskriminierung aufgrund der Rasse, Farbe oder nationalen Herkunft zu unterbinden. Die einschlägige Passage der Norm lautet: "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."¹⁰⁴ Erfasst sind damit auch sämtliche Ausbildungsstätten, die staatliche Fördermittel erhalten.¹⁰⁵

Title IX des Civil Rights Act erstreckt das Diskriminierungsverbot im Bildungsbereich auch auf das Kriterium des Geschlechts.¹⁰⁶ Weil fast alle Universitäten der USA finanziell vom Staat unterstützt werden, ist der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote in Title VI und IX sehr groß. Im Ergebnis unterliegen damit private Universitäten ähnlichen Schranken bezüglich Rassen- und Geschlechtsdiskriminierung wie staatliche Universitäten, die an die Equal Protection Clause des 14. Amendments gebunden sind.¹⁰⁷

b) Diskriminierungsverbote als Grundlage und Grenze von *Affirmative Action*

Die eingangs geschilderten *Affirmative Action*-Politiken basieren auf den genannten vielfältigen Exekutivverordnungen, Richtlinien und Programmen. Spezifische gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen fehlen jedoch weitgehend. Vielmehr werden als formalgesetzliche Grundlage die Antidiskriminierungsnormen selbst herangezogen. Diese bilden somit gleichermaßen Grundlage und Grenze von *Af-*

¹⁰⁴ Pub. L. No. 88-352, Title VI, Sec. 601, 78 Stat. 252 (1964).

¹⁰⁵ Vgl. US Department of Education, Office for Civil Rights, <<http://www.ed.gov/about/offices/list/ocr/docs/tviassgn.html>>, besucht am 10.12.2004.

¹⁰⁶ 20 USC Sec. 1681-1688, Education Amendments of 1972. Die entscheidenden Passagen von Title IX lauten: Sec. 1681 (a): "No person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance", <<http://www.dol.gov/oasam/regs/statutes/titleix.htm>>, besucht am 10.12.2004. Siehe hierzu: Title IX: 25 Years of Progress, US Department of Education, June 1997, <<http://www.ed.gov/pubs/TitleIX/>>, besucht am 10.12.2004.

¹⁰⁷ David E. Bernstein, Let Private Colleges Practice Affirmative Action, Cato Institute, 23.06.2003, <<http://www.cato.org/dailys/06-23-03-2.html>>, besucht am 06.09.2004.

firmative Action.¹⁰⁸ So wird im Bildungsbereich die Bevorzugung von Minderheitenangehörigen auf Title VI des Civil Rights Act gestützt, und spezielle universitäre Sportprogramme für Frauen werden auf Title IX gegründet. Letztere Vorschrift enthält die explizite Auslegungsanweisung, dass die Bildungsinstitutionen nicht verpflichtet sind, das unterrepräsentierte Geschlecht bevorzugt zu behandeln: “Nothing contained in subsection (a) of this section shall be interpreted to require any educational institution to grant preferential or disparate treatment to the members of one sex on account of an imbalance.”¹⁰⁹ Hieraus wird der Gegenschluss gezogen, dass Title IX die *Affirmative Action* grundsätzlich erlaubt.¹¹⁰ Dies ist auch in Bezug auf die älteren Antidiskriminierungsnormen, die einen solchen speziellen Hinweis nicht enthalten, anerkannt. Streit besteht somit nicht über den Grundsatz, sondern über die genaue Ausgestaltung und die Reichweite der zulässigen *Affirmative Action*.

4. Die richterrechtliche Konkretisierung der Diskriminierungsverbote als rechtliche Grenzen von *Affirmative Action*

a) Das Prinzip der Symmetrie (*principle of consistency*)

Die in den eben genannten Diskriminierungsverboten enthaltenen rechtlichen Grenzen von *Affirmative Action* wurden richterrechtlich über Jahrzehnte hinweg konkretisiert.¹¹¹ Zwischen 1974 und 2003 entschied der Supreme Court 15 Fälle von *Affirmative Action*.¹¹² Davon wurden zehn anhand des Verfassungsmaßstabes entschieden, vier Fälle nach Title VII Civil Rights Act und ein Fall wurde an beiden Latten gemessen. In neun dieser Fälle billigte der oberste Gerichtshof die streitige *Affirmative Action*-Maßnahme, in sechs Fällen verurteilte er sie als rechtswid-

¹⁰⁸ Vgl. dazu Robert Fullinwider, Affirmative Action, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2002 Edition), <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2002/entries/affirmative-action/>>, besucht am 10.12.2004.

¹⁰⁹ 20 USC Sec. 1681-1688, Education Amendments of 1972, Sec. 1681 (b), Hervorhebung der Verf. Fundstelle und Wortlaut von Sec. 1681 (a) oben in Anm. 106.

¹¹⁰ *Cohen v. Brown University*, US Court of Appeals for the 1st Circuit, 101 F. 3d 155, 170-71 mit dortiger Anm. 11 (1996).

¹¹¹ Siehe zur Rechtsprechung bis 1997 im Einzelnen Peters (Anm. 2), 41 ff.

¹¹² *De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979); *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980); *Firefighters Local Union v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984); *Local No. 28 of the Sheet Metal Workers' International Association v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986); *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986); *Local No. 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986); *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 416 (1987); *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987); *City of Richmond v. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). Weiterführend zu *Fullilove* und dem Grundsatzurteil *Bakke* Ulrich Beyerlin, Bevorzugung rassistischer Minderheiten bei Vergabe öffentlicher Aufträge/Fall *Fullilove*, EuGRZ 7 (1980), 604 ff.

rig. Dabei ging es um *Affirmative Action* in ganz unterschiedlichen Sachbereichen, nämlich um Einstellungen in den öffentlichen Dienst, um die Vergabe öffentlicher Aufträge, oder – wie in den jüngsten Urteilen aus dem Jahr 2003 – um bevorzugende Universitätszulassung.¹¹³ Nur ein einziger Entscheid betraf Frauenförderung.¹¹⁴

Ausgangspunkt der richterlichen Prüfung von *Affirmative Action* in Form der “umgekehrten Diskriminierung” (von Weißen oder von Männern) ist der Prüfungsstandard der herkömmlichen Diskriminierung (von Schwarzen oder von Frauen). Allerdings ist in der akademischen Diskussion strittig, ob “Diskriminierung” ein symmetrisches oder ein asymmetrisches Konzept ist. Letzterenfalls wäre die rechtliche Benachteiligung von Mitgliedern der gesellschaftlich dominanten Gruppe gar nicht als Diskriminierung aufzufassen oder wäre großzügiger zuzulassen.¹¹⁵ Der Supreme Court hat im *Adarand*-Urteil von 1995 ein “*principle of consistency*” aufgestellt und damit die Praxis auf eine symmetrische Prüfung von Diskriminierung festgelegt.¹¹⁶

b) Rechtliche Grenzen der *Affirmative Action* zugunsten ethnischer Gruppen

aa) Die verfassungsmäßige Prüfungsdichte

Im Rahmen der Verfassungsmäßigkeitsprüfung (Equal Protection Clause) müssen Unterscheidungen auf der Basis der Rasse grundsätzlich einem strengen, zweiteiligen (*two prong*) Test (*strict scrutiny*) genügen. Sie müssen, erstens, ein zwingendes öffentliches Ziel (*compelling government interest*) verfolgen und zweitens eng auf dieses Ziel hin zugeschnitten sein (*narrowly tailored*).

Die gerichtliche Prüfung von *Affirmative Action* am Maßstab des Title VII ist – wie die Verfassungsprüfung – zweistufig. Unter Title VII muss ein *Affirmative Action*-Programm erstens ein legitimes Ziel haben und zweitens darf es die Rechte der benachteiligten Personen nicht unnötig verletzen. Auf die Title VII-Prüfung werden wir im Folgenden nicht weiter eingehen.

Nach dem Symmetrieprinzip müssen rassistische Differenzierungen, die als Bevorzugung von Schwarzen erscheinen, der “*strict scrutiny*” standhalten. Im Rahmen des zweistufigen Tests lautet somit die erste verfassungsrechtliche Frage der *Affirmative Action* zugunsten von Minderheiten, welche Ziele als “*compelling*” im

¹¹³ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003) zur Zulassungspolitik der University of Michigan.

¹¹⁴ *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 416 (1987).

¹¹⁵ Siehe in diesem Sinne z.B. Lawrence Blum, *Moral Asymmetries in Racism*, in: Susan E. Babit/Sue Campbell (Hrsg.), *Racism and Philosophy*, Ithaca/New York 1999, 79-97.

¹¹⁶ *Adarand v. Peña*, 515 U.S. 200, 226 ff. (1995). Vor *Adarand* wurde manchmal der weniger strenge Maßstab an *Affirmative Action* angelegt, insbesondere wenn diese eine bundesgesetzliche Grundlage hatte (*congressionally mandated Affirmative Action*). Nur “*intermediate scrutiny*” als Maßstab wurde vom Supreme Court etwa bei *Metro Broadcasting v. FCC* (497 U.S. 547 (1990)) angewandt.

Sinne der “*strict scrutiny*” gelten. Unumstritten ist, dass die Wiedergutmachung vergangener Diskriminierung ein derart rechtfertigendes zwingendes Ziel ist. Dabei scheint die Diskriminierung durch den Autor der *Affirmative Action* selbst nicht gefordert zu sein. Es reicht, wenn er die Diskriminierung anderer wiedergutmachen will. Dabei muss der Förderer sich nicht auf individualisierbare Opfer von nachgewiesenen Diskriminierungshandlungen beschränken (nicht “*victims only*”), sondern er darf seine *Affirmative Action* – prinzipiell – auf historisch diskriminierte und deprivierte Gruppen ausrichten. Allerdings soll eine unterstellte amorphe “bloß gesellschaftliche Diskriminierung” nicht als Rechtfertigungsgrund ausreichen.¹¹⁷

Die Verfassungsmäßigkeit aller anderen Ziele von *Affirmative Action*, die über die Heilung vergangener Diskriminierung hinausgehen (über die so genannte “*remedial rationale*” hinaus), war bis vor kurzem umstritten und wurde in der Rechtsprechung (auch der Untergerichte) überwiegend abgelehnt. Der Supreme Court beantwortete die Frage im *Grutter*-Urteil¹¹⁸ jedoch positiv (dazu sogleich unter bb)).

Die zweite Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit von *Affirmative Action* für Minderheiten ist nach dem strengen Maßstab (*strict scrutiny*) ihr enger Zuschnitt (*narrowly tailored*). Der enge Zuschnitt wird in der Rechtsprechung anhand mehrerer Faktoren beurteilt: Flexibilität (hierzu gehört insbesondere: keine Quoten), die Höhe der Zielvorgabe, das Fehlen von Alternativen, welche die benachteiligten Konkurrenten weniger belasten, die zeitliche Begrenzung und schließlich die Berücksichtigung der berechtigten Erwartungen der benachteiligten Konkurrenten.

bb) Hochschulzulassung nach *Grutter* (2003)

Nach einer Pause von acht Jahren befasste sich der US Supreme Court im Sommer 2003 erstmals wieder substantiell mit *Affirmative Action*. In zwei Fällen beurteilte er die Zulässigkeit der präferentiellen Zulassungspolitik der University of Michigan. Dabei ging es beide Male um die Bevorzugung von Angehörigen rassistischer Minderheiten. Die Frage der Frauenförderung wurde in keinem der beiden Urteile aufgeworfen.

Barbara Grutter ist eine Weiße, die sich um einen Platz an der juristischen Fakultät (Law School) der Universität Michigan bewarb. Ihre Bewerbung wurde abgewiesen, worauf sie gegen die Universität und deren Leitung klagte. Grutter verlangte Schadenersatz, einen Platz an der Law School und die Aufhebung des Zulassungsprogramms zur Law School. Sie machte unter anderem Verstöße gegen das 14. Amendment (Equal Protection Clause) und gegen Title VI des Civil Rights Act 1964 geltend. Das Oberste Gericht prüfte am Maßstab der Verfassung.

¹¹⁷ *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 274 (1986); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 307 (1978); *Michigan Road Builders Association v. Milliken*, US Court of Appeals for the 6th Circuit, 834 F. 2d 583, 589-90 (1987).

¹¹⁸ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

Das Zulassungsprogramm der Law School sieht vor, dass jede Bewerbung individuell geprüft wird. Ins Gewicht fallen dabei neben objektiven Kriterien wie Noten und Testresultaten auch so genannte “*soft variables*”, welche zur Vielfalt der Studierendenschaft beitragen sollen. Dabei kann die Zugehörigkeit zu einer ethnischen Minderheit ins Gewicht fallen, muss aber nicht. Dieses Kriterium darf nicht allein ausschlaggebend sein für die Zulassung zur Law School.¹¹⁹

In *Grutter* befand erstmals eine Mehrheit der Richter des Supreme Court, dass Vielfalt (“*diversity*”) ein zwingendes Interesse (*compelling state interest*) darstellen kann.¹²⁰ Dabei war sich das Gericht offenbar bewusst, dass der Eindruck einer viel engeren Auslegung des “*compelling state interest*” entstanden war und stellte klar: “But we have never held that the only governmental use of race that can survive strict scrutiny is remedying past discrimination.”¹²¹

Anders als noch der isolierte Richter P o w e l l im älteren Leitfall zu *Affirmative Action* bei der Hochschulzulassung, *Bakke v. California* (1978),¹²² bezog das Gericht in *Grutter* die Vorteile der Vielfalt nicht nur auf die Ausbildung selbst. Der Supreme Court blickte vielmehr weiter und stellte vor allem die Vorzüge eines möglichst vielfältigen Absolventenpools heraus.¹²³ Er sah ein “*compelling state interest*” in einer Ausbildung, die zur Herausbildung einer Führungselite beiträgt, deren Qualität unter anderem von der “*diversity*” abhängt.¹²⁴

Die zweite Voraussetzung der Verfassungskonformität ist der enge Zuschnitt (*narrow tailoring*) der Maßnahme. Diese Voraussetzung sah der Supreme Court in

¹¹⁹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 337-338 (2003): “When using race as a ‘plus’ factor in university admissions, a university’s admissions program must remain flexible enough to ensure that each applicant is evaluated as an individual and not in a way that makes an applicant’s race or ethnicity the defining feature of his or her application.”

¹²⁰ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 328 (2003): “Today, we hold that the Law School has a compelling interest in attaining a diverse student body.” In *Bakke* hatte nur Justice P o w e l l die Diversität der Studierendenschaft als überragendes Interesse, welches *Affirmative Action* rechtfertigen kann, angesehen (*Bakke v. California*, 438 U.S. 265, 311-316 (1978)). In *Hopwood v. Texas*, US Court of Appeals for the 5th Circuit, 78 F. 3d 932, 944 (1996), hatte das Gericht festgehalten, dass die Meinung P o w e l l s nicht die Meinung des Supreme Court darstelle.

¹²¹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 328 (2003).

¹²² Justice P o w e l l war Berichterstatter (Autor der “*opinion of the court*”) in *Bakke v. Board of Regents of California*, 438 U.S. 265, 311-316 (1978).

¹²³ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 334 (2003): “[T]he skills needed in today’s increasingly global marketplace can only be developed through exposure to widely diverse people, cultures, ideas, and viewpoints. (...) We have repeatedly acknowledged the overriding importance of preparing students for work and citizenship, describing education as pivotal to ‘sustaining our political and cultural heritage’ with a fundamental role in maintaining the fabric of society.”

¹²⁴ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 335 (2003): “In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity. (...) The Law School has determined, based on its experience and expertise, that a ‘critical mass’ of underrepresented minorities is necessary to further its compelling interest in securing the educational benefits of a diverse student body.” Vgl. zum neuen Verständnis des “*compelling state interest*” in *Grutter* Robert C. P o s t, *The Supreme Court, 2002 Term: Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, *Harvard Law Review* 117 (2003), 4, 59 ff.

Grutter ebenfalls als erfüllt an. Ausschlaggebend ist, dass jede Bewerbung einem “*highly individualized, holistic review*” unterzogen wird und dass die Bevorzugung aufgrund der Rasse kein Automatismus ist.¹²⁵ Diese Argumentation des Supreme Court liegt auf der Linie seiner “individualistischen” ständigen Rechtsprechung, nach der die Equal Protection Clause ein Recht einräumt, als Individuum behandelt zu werden und nicht als ein Mitglied einer Gruppe.¹²⁶

Die Bedeutung von *Grutter v. Bollinger* besteht darin, dass hier erstmals ein Aufnahmeprogramm einer Universität, das die Rasse des Bewerbers als Aufnahmekriterium berücksichtigt, ausdrücklich als verfassungskonform qualifiziert wurde. Der Supreme Court stellte aber klar, dass solche Programme zeitlich begrenzt und immer wieder neu überdacht werden müssen. Er äußerte die Erwartung, dass in 25 Jahren rassische Bevorzugung für die Erreichung der hier verfolgten Interessen (Vielfalt der Führungskräfte) keine Rolle mehr spielen werde.¹²⁷

In dem am selben Tag wie *Grutter* verkündeten Urteil *Gratz v. Bollinger*¹²⁸ ging es um das Aufnahmesystem der University of Michigan für das “Undergraduate Program” des “College of Literature, Science and the Arts (LSA)”. Nach diesem System erhielten Angehörige einer “*underrepresented minority*” automatisch 20 Punkte (von 150 möglichen Punkten, die u.a. auch für Noten und Testresultate verteilt werden). Das “*compelling state interest*” wurde mit demselben Argument wie in *Grutter* bejaht.¹²⁹ Das Programm wurde jedoch im Ergebnis als verfassungswidrig eingestuft, weil es nicht “*narrowly tailored*” war. Der enge Zuschnitt fehlte, weil automatisch 20 Punkte an alle Angehörigen einer unterrepräsentierten Minderheit vergeben wurden.¹³⁰ Weil die Bedeutung der ethnischen Zugehörigkeit der Bewerber nicht in jedem Einzelfall gewichtet wurde,¹³¹ war die Equal Protection Clause verletzt.¹³²

¹²⁵ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 322 (2003).

¹²⁶ Etwa *McCabe v. Atchinson, Topeka & Santa Fe Railway Co.*, 235 U.S. 151, 161-162 (1914); *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 22 (1948); *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 647 (1993); *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 U.S. 127, 152 (1994).

¹²⁷ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 342 (2003): “We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today.”

¹²⁸ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

¹²⁹ 539 U.S. 244, 267 (2003).

¹³⁰ 539 U.S. 244, 268 (2003): “[T]he Court finds that the University’s current policy, which automatically distributes 20 points, or one-fifth of the points needed to guarantee admission, to every single, underrepresented minority applicant solely because of race, is not narrowly tailored to achieve educational diversity.”

¹³¹ Das Gericht stützte die Forderung nach einer Einzelfallprüfung auf Justice Powell im *Bakke*-Urteil, 539 U.S. 244, 268 (2003): “He emphasized, however, the importance of considering each particular applicant as an individual, assessing all of the qualities that individual possesses, and in turn, evaluating that individual’s ability to contribute to the unique setting of higher education.”

¹³² 539 U.S. 244, 268 (2003): “Because the University’s use of race in its current freshman admissions policy is not narrowly tailored to achieve respondents’ asserted interest in diversity, the policy violates the Equal Protection Clause.”

c) Rechtliche Grenzen der *Affirmative Action* für Frauen

aa) Die verfassungsmäßige Prüfungsdichte

Die Verfassungsmäßigkeit der Geschlechtsdiskriminierung wird normalerweise mit einer mittleren Prüfungsstrengung (*intermediate scrutiny*) geprüft (so die ständige Rechtsprechung seit 1976). Unter "*intermediate scrutiny*" muss eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts zum einen wichtige öffentliche Ziele verfolgen und des Weiteren substantiell auf die Erreichung dieser Ziele bezogen sein.¹³³ Ansatzpunkte für eine strengere Prüfung der Geschlechtsdiskriminierung finden sich im Urteil *Virginia* aus dem Jahr 1996.¹³⁴ Hier ging es um die Klage einer Frau auf Aufnahme in eine Militärakademie. Der Supreme Court verlangte eine "*exceedingly persuasive justification*" für den Ausschluss weiblicher Studierender,¹³⁵ was vielfach als Verschärfung und Aufgabe der "*intermediate scrutiny*" aufgefasst wurde,¹³⁶ eine autoritative Klarstellung steht aber noch aus.¹³⁷

Der verfassungsmäßige Prüfungsmaßstab für die Benachteiligung von Männern durch ein *Affirmative Action*-Programm für Frauen ist noch nicht höchststrichlerlich festgelegt.¹³⁸ Insbesondere ist offen, ob auch im Kontext der Differenzierungen nach Geschlecht das Prinzip der "Konsistenz" oder Symmetrie gilt, nach dem "positive" Geschlechtsdiskriminierung nicht anders zu beurteilen ist als die klassische Frauendiskriminierung (siehe dazu unten IV. 5).

bb) *Affirmative Action* für Frauen im öffentlichen Dienst

Im bisher einzigen Supreme Court-Urteil zur Frauenförderung (*Johnson v. Transportation Agency Santa Clara* (1987)¹³⁹) war der Prüfungsmaßstab aus prozessualen Gründen nicht die Verfassung, sondern lediglich Title VII des Civil Rights Act. In *Johnson* wurde eine Frau im öffentlichen Dienst einer Gemeinde (*county*) zur Abteilungsleiterin Straßenbau befördert, obwohl sie ein geringfügig schlechteres Testergebnis hatte als ihr männlicher Konkurrent. Grundlage des Beförderungsentscheids war ein *Affirmative Action*-Plan, der Zielvorgaben enthielt und nach dem das Geschlecht bei qualifizierten Kandidaten als ein Entscheidungsfaktor fungieren durfte. Die Beförderung wurde vom Supreme Court aufrechter-

¹³³ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976).

¹³⁴ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

¹³⁵ *Id.*, 533.

¹³⁶ *United States v. Virginia*, Judge Scalia J. dissenting, 518 U.S. 515, 568.

¹³⁷ Für eine Diskussion der Frage vgl. etwa *Engineering Contractors Association of South Florida, Inc. v. Metropolitan Dade County*, US Court of Appeals for the 11th Circuit, 122 F. 3d 895, 907 (1997).

¹³⁸ Vgl. dazu Karen J. Lewis/Jon O. Shimabukuro, Sex Discrimination and the United States Supreme Court, in: Nelson (Hrsg.) (Anm. 81), 75 ff.

¹³⁹ *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California*, 480 U.S. 616 (1987).

halten, und zwar in Anlehnung an seine frühere Minderheitenrechtsprechung.¹⁴⁰ Der Gerichtshof verlangte, dass der *Affirmative Action*-Plan auf die Korrektur einer offensichtlichen Unausgeglichenheit abzielen müsse. Darüber hinaus dürfe er nicht die Rechte der männlichen Mitarbeiter unnötig beschneiden.¹⁴¹

Untergeichte prüften verschiedentlich die Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung im öffentlichen Dienst. Beispielhaft sind zwei Entscheidungen zu nennen. In *Hill v. Ross* (1999) hatte das Appellationsgericht des 7th Circuit (Bundesgerichtsbezirk für die Staaten Illinois, Indiana, Wisconsin)¹⁴² die Klage des Dozenten Hill einer staatlichen Universität gegen den Dekan Ross zu entscheiden. Nachdem Hill eine Professur angeboten wurde, hatte der Dekan die Besetzung zugunsten einer Frau verhindert. Gerichtlicher Prüfungsmaßstab war sowohl Title VII als auch die Equal Protection Clause des 14. Amendment. Weil allein das Geschlecht maßgebend war für den Entscheid, die Entscheidung vom universitären *Affirmative Action*-Plan der Universität nicht zwingend vorgegeben war und die Universität offenbar in der Vergangenheit nicht selbst diskriminiert hatte,¹⁴³ verlangte das Appellationsgericht eine äußerst überzeugende Rechtfertigung (*exceedingly persuasive justification*) für die Differenzierung.¹⁴⁴ Die Zielvorgaben des *Affirmative Action*-Planes beruhten weder auf einer “*powerful justification*” noch waren sie “*narrowly tailored*”. Das Appellationsgericht legte hier also einen Prüfungsmaßstab an, der eine Mischung aus dem neuen *Virginia*-Standard des Supreme Court für Geschlechtsdiskriminierung und der “*strict scrutiny*” darstellte.

Die Entscheidung *Danskine v. Miami Dade Fire Department* des Appellationsgerichts des 11. Circuit (Gerichtsbezirk Alabama, Florida, Georgia) aus dem Jahr 2001¹⁴⁵ betraf Frauenförderung bei der gemeindlichen Feuerwehr. Unumstritten war, dass die Feuerwehr bis zu Beginn der 1980er Jahre Frauen diskriminiert hatte. Auf der Grundlage eines Frauenförderungsplanes von 1984, verstärkt seit 1990, wurden Frauen bevorzugt eingestellt (mit einer Zielvorgabe). Diese Einstellungspolitik war anhand von Title VII Civil Rights Act und der Equal Protection Clause zu prüfen. Das Gericht wandte für die Überprüfung der umgekehrten Geschlechtsdiskriminierung die “*intermediate scrutiny*” an. Deren erstes Erfordernis ist ein “*important governmental interest*”. Prinzipiell war das hier verfolgte Ziel der Wiedergutmachung vergangener Diskriminierung ein wichtiges öffentliches Interesse. Die Feuerwehrabteilung musste ausreichende Beweise (*sufficient probative evidence*) für vergangene Diskriminierung (nicht notwendigerweise durch die öffentliche Stelle selbst begangen) vorlegen.¹⁴⁶ Dieses Erfordernis war erfüllt. Das

¹⁴⁰ Das Gericht wandte die Prinzipien an, die es in *United Steelworkers v. Weber* (443 U.S. 193 (1979)) entwickelt hatte.

¹⁴¹ 480 U.S. 616, 631 ff. (1987).

¹⁴² *Paul Hill v. Howard L. Ross*, US Court of Appeals for the 7th Circuit, 183 F. 3d 586 (1999).

¹⁴³ 183 F. 3d 586, 588 f.

¹⁴⁴ 183 F. 3d 586, 590.

¹⁴⁵ *Danskine v. Miami Dade Fire Department*, US Court of Appeals for the 11th Circuit, 253 F. 3d 1288 (2001).

¹⁴⁶ 253 F. 3d 1288, 1294.

zweite Erfordernis ist, dass der Plan “*substantially related*” zu dem wichtigen öffentlichen Ziel ist. Hier stellte sich die Frage, ob die Einstellungspraxis in ausreichender Weise auf das öffentliche Ziel bezogen war. Das Gericht hatte diesbezüglich Zweifel. Es beschied die männlichen Kläger dennoch abschlägig, weil die Höhe der Zielvorgabe nicht kausal war für ihre Benachteiligung.¹⁴⁷ Schließlich wies das Gericht auf das Erfordernis einer zeitlichen Beschränkung des *Affirmative Action*-Planes hin und mahnte dessen baldige Beendigung an. Im Ergebnis befand es aber die Einstellungspolitik der Feuerwehrabteilung für verfassungsgemäß.

cc) *Affirmative Action* für Frauen an Hochschulen

Zum zweiten Sachbereich, der Frauenförderung an Hochschulen, hat sich der Supreme Court noch nicht geäußert. In der Rechtsprechung von District und Appeals Courts geht es – da Frauen meist die Mehrheit der Studierendenschaft bilden – nicht um die Zulassungsvoraussetzungen zum Studium. Strittig sind vielmehr häufig Maßnahmen der Frauenförderung im Zusammenhang mit Sportprogrammen, beispielsweise die Abschaffung eines Schwimmprogramms für Männer bei gleichzeitiger Beibehaltung eines entsprechenden Programms für Frauen.¹⁴⁸

Prüfungsmaßstab ist Title IX des Civil Rights Act,¹⁴⁹ der anhand der Regeln des United States Department of Education von 1975 (Implementing Regulations) auszulegen ist.¹⁵⁰ Herausgegriffen sei lediglich ein neuerer Fall: In *Miami University Wrestling Club et al. v. Miami University* (2002)¹⁵¹ hatte ein Court of Appeals eine Klage männlicher Studierenden zu beurteilen. Jene waren zuvor Mitglieder in drei männlichen Studentensportmannschaften gewesen. Diese drei Männermannschaften waren mit dem Ziel aufgelöst worden, eine gleichmäßige Beteiligung und gleichmäßige Geldausgaben für Frauen- und Männermannschaften zu erzielen. Die Kläger rügten eine Verletzung von Title IX und des 14. Amendment, worauf das Gericht aus prozessualen Gründen nur Title IX prüfte. Es verneinte jedoch eine Verletzung dieser Vorschrift mit der Begründung, dass diese dem historisch überrepräsentierten Geschlecht, also den Männern, keine Rechte gewähre.¹⁵² Der Court of Appeals konstruierte damit die gesetzliche, spezielle Antidiskriminierungsvorschrift als asymmetrische Norm, abweichend vom Grundsatz der Symmetrie (*consistency*), den der Supreme Court in Bezug auf die verfassungsmäßige Equal Protection Clause aufgestellt hatte.

¹⁴⁷ 253 F. 3d 1288, 1300.

¹⁴⁸ *Kelley v. Board of Trustees*, US Court of Appeals for the 7th Circuit, 35 F. 3d 265 (1994).

¹⁴⁹ Wortlaut und Fundstelle in Anm. 106.

¹⁵⁰ 34 CFR §§ 106.1-106.71.

¹⁵¹ US Court of Appeals for the 6th Circuit, 302 F. 3d 608 (2002).

¹⁵² 302 F. 3d 608, 615.

5. Fazit zur amerikanischen *Affirmative Action*

Die Supreme Court-Entscheide zur Verfassungsmäßigkeit von *Affirmative Action* betreffen ausschließlich die Minderheitenförderung. Für diese gilt “*strict scrutiny*”. Die minderheitenbezogene *Affirmative Action* muss ein zwingendes öffentliches Ziel verfolgen und eng darauf zugeschnitten sein. Der “enge Zuschnitt” wurde im *Affirmative Action-Review* der Clinton-Regierung (1995) – in Anlehnung an die seinerzeit neu aufgestellten *Adarand*-Kriterien – wie folgt definiert: Keine Quoten; rasse- und geschlechtsneutrale Alternativen müssen ausgeschöpft werden; Flexibilität; geringstmöglicher Eingriff; zeitliche Begrenzung und Ausgewogenheit. Bis vor kurzem galten alle Maßnahmen der Minderheitenförderung, die nicht auf vergangene Diskriminierung bezogen sind, als verfassungswidrig. Erst im Jahr 2003 stellte der Supreme Court klar, dass auch Maßnahmen zur Förderung der ethnischen Diversität von Universitätsabsolventen und damit von potentiellen Führungskräften im zwingenden öffentlichen Interesse liegen und bei entsprechend engem Zuschnitt verfassungsmäßig sind.

Im Bereich der Frauenförderung ist die Rechtsentwicklung noch im Fluss. Es gibt lediglich ein Supreme Court-Urteil, und in diesem wurde nur am Maßstab von Title VII des Civil Rights Act geprüft. Ausserdem hat das Urteil *Virginia* eine Unsicherheit über den Prüfungsmaßstab von Geschlechtsdiskriminierung (außerhalb der *Affirmative Action*) geschaffen. Deshalb harren gegenwärtig noch drei Fragen der höchstrichterlichen Entscheidung: (1) Muss die Geschlechtsdiskriminierung nur einer “*intermediate scrutiny*” genügen? (2) Was sind legitime Ziele im Sinne des zweistufigen Tests? (3) Muss die umgekehrte Diskriminierung von Männern durch *Affirmative Action* symmetrisch zur Diskriminierung von Frauen geprüft werden?

Die Frage (1) nach der Prüfungsstrenge ist ungeklärt. Untergerichte wenden sowohl “*strict scrutiny*”¹⁵³ als auch “*intermediate scrutiny*”¹⁵⁴ oder eine Mischung¹⁵⁵ an. Dabei ist der paradoxe Effekt der “*intermediate scrutiny*”, dass Frauenförderung nach diesem Standard verfassungsmäßig leichter zu rechtfertigen ist als die Förderung ethnischer Minderheiten.

¹⁵³ Etwa *Ledoux v. District of Columbia*, D.C. Circuit Court, 820 F. 2d 1293, 1305-1306 (1987).

¹⁵⁴ Etwa *Associated General Contractors of California v. City and County of San Francisco*, US Court of Appeals for the 9th Circuit, 813 F. 2d 922, 939-942 (1987); *Kelley v. Board of Trustees*, US Court of Appeals for the 7th Circuit, 35 F. 3d 265 (1994). Aus neuerer Zeit *Danskine v. Miami Dade Fire Department*, US Court of Appeals for the 11th Circuit, 253 F. 3d 1288 (2001), dazu näher bereits oben.

¹⁵⁵ *Paul Hill v. Howard L. Ross*, US Court of Appeals for the 7th Circuit, 183 F. 3d 586 (1999), näher bereits oben Anm. 142. In *Cohen v. Brown University* (“*Cohen IV*”), US Court of Appeals for the 1st Circuit, 101 F. 3d 155 (1996) setzte das Gericht das herkömmliche “*important governmental interest*” gleich mit der bei *Virginia* geforderten “*exceedingly persuasive justification*” (*id.*, 184 f.): “Under intermediate scrutiny, the burden of demonstrating an exceedingly persuasive justification for a government-imposed, gender-conscious classification is met by showing that the classification serves important governmental objectives.”

Zur Frage (2) der legitimen Ziele kann festgehalten werden, dass Maßnahmen zum Ausgleich vergangener Frauendiskriminierung in den staatlichen Bildungseinrichtungen als wichtiges Ziel im Sinne der *“intermediate scrutiny”* anerkannt sind: “There is no doubt but that removing the legacy of sexual discrimination (...) from our nation’s educational institutions is an important governmental objective.”¹⁵⁶ Ob man dies auch als ein “zwingendes Ziel” im Sinne der *“strict scrutiny”* einstufen mag, hängt davon ab, wie man die Schwere der Benachteiligung von Frauen in der amerikanischen Gesellschaft – auch im Vergleich zum offenen und latenten Rassismus – einschätzt. Ebenfalls fraglich, aber nach *Grutter* plausibel, ist, ob geschlechtliche Diversität ebenso wie die ethnische Diversität von Hochschulabsolventen oder Kaderkräften als wichtiges (oder “zwingendes”), die Frauenförderung legitimierendes Ziel anerkannt wird.¹⁵⁷

In Beantwortung der Frage (3) erscheint es aus zwei Gründen plausibel, dass sich ein symmetrischer Prüfungsmaßstab für alle Formen der Geschlechtsdiskriminierung durchsetzen wird. Erstens wird seit *Adarand* die umgekehrte Diskriminierung von Weißen streng symmetrisch zur Diskriminierung von Minderheitenangehörigen geprüft (nämlich mit *“strict scrutiny”*). Zweitens gibt es mehrere Urteile des Supreme Court außerhalb des Kontexts von *Affirmative Action*, die auf Klagen von Männern wegen Diskriminierung ergingen und in denen das Gericht nicht anders als auf Diskriminierung von Frauen reagierte (damals *“intermediate scrutiny”*).¹⁵⁸ Allerdings ergibt sich aus dem Schema der symmetrischen Prüfung der Equal Protection Clause auf – alternativ – drei Stufen (*two-tiers equal protection*), nämlich entweder *“rational basis”* oder *“intermediate scrutiny”* oder *“strict scrutiny”*, eine gravierende Ungereimtheit: *Affirmative Action* zugunsten von Frauen wird weniger streng kontrolliert als die *Affirmative Action* zugunsten der rassischen Minderheiten. Dieses Ergebnis scheint in Anbetracht der andauernden nachweisbaren offenen und verdeckten Diskriminierung der Afroamerikaner und anderer Minderheiten nicht vertretbar. Als vernünftigster Ausweg bietet sich die in *Virginia* (1996) angebahnte Aufgabe des *“two-tiers”*-Schemas an, zumal ohnehin nie ganz klar war, wodurch sich die *“intermediate scrutiny”* genau von der *“strict scrutiny”* unterscheidet. Nicht sinnvoll wäre es unserer Ansicht nach, eine asym-

¹⁵⁶ *Kelley* (Anm. 154), 272.

¹⁵⁷ Das Gericht war in seinem Entscheid *Grutter v. Bollinger* bezüglich der Vielfalt (*diversity*) relativ offen: “The United States, as *amicus curiae*, affirms that ‘ensuring that public institutions are open and available to all segments of American society, including people of all races and ethnicities, represents a paramount government objective’. ... All members of our heterogeneous society must have confidence in the openness and integrity of the educational institutions that provide this training” (539 U.S. 306, 335 f.). Die zitierten Formulierungen lassen sich ohne weiteres auch auf Frauen beziehen.

¹⁵⁸ *Kahn v. Shevin*, 416 U.S. 351 (1974): Steuerbefreiung für Witwen verfassungsmäßig; *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S. 498 (1975): späteres Pensionsalter für weibliche Offiziere verfassungsmäßig; *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313 (1977): Vorzugsbehandlung von Frauen im Kontext der Sozialversicherung verfassungsmäßig; *California Federal Savings and Loan Association v. Guerra*, 479 U.S. 272 (1987): Mutterschaftsurlaub verfassungsmäßig. Siehe aber *Miami University Wrestling Club et al. v. Miami University*, US Court of Appeals for the 6th Circuit, 302 F. 3d 608, 615 (2002) zu Title IX als asymmetrische Schutznorm nur zugunsten von Frauen.

metrische Prüfung zwischen “positiver” und “negativer” Geschlechtsdiskriminierung einzuführen. Es bleibt abzuwarten, wann und wie der Supreme Court das juristische Verwirrspiel in Sachen Frauenförderung auflösen wird.

V. Lehren für Europa?

Europäische Praktiker und Theoretiker der positiven Aktionen orientieren sich standardmäßig an den USA.¹⁵⁹ Es ist nicht ausgeschlossen, dass diese (einseitige) Ausrichtung die Herausbildung einer den USA angenäherten europäischen Strategie gefördert hat – ironischerweise in einer Phase, in der die amerikanische *Affirmative Action* an politischer Unterstützung verliert.

Sowohl im amerikanischen Verfassungsrecht als auch im Gemeinschaftsrecht wird das Problem der umgekehrten Diskriminierung als abwägungsfähiger Konflikt zwischen kollidierenden Rechtsgütern bzw. Interessen konstruiert. Überdies ähneln die Abwägungsergebnisse der amerikanischen Gerichtsbarkeit denen der europäischen Rechtsprechung zu Frauenquoten.¹⁶⁰

Die Kongruenz dieser Ergebnisse ist bedeutsam, weil die relevanten gesellschaftlichen und verfassungsmäßigen Rahmenbedingungen in den USA und in Europa gerade nicht konform laufen: Die amerikanische *Affirmative Action* ist primär auf historisch und aktuell benachteiligte ethnische Gruppen, vor allem auf Afroamerikaner gerichtet. Frauen erscheinen hier eher als Trittbrettfahrerinnen: “If we lose affirmative action on the basis of race, we will eventually lose it on the basis of gender.”¹⁶¹ Die historische Entwicklung in Europa verlief genau umgekehrt: Die positiven Aktionen wurden für Frauen eingeführt und erst in neuerer Zeit auf ethnische Minderheiten ausgeweitet. Im einschlägigen, aktuellen europäischen Aktionsprogramm heißt es: “Die in vielen Jahren erworbene Erfahrung mit der Bekämpfung bestimmter Formen der Diskriminierung, einschließlich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, kann auch für die Bekämpfung anders gearteter Diskriminierungen von Nutzen sein.”¹⁶²

Hinzu kommt, dass europaweit verbreitete Verfassungsprinzipien wie explizite Diskriminierungsverbote und Gleichstellungszielbestimmungen, die Idee der sozialen Sicherheit und die Anerkennung staatlicher Schutzpflichten als rechtliche Zusatzargumente für die Rechtfertigung positiver Aktionen herangezogen werden.

¹⁵⁹ Siehe statt vieler Appelt/Jarosch (Hrsg.) (Anm. 13), darin insb. Luisa Antonioli Delorain, *Affirmative Action in the US: the Legal Dimension*, 81-109.

¹⁶⁰ Zu den Anforderungen an Fördermaßnahmen gehören in beiden Rechtsordnungen die Flexibilität, die Berücksichtigung der konkreten Situation der benachteiligten Konkurrenten, die Erwägung neutraler Alternativen und die möglichst enge Begrenzung der umgekehrten Diskriminierung.

¹⁶¹ Eleanor Smeal (Präsidentin der Feminist Majority Foundation), *Feminist Daily News*, 16.01.2003, <<http://www.feminist.org/news/newsbyte/uswirestory.asp?id=7441>>, besucht am 13.12.2004.

¹⁶² Beschluss des Rates vom 27.11.2000 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006), 2000/750/EG, ABl. 2000 L 303/23, Rn. 7.

Demgegenüber dürfte das amerikanische Grundrechtsverständnis individualistischer als in den meisten europäischen Verfassungsordnungen sein, und die sozialen Aufgaben des Staates sind weniger umfangreich. Diese beiden amerikanischen Rechtsaspekte sind eher *Affirmative Action*-feindlich. Sie erklären möglicherweise die amerikanische Ablehnung von Quoten (im Unterschied zur Akzeptanz von "good faith goals"). Der diesbezügliche politische und juristische Konsens manifestiert sich in Gerichtsurteilen, Normtexten (bis hin zu Verwaltungsvorschriften) und in aktuellen Gesetzgebungsprojekten.¹⁶³ In Europa sind Quoten nicht derart tabuisiert. Der EuGH hat sogar – unter engen Voraussetzungen – Quoten zugunsten von lediglich "fast gleichwertigen" Bewerberinnen gebilligt.¹⁶⁴

In Bezug auf Frauenfördermaßnahmen liefert der transatlantische Rechtsvergleich ein Indiz für deren tatsächliche Eignung, die eine *conditio sine qua non* ihrer Verfassungsmäßigkeit ist. In den USA existieren seit längerer Zeit und auch auf breiterer Front Frauenfördermaßnahmen als in Europa. Parallel dazu ist tatsächlich ein höherer Frauenanteil in Politik und Wirtschaft (in Führungspositionen) zu verzeichnen. Eine tragfähige Vermutung für die Mit-Ursächlichkeit und damit für die prinzipielle Eignung von Frauenförderungsrecht und -politik ist somit durch die vergleichende Beobachtung etabliert, die allerdings durch bisher ausstehende empirische Untersuchungen erhärtet werden müsste. Im Gegensatz dazu divergiert in Bezug auf *Affirmative Action* für Minderheiten die faktische Ausgangslage in den USA und Europa so sehr, dass aus der tatsächlichen Repräsentation von Minderheitenangehörigen im amerikanischen wirtschaftlichen und politischen Leben kaum Schlüsse für Europa gezogen werden können.

Letztlich zeigt der Blick über den Atlantik, dass im Rahmen der sowohl in Europa als auch den USA relativ weiten (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben die Praxis und die juristische Bewertung von *Affirmative Action* bzw. von positiven Aktionen stark von außerrechtlichen Faktoren wie der aktuellen politischen Konstellation, dem Zeitgeist, dem historischen Erbe etc. beeinflusst sind, möglicherweise stärker als von genuin juristischen Argumenten.¹⁶⁵ In gewisser Weise korrespondierend zu dieser Tatsache drängt sich der Verdacht auf, dass die Macht des Rechts bei der Bekämpfung gesellschaftlicher Diskriminierung, insbesondere der Rassen- und Geschlechterdiskriminierung, begrenzt ist.

Summa summarum kann das Studium eines ausländischen Rechtsregimes, wie der US-amerikanischen *Affirmative Action*, nicht sinnvollerweise darauf abzielen,

¹⁶³ So stellt der anhängige Vorschlag zur Verhinderung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung klar, dass Vorzugsbehandlung und Quoten verboten sind. Employment Non-Discrimination Act von 2001, Sec. 8 des Vorschlags (Vorschlag im Senat: 1284, 107th Congress, introduced 31 July 2001; identischer Vorschlag im Repräsentantenhaus: H. R. 2692, 107th Congress, introduced 31 July 2001); Status der Vorlagen und Text einsehbar unter <<http://thomas.loc.gov/>>, besucht am 13.12.2004.

¹⁶⁴ *Abrahamsson* (Anm. 37), Rn. 62.

¹⁶⁵ *Antonioli Deflorian* (Anm. 159), 101: "[T]he legal framework is extremely weak, and ... its contribution to the solution of this problem seems almost entirely limited to giving a (not always) suitable form to a primarily political decision."

rechtliche Instrumente und Verfahren *tel quel* auf Europa zu übertragen. Der vergleichende Blick fördert aber die kritische Distanzierung von der vertrauten Rechtsordnung und erlaubt es uns, die eigene kulturelle Borniertheit zu überwinden.¹⁶⁶ Die Rechtsvergleichung ist (im Kontext der positiven Aktionen genau wie in anderen Zusammenhängen) eine “Schocktherapie”¹⁶⁷ – nicht mehr und nicht weniger.

Summary¹⁶⁸

Affirmative Action à l'Américaine – Paradigm for Europe?

In Europe, measures to combat racism, to integrate members of ethnic minorities and to promote disadvantaged groups are becoming more and more popular. Moreover, the classic European programmes to overcome the discrimination of women by means of “positive action”, as conceived in the 1980s, continue. European practice is oriented towards the United States, which has a long history of affirmative action. However, knowledge about the legal details of the American policies is not readily available in Europe. This paper seeks to provide some information in this regard.

Part I of the paper gives some data on the positioning of women and minorities in public and professional life both in the United States and in Europe (racial and gender wage-gap; under-representation in leading positions in academia, business, and politics). It is generally agreed that these disparities are at least in part due to discrimination and that some form of governmental action is needed to improve the situation.

Part II of the paper surveys the fields in which affirmative (or, as it is called in Europe, “positive”) action may be taken. These are the civil service, education, private business and politics. In all of these fields, the most extreme and in legal terms most problematic form of affirmative action is reverse discrimination. In this context, the notions of weak and strong reverse discrimination and of goals and quotas deserve explanation.

Part III sketches the EU legal framework for positive action of the EU Member States. On the level of Union law, these policies were initially regulated only with regard to women. Specific European provisions together with the ECJ’s case-law allow for and at the same time limit the positive action policies of the Member States. The two European anti-discrimination directives adopted in 2000 extend the concept of positive action to members of disadvantaged ethnic and racial groups, without however compelling Member States to engage in such policies.

Part IV, the main part of the paper, gives an overview of the American state of the law in the field of affirmative action for minorities and for women. We first explain the notion, the

¹⁶⁶ Vgl. Anne Peters/Heiner Schwenke, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, *International and Comparative Law Quarterly* 49 (2000), 800-834.

¹⁶⁷ Mary Ann Glendon, *Comparative Law as a Shock treatment*, A tribute to Jacob W. F. Sundberg, in: Erik Nerep/Wiweka Warnling-Nerep (Hrsg.), *Särtyck ur: Festschrift till Jacob W. F. Sundberg* (1993), 69 (69); Susanne Baer, *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, *ZaöRV* 64 (2004), 735 (739).

¹⁶⁸ Summary by the authors.

beneficiaries, and the political development of this policy from the 1960s to the present. We then describe the legal bases, the legal instruments, and the managing institutions in the main fields of affirmative action, namely in federal contracting, federal employment, and with regard to the admission of students to higher education. These policies must comply with the prohibitions on discrimination, as embodied in the Constitution's Equal Protection Clause, in the Due Process Clause and in Titles VI, VII, and IX of the Civil Rights Act. The exact scope of the anti-discrimination norms which form both the statutory bases and the legal limits of affirmative action has been defined in the case-law. The American Supreme Court, in 1995, established a principle of consistency, stating that "reverse" discrimination must be scrutinized as strictly as traditional discrimination. This means that affirmative action in favour of ethnic minorities must serve a compelling interest and must be narrowly tailored ("strict scrutiny"). In the *Grutter* judgment of 2003 concerning university admissions, the American Supreme Court for the first time clearly held that the diversity of the student body may constitute a compelling state interest.

Governmental measures which draw a distinction on the basis of sex must normally withstand the so-called "intermediate scrutiny": They must serve important governmental objectives and the distinction must be substantially related to these objectives. The Supreme Court has so far decided only one case of affirmative action for women, in which, due to procedural reasons, it was applying only Title VII and not constitutional law. It is therefore not yet settled whether the Equal Protection Clause requires affirmative action for women to satisfy in a symmetrical fashion (only) "intermediate", but not "strict" scrutiny. Lower courts apply either "strict" or "intermediate" scrutiny to gender affirmative action cases. An open question in this context is whether sexual diversity in education is a legitimate ("important" or even "compelling") objective in terms of equal protection scrutiny. If the Supreme Court decided to scrutinize affirmative action for women symmetrically to the intermediate scrutiny of traditional discrimination of women, and thus less strictly than affirmative action for minorities, this would have the anomalous consequence of making affirmative action for women easier to justify than affirmative action for minorities.

In the final Part V, we discuss to what extent the designers of European programmes of positive action may benefit from the American experience. The historical development of affirmative (positive) action policies has been quite different in both legal orders. While American affirmative action was invented for African-Americans, with women benefiting from a free-rider effect, European positive action was initiated for women and has only very recently been extended to ethnic minorities. The transatlantic legal comparison suggests (at least with respect to women), that the long-standing practices of affirmative action did indeed contribute to an increase of female representation in high-level positions. Legal comparison also reveals that affirmative action is more widespread in the United States than in Europe despite a comparatively hostile constitutional framework. This observation allows the conclusion that affirmative action policies are strongly influenced by extra-legal factors such as the legacy of the past or the current political constellation. Ultimately, our legal comparison did not identify concrete models which could be transferred to Europe. But this should in any case not be the objective of comparative research. Instead, legal comparison proves, in the context of affirmative action as in other areas, to be a "shock treatment" – no more and no less.