

# »Umgekehrte Rassendiskriminierung« und Gleichbehandlungsgebot in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung

Zum *Bakke*-Urteil des U.S. Supreme Court vom 28. Juni 1978

*Ulrich Beyerlin\**)

## Einleitung

- A. Die verfassungsrechtliche Behandlung des Rassendiskriminierungsproblems durch den U.S. Supreme Court: Von *Dred Scott* (1857) bis *Bakke* (1978)
- B. Das *Bakke*-Urteil des U.S. Supreme Court vom 28. Juni 1978
  - I. Sachverhalt
  - II. Die zentralen Aussagen des *Bakke*-Urteils
  - III. Die tragenden Entscheidungsgründe
- C. Anmerkungen zum *Bakke*-Urteil
  - I. Die Frage der Intensität richterlicher Kontrolle (Prüfungsdichte) gegenüber Akten der anderen Gewalten
  - II. Der verfassungsrechtliche Wertkonflikt im *Bakke*-Urteil
- D. Rechts- und gesellschaftspolitische Konsequenzen des *Bakke*-Urteils
  - I. Einzelfall- oder Grundsatzentscheidung?
  - II. Konsequenzen des *Bakke*-Urteils für die Zulassungspraxis amerikanischer Universitäten?

## *Einleitung*

Die Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Regents of the University of California v. Bakke* vom 28. Juni 1978 <sup>1)</sup> ist von der amerikanischen Öffentlichkeit und in juristischen Fachkreisen mit ungewöhnlicher Spannung erwartet und vielfach schon im voraus als bislang wichtigster Meilenstein

---

\*) Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Institut.

<sup>1)</sup> 98 S.Ct. 2733 (1978).

nach der bahnbrechenden Entscheidung *Brown v. Board of Education* von 1954<sup>2)</sup> in der geschichtsträchtigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Rassendiskriminierungsproblem apostrophiert worden. Diese Entscheidung ist, gleichgültig, ob sie nun den allgemein in sie gesetzten hohen Erwartungen tatsächlich in allen Teilen gerecht geworden ist, in jedem Falle bedeutsam genug, um sich mit ihren Aussagen zum Gleichbehandlungsgebot im Falle der »umgekehrten Rassendiskriminierung« (*reverse discrimination*) einmal näher zu befassen.

Wenn hier über die eigentliche Berichterstattung hinaus einige Anmerkungen zum *Bakke*-Urteil gemacht werden, so können diese von vornherein keinen Anspruch darauf erheben, die mit dem *Bakke*-Fall verbundene rechtliche und gesellschaftspolitische Problematik auch nur annähernd erschöpfend zu analysieren: Zum einen beschränken sie sich auf die verfassungsrechtlichen Aspekte des Falles, also auf die Frage der Vereinbarkeit von Bevorzugungen farbiger Studienbewerber gegenüber weißen im Rahmen eines universitären Zulassungsverfahrens mit der *Equal Protection Clause* des 14. Amendments der amerikanischen Verfassung; die im *Bakke*-Urteil von vier Richtern vertretene Ansicht, wonach solche Bevorzugungen bereits einem Bundesgesetz, nämlich dem Civil Rights Act von 1964, widersprechen, soll deshalb hier nicht näher kommentiert werden. Zum anderen kann dieses außerordentlich komplexe und in seiner rechts- und gesellschaftspolitischen Tragweite nur schwer deutbare Urteil deshalb hier nur vorläufig eingeschätzt werden, weil die inneramerikanische Diskussion über diese Supreme Court-Entscheidung gerade erst richtig in Gang zu kommen scheint<sup>3)</sup>.

---

<sup>2)</sup> 74 S.Ct. 686 (1954).

<sup>3)</sup> Nach Abschluß des Manuskripts wurden dem Verf. noch folgende das *Bakke*-Urteil des U.S. Supreme Court kommentierende Aufsätze bekannt: W. M. Cassetta/P. L. Quaglia, Jr., *Reverse Discrimination – The Assault Against Affirmative Action*, *Detroit College of Law Review* (1979), S. 89 ff.; Tribe, *Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness, or Structural Justice?*, *Harvard Law Review*, Bd. 92 (1979), S. 864 ff.; A Symposium: *Regents of the University of California v. Bakke* (mit Beiträgen von D. A. Bell, Jr., V. Blasi, R. G. Dixon, Jr., R. K. Greenawalt, L. Henkin, R. M. O’Neil, R. A. Posner, E. Chen und B. Robinson), *California Law Review*, Bd. 67 (1979), S. 1 ff.; R. Goetz, *Labor Law Decisions of the Supreme Court During the 1977 Term*, *Industrial Relations Law Journal*, Bd. 3 (1979), S. 1 ff. (mit einer Kommentierung des *Bakke*-Urteils, S. 2 ff.).

*A. Die verfassungsrechtliche Behandlung des Rassen-  
diskriminierungsproblems durch den U.S. Supreme Court:  
Von Dred Scott (1857) bis Bakke (1978)*

1. In einer nun schon mehr als 120jährigen Entscheidungskette ist das *Bakke*-Urteil nur der jüngste bedeutende, gewiß aber noch lange nicht der letzte Versuch des Supreme Court, mit dem »amerikanischen Dilemma« fertig zu werden, nämlich dem Widerspruch zwischen dem schon in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776 als *self-evident truth* bezeichneten Bekenntnis zum Grundsatz *all men are created equal* einerseits und der damals verbreiteten Sklaverei bzw. heute noch schwelenden Rassendiskriminierung andererseits.

Den Ausgangspunkt der Auseinandersetzung des höchsten Gerichtes mit diesem Problem bildet die Entscheidung in *Dred Scott v. Sandford* von 1857<sup>4)</sup>, die – in korrekter Auslegung der die Sklaverei an mehreren Stellen zwar versteckt, aber doch unzweideutig tolerierenden Verfassung von 1789<sup>5)</sup> – zu der fatalen Gleichsetzung eines Sklaven mit einem "ordinary article of merchandise and property" kommt und die Schwarzen in ihrem damaligen verfassungsrechtlichen Status charakterisiert als "... beings of an inferior order ... altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit"<sup>6)</sup>.

Nach dem Sieg der Unionstruppen über die Konföderierten im amerikanischen Bürgerkrieg sorgten in den Jahren 1865 bis 1875 drei Bürgerrechtsgesetze<sup>7)</sup> und vor allem drei Verfassungszusätze<sup>8)</sup> für eine ent-

4) 19 How. 393.

5) Siehe Art. I Abs. 2 und 9, und Art. IV Abs. 2 der amerikanischen Verfassung.

6) 19 How. 451, 407.

7) Civil Rights Acts von 1866 (14 Stat. 27), von 1870/71 (16 Stat. 140; 16 Stat. 433) und von 1875 (18 Stat. 335).

8) 13. Amendment von 1865: "Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction" (Abs. 1);

14. Amendment von 1868: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" (Abs. 1);

scheidende rechtliche Emanzipation der Schwarzen, die deren Versklavung und gesellschaftlicher Ächtung ein Ende zu bereiten schien: das 13. Amendment untersagte die Sklaverei; das 14. Amendment (1. Abs.) erklärte die ehemaligen Sklaven zu amerikanischen Staatsbürgern, stattete sie mit allen wichtigen Bürgergrundrechten aus (*Privilege Clause*) und stellte sie in verfahrens- und materiellrechtlicher Hinsicht unter den Schutz der Gesetze der Staaten bei Beachtung des Gleichheitssatzes (*Due Process Clause* und *Equal Protection Clause*); und das 15. Amendment räumte den Schwarzen das Wahlrecht ein.

Die Bedeutung und Tragweite dieser nach Bürgerkriegsende verabschiedeten Bürgerrechtsgesetze und Verfassungsamendments und deren Verhältnis untereinander können hier nicht im einzelnen aufgezeigt werden<sup>9)</sup>. Zum besseren Verständnis der Entwicklung der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung zum Problem der Rassendiskriminierung sei daher an dieser Stelle nur so viel gesagt:

Zwar führte das 13. Amendment mit dem Verbot der Sklavenhaltung die Schwarzen aus dem Zustand völliger Rechtlosigkeit heraus und war insoweit bahnbrechend; die nachhaltigere Wirkung auf das künftige Los der schwarzen Minderheit ging aber schon frühzeitig vom 14. Amendment und dabei insbesondere von der *Equal Protection Clause* aus. Entgegen der Absicht seiner Verfasser konnte nämlich das 13. Amendment gemäß den Entscheidungen des Supreme Court in den *Slaughter-House*-Fällen<sup>10)</sup> und in den *Civil Rights*-Fällen<sup>11)</sup> damals nicht als Norm zum Schutze der Grundrechte allgemein, sondern lediglich als Verbot der Sklaverei im engen Sinne Geltung erlangen, was sich vor allem deshalb für den Schutz der Neger nachteilig auswirkte, weil das 13. Amendment als einziges der drei Bürgerrechtsamendments unmittelbare Drittwirkung entfaltet

---

15. Amendment von 1870: "The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude" (Abs. 1).

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung von Heide Steinberger, Rassendiskriminierung und Oberster Gerichtshof in den Vereinigten Staaten von Amerika (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 49) (1969), S. 24 ff.; dies., Das Problem der Rassendiskriminierung in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten von Amerika, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N.F. Bd. 20 (1971), S. 394 ff.

<sup>10)</sup> 16 Wall. 36 (1873).

<sup>11)</sup> 3 S.Ct. 18 (1883).

und damit eine wichtige Waffe gegen die gesellschaftliche Diskriminierung der Schwarzen hätte abgeben können<sup>12)</sup>.

Die Entstehungsgeschichte der *Equal Protection Clause* des 14. Amendments belegt, daß durch diese Klausel vorrangig die Schwarzen geschützt werden sollten<sup>13)</sup>. Den *Black Freedom*-Charakter des 14. Amendments unterstreichen auch einige frühe Entscheidungen des Supreme Court, wenngleich sie mit dieser eher restriktiven Auslegung zum Teil auch bezweckt haben mögen, einer zu starken Ausweitung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Abs. 5 dieses Amendments auf Kosten der Staaten vorzubauen<sup>14)</sup>.

Die Gegner der Rassenintegration versuchten aber schon bald die Verbotswirkung der *Equal Protection Clause* mit der These zu unterlaufen, diese Klausel verbiete zwar jegliche Ungleichbehandlung, nicht aber eine Segregation der Schwarzen.

Mit dieser *Separate but Equal*-Doktrin sah sich der Supreme Court erstmals 1873 in dem Fall *Railroad Co. v. Brown*<sup>15)</sup> konfrontiert, in dem es um die Rassentrennung in öffentlichen Verkehrsmitteln ging. Hatte der Oberste Gerichtshof hier noch dem Verlangen der schwarzen Klägerin rechtgegeben, in einem »weißen« Eisenbahnwagen fahren zu dürfen, so vollzog er mit seiner Entscheidung in *Plessy v. Ferguson* von 1896<sup>16)</sup> eine Kehrtwendung, die fast 60 Jahre lang das Verhältnis zwischen Schwarz und Weiß in beinahe allen Lebensbereichen prägen sollte: In diesem Urteil wurde ein Gesetz von Louisiana für verfassungsgemäß erklärt,

<sup>12)</sup> Erst in der Entscheidung *Jones v. Alfred A. Mayer Co.*, 88 S.Ct. 2186 (1968), wurden dem Kongreß vom Supreme Court weiterreichende Gesetzgebungskompetenzen aus dem 13. Amendment (Abs. 2) zugestanden.

<sup>13)</sup> Siehe hierfür A. Kinoy, *The Constitutional Right of Negro Freedom*, Rutgers Law Review, Bd. 21 (1966/67), S. 387 ff., sowie R. A. Sedler, *Racial Preference, Reality and the Constitution: Bakke v. Regents of the University of California*, Santa Clara Law Review, Bd. 17 (1977), S. 365 ff.; A. Broderick, *Preferential Admissions and the Brown Heritage*, North Carolina Central Law Journal, Bd. 8 (1977), S. 125 ff. — Vgl. allgemein zur Entstehungsgeschichte der *Equal Protection Clause* z. B. J. P. Frank/R. F. Munro, *The Original Understanding of "Equal Protection of the Laws"*, Columbia Law Review, Bd. 50 (1950), S. 131 ff.; A. M. Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, Harvard Law Review, Bd. 69 (1955), S. 1 ff.; R. Harris, *The Quest for Equality* (1960).

<sup>14)</sup> Siehe *Slaughter-House-Fälle*, a.a.O. (Anm. 10); *Ex parte Virginia*, 100 U.S. 339 (1880); *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880). Vgl. hierzu wiederum Broderick, a.a.O. (Anm. 13), S. 125 f.

<sup>15)</sup> 17 Wall. 445 (1873).

<sup>16)</sup> 16 S.Ct. 1138.

das allen Eisenbahngesellschaften die Bereitstellung getrennt-rassiger Fahrmöglichkeiten vorgeschrieben und für Schwarze das Fahren im »falschen« Wagen unter Strafe gestellt hatte. In der Begründung hierzu heißt es:

“The object of the (14th) amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but in the nature of things it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either . . .<sup>17)</sup> We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it”<sup>18)</sup>.

Als entscheidendes Kriterium bei der Prüfung der Vereinbarkeit dieses Gesetzes mit dem 14. Amendment nahm der Supreme Court in *Plessy v. Ferguson* die *reasonableness* der getroffenen Regelung, wobei er dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum zugestand; seiner Meinung nach hielt das Gesetz diesem Test stand<sup>19)</sup>.

In seiner berühmt gewordenen *dissenting opinion* widersetzte sich Richter Harlan als einziger dem Urteilsspruch der Mehrheit, den er als ebenso verhängnisvoll wie die *Dred Scott*-Entscheidung verurteilte. Er führte u. a. aus:

“I deny that any legislative body or judicial tribunal may have regard to the race of citizens when the civil rights of those citizens are involved . . . The white race deems itself to be the dominant race in this country . . . But in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There ist no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law . . .”<sup>20)</sup>.

Der Festschreibung des *Separate but Equal*-Status der Schwarzen durch den Supreme Court in *Plessy v. Ferguson* korrespondierten zwei im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts durch den Dualismus zwischen Bund und Gliedstaaten gekennzeichnete Entwicklungen zum Nachteil der Schwarzen: Zum einen war der Supreme Court zu dieser Zeit wenig geneigt, die Staaten zur Erfüllung ihrer Handlungspflicht zugunsten der Schwarzen aus dem 14. Amendment anzuhalten; mit *Plessy v. Ferguson* gab er vielmehr den Staaten fast schon einen Freibrief zur gesetzlichen Sanktionierung

---

<sup>17)</sup> *Ibid.*, S. 1140

<sup>18)</sup> *Ibid.*, S. 1143.

<sup>19)</sup> *Ibid.*

<sup>20)</sup> *Ibid.*, S. 1145 f.

der von den Weißen damals gehegten Rassenvorurteile<sup>21</sup>). Zum anderen machte der Oberste Gerichtshof die durch die Privilegienklausel (Abs. 1) und die Verleihung einer Gesetzgebungskompetenz an den Kongreß (Abs. 5) im 14. Amendment nach Bürgerkriegsende intendierte Veränderung der Staatsstruktur zugunsten des Bundes dadurch weitgehend hinfällig, daß er ein Eingreifen des Kongresses nur im Falle einer positiven Verletzung des 14. Amendments durch einen Gliedstaat für zulässig erachtete<sup>22</sup>) und dem Kongreß darüber hinaus nur ein gegen die Staaten, nicht aber gegen Private gerichtetes Legiferieren gestattete<sup>23</sup>).

2. Erst ab Mitte der dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts begann der Supreme Court, sich für eine Verbesserung der Rechte der Schwarzen einzusetzen. Auch dieser schließlich zur ausdrücklichen Abkehr von der *Separate but Equal*-Doktrin in *Brown v. Board of Education* im Jahre 1954<sup>24</sup>) führende Wandlungsprozeß in der Supreme Court-Rechtsprechung ist im Kontext mit dem damals zu beobachtenden Kompetenzzuwachs des Bundes auf Kosten der Gliedstaaten zu sehen.

Für eine beträchtliche Erweiterung des Rechtsschutzes der Schwarzen und damit zugleich der Eingriffsbefugnisse des Bundes sorgte der Supreme Court durch eine im Laufe der Jahre immer extensivere Bestimmung des Begriffs der *State action*<sup>25</sup>), gegen die sich der Diskriminierungsschutz des 14. Amendments und dementsprechend auch die Interventionsmöglichkeiten des Kongresses allein richteten. Durch eine ganze Reihe rechtspolitisch begrüßenswerter, wenn auch dogmatisch teilweise anfechtbarer Entscheidungen wurde ein wachsender Kreis von Diskriminierungshandlungen Privater den *State actions* zugeschlagen und damit der verfassungsrechtlichen Überprüfung nach dem 14. Amendment unterworfen. Als »staatlich« wurden danach etwa die Abhaltung der *primaries*<sup>26</sup>), die Betätigungen Privater auf Grund staatlicher Zuschüsse oder im Zusammenwirken mit staatlichen Behörden<sup>27</sup>) und schließlich sogar die Durch-

<sup>21</sup>) Vgl. zu dieser Einschätzung der damaligen höchstrichterlichen Rechtsprechung Steinberger, a.a.O. (Anm. 9), S. 69 f.

<sup>22</sup>) So schon *Civil Rights-Fälle*, 3 S.Ct. 18, 21 (1883).

<sup>23</sup>) So erstmals in *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554, 555 (1876); weitere Nachweise aus der Rechtsprechung des Supreme Court siehe bei Steinberger, a.a.O. (Anm. 9), S. 72 ff.

<sup>24</sup>) 74 S.Ct. 686.

<sup>25</sup>) Ausführlich hierzu wiederum Steinberger, a.a.O. (Anm. 9), S. 80 ff.

<sup>26</sup>) *Smith v. Allwright*, 64 S.Ct. 757 (1944); *Terry v. Adams*, 73 S.Ct. 809 (1953).

<sup>27</sup>) *Mason v. City of Biloxi*, 87 S.Ct. 532 (1966); *United States v. Price*, 86 S.Ct. 1152 (1966); *United States v. Guest*, 86 S.Ct. 1170 (1966).

setzung privater Diskriminierung durch Gerichtsurteil (sog. Shelley-Doktrin)<sup>28)</sup> behandelt<sup>29)</sup>.

Solange *Plessy v. Ferguson* nicht aus dem Weg geräumt war, konnte die *Equal Protection Clause* dem Schutz der Schwarzen nur sehr begrenzt fruchtbar gemacht werden. Deshalb verlegte sich der Supreme Court bei seinem Bemühen um mehr Freiheiten für die Schwarzen zunächst stärker auf die *Due Process Clause* des 5. bzw. 14. Amendments. War diese Klausel bis dahin durch die Einbeziehung der »Vertragsfreiheit« in ihren Schutzbereich hauptsächlich den Interessen der Wirtschaft dienstbar gemacht worden<sup>30)</sup>, so wurde sie nunmehr als Grundlage für die Verpflichtung der Staaten zur Einhaltung aller entscheidenden Grundrechte herangezogen; dabei hob der Supreme Court erstmals auf die soziale Dimension der durch die *Due Process Clause* gewährleisteten »Freiheit« ab und machte somit den Weg für eine Sozialgesetzgebung frei, die gerade den unterprivilegierten Schwarzen zugute kam<sup>31)</sup>.

Einen Ausweg aus der *Separate but Equal*-Doktrin fand der Supreme Court schließlich vor allem in der *Interstate Commerce*-Klausel des Art. I Abs. 8 Satz 3 der Verfassung<sup>32)</sup> und in dem — auch Privatpersonen bindenden — *Interstate Commerce Act* von 1887<sup>33)</sup>, mit Hilfe derer er solche staatlichen Segregationsgesetze für ungültig erklärte, die in irgend-

---

<sup>28)</sup> *Shelley v. Kraemer*, 68 S.Ct. 836 (1948). — Die These der Shelley-Doktrin, der Staat mache sich durch die richterliche Sanktionierung einer privaten Diskriminierung selbst einer Diskriminierung schuldig, wäre im praktischen Ergebnis auf eine generelle Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes hinausgelaufen. Von dieser Doktrin haben in der Folgezeit nur noch einzelne Richter des Supreme Court Gebrauch gemacht. Vgl. hierzu Näheres bei W. Knapp, Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten und die Auslegung des Gleichheitssatzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N.F. Bd. 23 (1974), S. 430 f.

<sup>29)</sup> Nie eindeutig entschieden wurde vom Supreme Court hingegen, ob der Öffentlichkeit zugänglich gemachte private Betriebe (z. B. Restaurants) oder Grundstücke (z. B. Badestrände, Vergnügungsparks) als staatlich gelten konnten. Vgl. hierzu die zahlreichen bei Steinberger, a.a.O. (Anm. 9), S. 83 ff., nachgewiesenen Rechtsfälle.

<sup>30)</sup> Vgl. im einzelnen Steinberger, a.a.O. (Anm. 9), S. 60 f.

<sup>31)</sup> Die entscheidende Wende brachte die Entscheidung *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 57 S.Ct. 578 (1937), in der »Freiheit« im Sinne der *Due Process Clause* als "liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals and welfare of the people" interpretiert wurde (*ibid.*, S. 581).

<sup>32)</sup> Diese Klausel lautet: "(The Congress shall have Power) to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes".

<sup>33)</sup> 24 Stat. 379.



einer Form in den dem Bund vorbehaltenen zwischenstaatlichen Verkehr oder Handel übergreifen<sup>34)</sup>.

Die Zuhilfenahme eines solchen Kunstgriffes spiegelt deutlich das wachsende Mißbehagen des Supreme Court gegenüber seinem eigenen starren *Separate but Equal*-Konzept wider. So war es schließlich nur konsequent, daß sich der Oberste Gerichtshof in seiner epochalen Entscheidung *Brown v. Board of Education of Topeka* im Jahre 1954 endgültig<sup>35)</sup> von der Plessy-Doktrin lossagte und sich damit wieder die Möglichkeit eröffnete, für die rechtliche Gleichbehandlung der Farbigen auf der soliden argumentativen Basis der *Equal Protection Clause* einzutreten<sup>36)</sup>.

In *Brown v. Board of Education* stellte sich der Supreme Court einstimmig auf die Seite von schwarzen Schulkindern, die in vier verschiedenen Staaten vergeblich Zugang zu gemischtrassigen öffentlichen Schulen gefordert hatten. Unter Hinweis darauf, daß sich das Segregationsproblem an öffentlichen Schulen heute ganz anders stelle als zu Zeiten von *Plessy v. Ferguson*, trafen die Obersten Richter unter Zitierung einer vorinstanzlichen Entscheidung folgende richtungweisenden Aussagen:

“Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the Negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of the law, therefore, has a tendency to (retard) the educational and mental development of Negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial(ly) integrated school system’. Any language in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected. We conclude that in the field of public education the doctrine of ‘separate but equal’ has no place”<sup>37)</sup>.

<sup>34)</sup> Vgl. hierzu Steinberger, a.a.O. (Anm. 9), S. 126 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>35)</sup> Schon vor *Brown v. Board of Education* hatte der Supreme Court die *Separate but Equal*-Doktrin in einer Reihe von Entscheidungen dadurch etwas entschärft, daß er zunehmend strengere Anforderungen an die »Gleichheit« stellte, ohne aber die Verfassungsmäßigkeit der »Trennung« selbst in Frage zu stellen; vgl. z. B. *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 59 S.Ct. 232 (1938); *Sipuel v. Board of Regents*, 68 S.Ct. 299 (1948); *Sweatt v. Painter*, 70 S.Ct. 848 (1950); *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education*, 70 S.Ct. 851 (1950).

<sup>36)</sup> Tatsächlich bevorzugte der Supreme Court in der Folgezeit die *Equal Protection Clause* gegenüber der *Due Process Clause* und der *Interstate Commerce Clause* in zunehmendem Maße als rechtlichen Angelpunkt für seine Antidiskriminierungsrechtssprechung. Vgl. hierzu Knapp, a.a.O. (Anm. 28), S. 466 ff.

<sup>37)</sup> 74 S.Ct. 686, 691, 692 (1954).

In *Brown* war zwar lediglich über Fälle staatlicherseits offiziell zugelassener Segregation an öffentlichen Schulen zu befinden. Ob in dieser Entscheidung aber ausschließlich die *de iure*-Segregation an öffentlichen Schulen als Verstoß gegen die *Equal Protection Clause* gebrandmarkt werden sollte, *de facto*-Segregationserscheinungen also von vornherein für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten wurden, kann im Hinblick auf das prononcierte Bekenntnis der Richter in *Brown* zur Unverzichtbarkeit gleicher Ausbildungschancen für alle Kinder gleich welcher Hautfarbe als offen gelten<sup>38)</sup>.

Ungelöst ließ *Brown* auch die wichtige Frage der praktischen Durchsetzung des erlassenen Desegregationsgebotes. Ihr nahm sich der Supreme Court in seiner zweiten *Brown*-Entscheidung von 1955 an, in der er zu einem "prompt and reasonable start toward full compliance" mit *Brown I* und zu dessen Umsetzung in die Praxis "with all deliberate speed" aufforderte<sup>39)</sup>. In den folgenden zehn Jahren leisteten aber einige Südstaaten erwartungsgemäß massiven Widerstand gegen die befohlene Rassendesegregation an öffentlichen Schulen. In dieser Phase brach der Supreme Court nur einmal sein Schweigen, als der Gouverneur von Arkansas durch den Einsatz seiner Nationalgarde schwarze Kinder am Betreten einer »weißen« Schule gehindert hatte und durch Bundestruppen zur Erfüllung seiner Desegregationspflicht gezwungen werden mußte<sup>40)</sup>.

Mit *Brown v. Board of Education* war zwar der *Separate but Equal*-Doktrin ein Ende gesetzt, das Problem der Ungleichbehandlung rassistischer oder ethnischer Minderheiten allgemein aber noch keineswegs bewältigt.

3. Die sechziger Jahre brachten für die farbige Bevölkerung einige wichtige Fortschritte auf dem Wege zur rechtlichen Gleichstellung mit den Weißen. Nachdem mit *Brown I* eine eindeutig minderheitenfreundliche Rechtsprechungsphase des Supreme Court eingeleitet worden war, nahm sich nun auch der Kongreß nach fast 80jähriger Passivität wieder der Farbigen an, indem er eine Reihe bedeutsamer Bürgerrechtsgesetze er-

---

<sup>38)</sup> In diesem Sinne auch R. G. Dixon, Jr., *The Supreme Court and Equality: Legislative Classifications, Desegregation, and Reverse Discrimination*, Cornell Law Review, Bd. 62 (1976/77), S. 535 ff.

<sup>39)</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 75 S.Ct. 753, 756, 757 (1955).

<sup>40)</sup> In der Entscheidung *Cooper v. Aaron*, 78 S.Ct. 1401, 1410 (1958), bekräftigte der Oberste Gerichtshof, "that the interpretation of the 14th Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States . . .".

ließ<sup>41)</sup>. Im selben Zeitabschnitt sorgten die obersten Verfassungsrichter unter Chief Justice Warren in klarem Bewußtsein ihrer Verantwortung für die Minderheiten wiederum vornehmlich im Schulbereich für einen fortschreitenden Abbau der in den Südstaaten noch immer nicht ausgemerzten Segregationspraktiken<sup>42)</sup>. Ferner betrieb der Supreme Court die rechtliche Gleichstellung der Rassen etwa auf dem Gebiet des Wahlrechts<sup>43)</sup>, des Eigentums<sup>44)</sup> und der Auswahl von Geschworenen<sup>45)</sup>; eine der am hartnäckigsten verteidigten Rassenschranken fiel, als 1964 bzw. 1967 die staatlicherseits verfügten Verbote gemischtrassiger Geschlechts- bzw. Ehegemeinschaften für verfassungswidrig erklärt wurden<sup>46)</sup>.

Die Beseitigung der rassistischen Ungleichbehandlung in möglichst vielen Lebensbereichen war also das erklärte rechtspolitische Ziel des Warren Court. Dennoch wäre es vorschnell, hieraus folgern zu wollen, daß der Oberste Gerichtshof die *Equal Protection Clause* damals in dogmatischer Hinsicht als ein Gebot absoluter *color-blindness* verstanden habe, das keinerlei rassistische Differenzierung erlaubt hätte. Bis Ende der sechziger Jahre hatte sich der Gerichtshof nämlich ausschließlich mit der Frage abzugeben, wie der Diskriminierung rassistischer und ethnischer Minderheiten mit der *Equal Protection Clause* abgeholfen werden konnte. Das Problem der *reverse discrimination*, also einer angeblich rassistischen Benachteiligung

---

<sup>41)</sup> Civil Rights Act von 1957 (Public Law 85-315; 71 Stat. 634); Civil Rights Act von 1960 (Public Law 86-449; 74 Stat. 86); Civil Rights Act von 1964 (Public Law 88-352; 78 Stat. 241); Voting Rights Act von 1965 (Public Law 89-110; 79 Stat. 437). Die Rechtsprechung des Supreme Court zu diesen neuen Bürgerrechtsgesetzen ist ausführlich dargestellt bei Steinberger, a.a.O. (Anm. 9), S. 142 ff.

<sup>42)</sup> Insbesondere unter dem Deckmantel der *neighbourhood school policy* verfolgten zahlreiche Schulbehörden nach wie vor das Ziel, die Rassentrennung aufrechtzuerhalten; vgl. hierzu z. B. die Entscheidungen *Goss v. Knoxville Board of Education*, 83 S.Ct. 1405 (1963); *Rogers v. Paul*, 86 S.Ct. 358 (1965). — In *Griffin v. County School Board of Prince Edward County*, 84 S.Ct. 1226 (1964), wurde die Schließung öffentlicher Schulen, mit der das Desegregationsgebot umgangen werden sollte, für verfassungswidrig erklärt, da sich der Staat nicht auf diese Weise seiner Pflicht zur Aufhebung der Rassentrennung entziehen dürfe.

<sup>43)</sup> Vgl. die *reapportionment*-Entscheidungen z. B. in *Gray v. Sanders*, 83 S.Ct. 801 (1963); *Reynolds v. Sims*, 84 S.Ct. 1362 (1964); *Swann v. Adams*, 87 S.Ct. 569 (1967); *Avery v. Midland County, Texas*, 88 S.Ct. 1114 (1968).

<sup>44)</sup> Vgl. z. B. *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 88 S.Ct. 2186 (1968); *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 90 S.Ct. 400 (1969).

<sup>45)</sup> Vgl. z. B. *Turner v. Fouche*, 90 S.Ct. 532 (1970).

<sup>46)</sup> Siehe *Mc Laughlin v. Florida*, 85 S.Ct. 283 (1964), und *Loving v. Virginia*, 87 S.Ct. 1817 (1967).

Weißer durch Bevorzugung Farbiger, stellte sich dem Gericht damals deswegen noch nicht, weil der Staat bis dahin die rechtliche Minderstellung der Farbigen stets nur durch bestimmte rechtsangleichende Maßnahmen zu korrigieren versuchte, aber noch keine Kompensation des den Minderheiten zugefügten Unrechts durch aktive Förderprogramme (*affirmative actions*) anstrebte. Bis vor zehn Jahren fand also die *Equal Protection Clause*, soweit sie im Verhältnis zwischen der weißen Mehrheit und den rassistischen Minderheiten relevant wurde<sup>47)</sup>, in der Rechtsprechungspraxis des Supreme Court ausschließlich als Rechtsschutzgarantie für die diskriminierten Minderheiten, dagegen nicht als rassenneutraler (*color-blind*) Gleichheitssatz für *any person*, also für Farbige und Weiße, Anwendung<sup>48)</sup>.

4. Einige Entscheidungen des Supreme Court seit Ende der sechziger Jahre lassen tendenziell die Einsicht der Obersten Richter erkennen, daß sich die nach wie vor noch zu beobachtenden Benachteiligungen rassistischer Minderheiten durch rassenneutrale staatliche Korrekturmaßnahmen allein kaum wirksam und schnell genug beseitigen lassen würden, als Abhilfe hierfür vielmehr auch gewisse Bevorzugungen der Minderheiten gegenüber der weißen Mehrheit so lange gebilligt werden müßten, bis das Ziel einer echten Rassenintegration erreicht sein würde.

Richtungweisend für diese neue Rechtsprechungstendenz des Supreme Court waren wiederum einige Entscheidungen im Schulbereich, durch die Schulbehörden zu aktiven Integrationsschritten verpflichtet wurden, um der allzu schleppenden Verwirklichung bzw. teilweisen Umgehung des Desegregationsgebotes in *Brown v. Board of Education* in den Südstaaten entgegenzutreten.

Eingeleitet wurde diese »aktivistische« Desegregationspolitik des Supreme Court durch die Entscheidung in *Green v. New Kent County School Board* von 1968<sup>49)</sup>, in der der *freedom of choice*-Plan einer Schulbehörde als ungenügender Schritt zur Herbeiführung eines unitarischen Schulsystems abgelehnt und die Behörde auf ihre "affirmative duty" hingewiesen wurde, "to take whatever steps might be necessary to convert to a unitary system in which racial discrimination would be eliminated root and branch"<sup>50)</sup>.

---

<sup>47)</sup> Die Entwicklung der *Equal Protection Clause* außerhalb des Kontextes der Rassendiskriminierung interessiert hier nicht; vgl. dazu allgemein Knapp, a.a.O. (Anm. 28), S. 421 ff.; L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (1978), S. 991 ff.

<sup>48)</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter C 2.

<sup>49)</sup> 88 S.Ct. 1689 (1968).

<sup>50)</sup> *Ibid.*, S. 1694.

In *United States v. Montgomery County Board of Education* von 1969<sup>51)</sup> billigte der Supreme Court noch unter Chief Justice Warren zum ersten Mal den Gebrauch fester Quoten als Rassenintegrationsmittel, indem er die Anordnung eines Bundesrichters gegenüber einer Schulbehörde aufrechterhielt, wonach diese für ein ganz bestimmtes Zahlenverhältnis zwischen weißen und schwarzen Lehrern an den Schulen ihres Bezirkes zu sorgen hatte. In *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* von 1971<sup>52)</sup> bestätigten die Obersten Richter unter ihrem neuen Chief Justice Burger einstimmig die Verfassungsmäßigkeit eines von der Vorinstanz aufgestellten Desegregationsplanes, demzufolge jede Schule einen genau festgelegten Prozentsatz schwarzer Schüler aufzunehmen hatte, was zum einen durch eine dem Rassenproporz der Bevölkerung besser gerecht werdende Neugliederung der Schulbezirke, zum anderen durch einen Bus-Transport von Schülern der einen Rasse in entlegene Schulen mit andersrassigen Kindern bewirkt werden sollte. Was den Supreme Court entscheidend zur Aufrechterhaltung dieses Planes bewegte, war dessen Effektivität als Mittel zur Überwindung des dualistischen Schulsystems im konkreten Fall; so wird bezüglich der *racial quotas* im Urteil festgestellt: “. . . a school authority's remedial plan or a district court's remedial decree is to be judged by its effectiveness. Awareness of the racial composition of the whole school system is likely to be a useful starting point in shaping a remedy to correct past constitutional violations. In sum, the very limited use made of mathematical ratios was within the equitable remedial discretion of the District Court”<sup>53)</sup>. Die *Swann*-Entscheidung belegt, daß nach Auffassung des Supreme Court die Bevorzugung benachteiligter Minderheiten mittels eines rassistischen Quoten-Systems dann als verfassungsrechtlich unbedenklich gelten kann, wenn diese Maßnahme wirksam Abhilfe gegen verfassungswidrige *de iure*-Segregationspraktiken schafft.

---

<sup>51)</sup> 89 S.Ct. 1670.

<sup>52)</sup> 91 S.Ct. 1267. — In *North Carolina State Board of Education v. Swann*, einem *companion case* zu *Swann*, wurde ein *anti-busing*-Gesetz von North Carolina für verfassungswidrig erklärt; dort findet sich folgende grundlegende Aussage: “Just as the race of students must be considered in determining whether a constitutional violation has occurred, so also must race be considered in formulating a remedy. To forbid, at this stage, all assignments made on the basis of race would deprive school authorities of the one tool absolutely essential to fulfillment of their constitutional obligation to eliminate existing dual school systems”, 91 S.Ct. 1284, 1286 (1971).

<sup>53)</sup> *Ibid.*, S. 1280.

Die in *Swann* getroffene Unterscheidung zwischen *de iure*- und bloßer *de facto*-Segregation sollte sich für die Bestrebungen, auch in den nördlichen US-Staaten ein rassenintegriertes Schulsystem zu schaffen, als gravierendes Hindernis erweisen. Im Gegensatz zum Süden war die dortige Rassentrennung an öffentlichen Schulen nämlich meist nicht das Resultat entsprechender staatlicher Anordnungen, sondern der Flucht vieler Weißer aus den Stadtzentren in die *suburbs*, also eines freiwilligen segregierenden Siedlungsgebarens, das sich nur teilweise als Reaktion auf das schulische Desegregationsgebot in *Brown* erklären lassen dürfte. Daß die Tatsache eines erheblichen rassischen Ungleichgewichtes an öffentlichen Schulen nicht genügte, um die Bundesgerichte zum Erlaß von Desegregationsverfügungen zu bewegen, zeigt das erste Urteil des Supreme Court in einem »nördlichen« Schulfall *Keyes v. School District No. 1* von 1973<sup>54)</sup>. Dort wurde klargestellt, daß nur die *de iure*-Segregation, d. h. "a current condition of segregation resulting from intentional state action"<sup>55)</sup> als Verstoß gegen die *Equal Protection Clause* zu betrachten sei, weshalb es nachzuweisen gelte, daß die Schulbehörden "carried out a systematic program of segregation affecting a substantial portion of the students, schools, teachers, and facilities within the school system"<sup>56)</sup>. *Milliken v. Bradley* von 1974<sup>57)</sup> hielt den Weißen bereits deutlich die Option offen, sich den staatlichen Desegregationsanordnungen wie etwa dem *busing* durch ein Ausweichen in die *suburbs* zu entziehen; diese und einige weitere Entscheidungen<sup>58)</sup> signalisieren deutlich die wachsende Zurückhaltung des Burger Court gegenüber den Desegregationsbestrebungen im Schulbereich.

Im Zusammenhang mit der schulischen Rassendiskriminierungsproblematik ist auch noch auf die Entscheidung des Supreme Court in *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* von 1973<sup>59)</sup> hinzu-

---

<sup>54)</sup> 93 S.Ct. 2686.

<sup>55)</sup> *Ibid.*, S. 2696; weiter heißt es dort: ". . . the differentiating factor between *de jure* segregation and so-called *de facto* segregation . . . is purpose or intent to segregate" (S. 2697). Vgl. auch die Entscheidung *Washington v. Davis*, 96 S.Ct. 2040, 2047-50 (1976).

<sup>56)</sup> *Ibid.*, S. 2696.

<sup>57)</sup> 94 S.Ct. 3112 (1974).

<sup>58)</sup> *Pasadena City Board of Education v. Spangler*, 96 S.Ct. 2697 (1976); *Hills v. Gautreaux*, 96 S.Ct. 1538 (1976); Bestätigung der *Milliken*-Entscheidung; *Austin Independent School District v. United States*, 97 S.Ct. 517 (1977); *Dayton Board of Education v. Brinkman*, 97 S.Ct. 2766 (1977).

<sup>59)</sup> 93 S.Ct. 1278.

weisen. Dort wurde das damalige texanische Schulfinanzierungssystem, das die Kinder armer Familien gegenüber solchen wohlhabender Familien benachteiligte, für mit der *Equal Protection Clause* vereinbar gehalten, da es weder als Diskriminierung gegen irgendeine definierbare »arme« und somit im Sinne von *strict scrutiny* »suspekter« Bevölkerungsschicht noch als Eingriff in ein *fundamental right* betrachtet werden könne<sup>60)</sup>.

Die Problematik der *race-conscious affirmative actions* beschäftigte den Supreme Court jüngst auch in einem *reapportionment*-Fall und in einigen *employment discrimination*-Fällen.

In *United Jewish Organizations of Williamsburgh v. Carey* von 1977<sup>61)</sup> hielt der Oberste Gerichtshof einen Plan des Staates New York zur Wahlkreisneueinteilung aufrecht, der bewußt darauf abzielte, in einem bestimmten Bezirk von New York der farbigen Wählerschaft eine Mehrheit von 65 % zu verschaffen, um deren Unterlegenheit gegenüber den Weißen in anderen Bezirken zu kompensieren. Die Kläger, eine eng zusammenlebende Gemeinschaft Hassidischer Juden, die nach diesem Plan auf zwei getrennte Wahlbezirke verteilt und dadurch in ihrem Stimmengewicht halbiert worden wären, sahen in der Neueinteilung eine Verletzung ihrer Rechte aus dem 14. und 15. Amendment, weil sie allein wegen der dem Plan zugrundeliegenden rassischen Kriterien an einer wirksamen Ausübung ihres Wahlrechts gehindert würden. Die Obersten Richter wiesen diese Klage geschlossen zurück, allerdings mit drei verschiedenen Begründungen: Vier Richter erklärten den rassen-spezifischen Plan von New York trotz fehlenden Nachweises einer früheren *de iure*-Diskriminierung seitens des Staates für gültig, weil er mit dem Wahlrechtsgesetz von 1965 vereinbar sei. Drei Richter hoben ausschließlich darauf ab, daß die Verfassung es dem Staat gestatte, bewußt rassische Grenzziehungen vorzunehmen, sofern daraus keine rassische Stigmatisierung und keine Schmälerung des Stimmengewichts der weißen Wählerschaft insgesamt folgten. Zwei Richter schließlich hielten für entscheidend, daß der Plan eine Diskriminierung der Kläger aus rassischen Gründen weder bezweckte noch tatsächlich bewirkte; hingegen sei eine *racial awareness* bei der Wahlkreisneueinteilung durch den Gesetzgeber *per se* nicht verfassungswidrig. Inwieweit diese schwer deutbare Entscheidung des Supreme Court für die Beurteilung des *Bakke*-Falles relevant werden könnte, wird noch zu prüfen sein<sup>62)</sup>.

<sup>60)</sup> Anders der California Supreme Court in *Serrano v. Priest*, 487 P.2d 1241 (1971).

<sup>61)</sup> 97 S.Ct. 996.

<sup>62)</sup> Siehe weiter unten S. 541 f.

In einer Reihe von *employment discrimination*-Fällen<sup>63)</sup> hatte der Supreme Court die rechtliche Zulässigkeit von freiwilligen, d. h. nicht durch Gerichte zur verfassungsrechtlichen Pflicht erhobenen *affirmative actions* zur Verbesserung der Stellung der Farbigen im Arbeitsleben zu prüfen. Da sich die Klagen jeweils gegen private Arbeitnehmer richteten, also keine diskriminierenden *State actions* in Frage standen<sup>64)</sup>, wurden die betreffenden *affirmative actions* nicht nach der *Equal Protection Clause*, sondern nach Titel VII des Civil Rights Act von 1964<sup>65)</sup> beurteilt. Erwähnt sei hier lediglich die Entscheidung *Franks v. Bowman* von 1976, in der identifizierbaren Opfern rassistischer Diskriminierung im Hinblick auf den Civil Rights Act von 1964 ein Anspruch auf rückwirkende Beförderung zu Lasten anderer (weißer) Arbeitnehmer, die nach dem Zeitpunkt der Diskriminierung eingestellt worden waren, zugestanden wurde<sup>66)</sup>. Eine klare Linie läßt die bisherige Spruchpraxis des Supreme Court in der Frage der *affirmative actions* im Beschäftigungsbereich jedoch noch vermissen<sup>67)</sup>.

Die bisherigen höchstrichterlichen Stellungnahmen zur Frage der Rechtmäßigkeit gewisser rassistischer Bevorzugungen als Mittel zur Beseitigung der Folgen vergangener Rassendiskriminierung lassen schwerlich sichere und verallgemeinerungsfähige Schlüsse zu. Feststellen läßt sich immerhin, daß der Supreme Court in einzelnen Fällen gezielte rassistische Differenzierungen zugunsten von Minderheiten, die Opfer einer verfassungswidrigen *de iure*-Diskriminierung seitens des Staates geworden sind, selbst

---

<sup>63)</sup> *Franks v. Bowman Transportation Co.*, 96 S.Ct. 1251 (1976); *McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Company*, 96 S.Ct. 2574 (1976); *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 97 S.Ct. 1843 (1977).

<sup>64)</sup> Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von *affirmative actions* in *public employment*-Fällen ist vom U.S. Supreme Court bislang nicht entschieden worden. Eine Reihe von U.S. Circuit Courts of Appeals haben jedoch *racially preferential hiring quotas* insoweit für verfassungsgemäß erklärt, als sie *reasonable* sind und die Weißen nicht als Gruppe von künftigen Beschäftigungsmöglichkeiten ausschließen. Siehe hierfür z. B. die Entscheidung des U.S. Court of Appeals (8th Circuit) in *Carter v. Gallagher* (452 F.2d 315, *modified en banc*, 452 F.2d 327 (1971)); weitere Rechtsprechungsnachweise siehe bei Sedler, a.a.O. (Anm. 13), S. 377, Anm. 184.

<sup>65)</sup> 78 Stat. 241, 253.

<sup>66)</sup> 96 S.Ct. 1251, 1268-72.

<sup>67)</sup> Eine klarere Position wird der Supreme Court in dieser Frage vielleicht bei der Überprüfung des Urteils in *Weber v. Kaiser Aluminium & Chemical Corp.*, 563 F.2d 216 (5th Cir. 1977), beziehen müssen, das er nach Erlaß des *Bakke*-Urteils zur Entscheidung angenommen hat (siehe die Mitteilung in *The Economist* vom 16. 12. 1978, Bd. 269, Nr. 7059, S. 31 f.).



dann für verfassungsgemäß erklärt hat, wenn dadurch die Weißen gewisse Einbußen erlitten haben; rassische Differenzierungen sind also jedenfalls nicht *per se* verfassungswidrig. Zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit freiwilliger *affirmative actions* haben die Obersten Richter bisher jedoch noch in keinem Fall eindeutig Stellung genommen. Die rechtlichen Voraussetzungen für solche rassischen Bevorzugungen Farbiger, die zulässigen Modalitäten ihrer Ausgestaltung und deren rechtlich noch vertretbare Zeiterstreckung sind im einzelnen bisher ebensowenig geklärt wie die Frage, wo für die Weißen — als Individuen oder als Gruppe — die hierbei jeweils noch zumutbare Opfergrenze liegt<sup>68)</sup>.

Angesichts dieser vielen noch offenen Fragen mußte es bis zum *Bakke*-Urteil als offen gelten, wie der Supreme Court die von ihm noch nie entschiedene Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rassischer Differenzierungen zugunsten farbiger Studienbewerber im Rahmen eines universitären Zulassungsverfahrens beurteilen würde. Nachdem die Obersten Richter eine Stellungnahme zu dieser speziellen Problematik 1974 noch einmal vermeiden konnten, indem sie den ihnen vorgelegten Rechtsstreit in *DeFunis v. Odegaard*<sup>69)</sup> für erledigt erklärten<sup>70)</sup>, mußten sie nun in *Regents of the University of California v. Bakke* im letzten Jahr Farbe bekennen.

### B. Das *Bakke*-Urteil des U.S. Supreme Court vom 28. Juni 1978

#### I. Sachverhalt

Der Antragsgegner, ein weißer Amerikaner namens Bakke hatte sich in den Jahren 1973 und 1974 bei der Antragstellerin, der Medical School of the University of California in Davis, jeweils vergeblich um einen Studienplatz beworben. In beiden Jahren war über die Vergabe der damals verfügbaren 100 Studienplätze in zwei getrennten Zulassungsverfahren, dem *regular admissions program* und dem *special admissions program*, entschieden worden.

Im regulären Verfahren wurden alle Bewerber, die als *undergraduates* einen Notendurchschnitt von weniger als 2.5 (bei einer Punkteskala

<sup>68)</sup> Ähnlich auch W. Hauser, Rassengleichheit oder Chancengleichheit? Die Bakke-Entscheidung des U.S. Supreme Court, Europäische Grundrechte Zeitschrift, Jg. 5 (1978), S. 544.

<sup>69)</sup> Entscheidung des Washington Supreme Court in *DeFunis v. Odegaard*, 82 Wash. 2d 11; 507 P.2d 1169 (1973).

<sup>70)</sup> 94 S.Ct. 1704 (1974).

von 1 bis 4) erzielt hatten, von vornherein abgewiesen. Nur etwa jeder sechste Bewerber wurde zu einem Interview eingeladen. Auf der Grundlage dieses Interviews, des in der Schule erreichten Notendurchschnitts, der Ergebnisse eines speziellen Eignungstestes und anderer Qualifikationen bzw. Empfehlungen wurde dann für jeden Bewerber vom Zulassungsausschuß eine Gesamtpunktzahl festgesetzt, die über dessen Zulassung oder Abweisung entschied.

Im Sonderverfahren prüfte ein mehrheitlich aus Farbigen zusammengesetzter Ausschuß die Bewerbungen von »ökonomisch und/oder ausbildungsmäßig benachteiligten« Kandidaten (so im Jahr 1973) bzw. solchen, die Angehörige einer Minderheitengruppe — Schwarze, Hispanoamerikaner, Asiaten und Indianer — waren und als solche beurteilt zu werden wünschten (so im Jahre 1974). Jede Bewerbung wurde vom Vorsitzenden des Sonderausschusses auf Anhaltspunkte für eine wirtschaftliche oder ausbildungsmäßige Benachteiligung des betreffenden Kandidaten geprüft. Sonderbewerber, die diese erste Hürde nehmen konnten, wurden dann nach ähnlichen Gesichtspunkten wie die regulären beurteilt; den von diesen verlangten Mindestdurchschnitt mußten jene jedoch nicht vorweisen. Von den insgesamt 100 Studienplätzen waren 16 von vornherein fest für Sonderbewerber reserviert. Für die Vergabe dieser 16 Plätze schlug der Sonderausschuß dem regulären Ausschuß die jeweils besten Sonderbewerber vor, von denen zwar einzelne zurückgewiesen werden konnten, ohne daß dabei aber ein Vergleich zwischen regulären und Sonderbewerbern angestellt werden durfte<sup>71)</sup>.

Die Bewerbungen Bakkes waren 1973 und 1974 jeweils im regulären Verfahren geprüft und abgelehnt worden, obwohl er beide Male Punktbewertungen erzielt hatte, die diejenigen der im Sonderverfahren zum Studium zugelassenen Minderheitenbewerber beträchtlich übertrafen.

Nach seiner zweiten Ablehnung erhob Bakke Klage beim Superior Court of California, um seine Zulassung zum Studium in Davis zu erzwingen; er begründete seine Klage damit, daß er durch das Sonderverfahren der Universität — unter Verletzung seiner Rechte aus der

---

<sup>71)</sup> Von 1971 bis 1974 waren in diesem Sonderverfahren der Universität insgesamt 63 Minderheitenbewerber (21 Schwarze, 30 Hispanoamerikaner und 12 Asiaten), im regulären Verfahren insgesamt 44 Angehörige von Minderheiten (1 Schwarzer, 6 Hispanoamerikaner und 37 Asiaten) zum Studium angenommen worden. Obwohl sich auch zahlreiche »benachteiligte« Weiße im Sonderverfahren um ihre Zulassung bemüht hatten (erst 1974 wurde dieses Verfahren ausdrücklich auf Minderheitenbewerber beschränkt), erreichte kein einziger auf diesem Wege einen Studienplatz in Davis (vgl. 98 S.Ct. 2741).

*Equal Protection Clause* des 14. Verfassungsamendments<sup>72)</sup>, aus Art. I § 21 der kalifornischen Verfassung<sup>73)</sup> und aus Titel VI § 601 des Civil Rights Act von 1964<sup>74)</sup> — wegen seiner Rasse vom Studium ausgesperrt worden sei. Zwar wurde das Sonderzulassungsverfahren der Universität in erster Instanz für gesetzes- und verfassungswidrig erklärt; Bakkes Zulassung zum Studium wurde aber dennoch nicht angeordnet, da dieser den Nachweis schuldig geblieben sei, daß er bei Nichtexistenz des Sonderverfahrens einen Studienplatz erhalten hätte.

Der California Supreme Court entschied in seinem Berufungsurteil, daß das Sonderzulassungsverfahren gegen die *Equal Protection Clause* verstoße; auf die Frage einer möglichen Verletzung der kalifornischen Verfassung oder des Civil Rights Act ging er nicht ein. Der Gerichtshof räumte zwar ein, daß die rassische Integrierung des Arztberufes und die Anhebung der Zahl der zur Behandlung von Angehörigen der Minderheitengruppen bereiten Ärzte Ziele seien, die im zwingenden Staatsinteresse lägen; das Sonderverfahren der Universität sei aber nicht das am wenigsten einschneidende Mittel zur Erreichung dieser Ziele. Im Gegensatz zur Vorinstanz ordnete der California Supreme Court Bakkes Zulassung zum Studium in Davis mit der Begründung an, die Universität habe nicht darzulegen vermocht, daß Bakke auch bei Fehlen des Sonderverfahrens nicht zugelassen worden wäre.

Die Universität in Davis ersuchte schließlich den U.S. Supreme Court um Überprüfung des Berufungsurteils.

## II. Die zentralen Aussagen des *Bakke*-Urteils

Das Urteil setzt sich aus drei divergierenden und weiteren drei ergänzenden Voten zusammen; ihre zentralen Aussagen resultieren aus wechselnden Koalitionen zwischen dem die *Opinion of the Court* bildenden Einzelvotum von Richter Powell und den beiden diametral entgegengesetzten Gemeinschaftsvoten der Richter Brennan, White, Marshall

<sup>72)</sup> Siehe den Wortlaut der *Equal Protection Clause* oben Anm. 8.

<sup>73)</sup> "No special privileges or immunities shall ever be granted which may not be altered, revoked, or repealed by the Legislature; nor shall any citizen, or class of citizens, be granted privileges, or immunities which, upon the same terms, shall not be granted to all citizens".

<sup>74)</sup> "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".

und Blackmun einerseits und der Richter Stevens, Burger (Chief Justice), Stewart und Rehnquist andererseits. Für die beiden folgenden Kernsätze des Urteils haben sich jeweils verschiedene Richtermehrheiten ergeben:

1. Das Urteil der Vorinstanz wird insoweit bestätigt, als mit 5 gegen 4 Stimmen das Sonderzulassungsverfahren der Universität in Davis für rechtswidrig erklärt und die Zulassung Bakkes zum Medizinstudium angeordnet wird.

Zu dieser Mehrheitsauffassung haben sich Powell und die Vierer-Gruppe um Stevens zusammengefunden, während die Brennan-Gruppe in der Minderheit geblieben ist.

Diese Mehrheit der Fünf ist sich zwar im Ergebnis, aber schon nicht mehr über dessen Begründung einig gewesen. Gravierende Differenzen innerhalb dieser Gruppe haben sich nämlich bei der Bestimmung der Bedeutung des Titels VI § 601 des Civil Rights Act von 1964 im Verhältnis zur *Equal Protection Clause* des 14. Amendments gezeigt: Während sich nach Powell das gesetzliche Verbot rassistischer Diskriminierung im Civil Rights Act mit der *Equal Protection Clause* deckt (Powell hat sich insoweit mit der Minderheitengruppe um Brennan verbündet!), hat die Stevens-Gruppe dem fraglichen § 601 eigenständige Bedeutung zugemessen, das Sonderverfahren der Universität deshalb ausschließlich auf seine Vereinbarkeit mit dieser Bestimmung geprüft und im Ergebnis für gesetzeswidrig erklärt <sup>75)</sup>.

2. Das Urteil der Vorinstanz wird insoweit mit 5 gegen 4 Stimmen aufgehoben, als dort der Universität untersagt worden war, bei ihren künftigen Zulassungsentscheidungen die Rasse der Bewerber mit zu berücksichtigen.

Diese bedeutsame Feststellung in der Opinion of the Court Powells ist von der Brennan-Gruppe mit getragen worden. Streng genommen handelt es sich insofern um eine 5 : 0-Entscheidung, da sich die Richtergruppe um Stevens auf den Standpunkt zurückgezogen hat, der Supreme Court brauche über die Frage der Zulässigkeit künftiger *race-conscious programs* hier deshalb nicht zu befinden, weil in den Vorinstanzen inso-

---

<sup>75)</sup> Die prozessuale Vorfrage, ob Bakke als Privatperson aus Titel VI § 601 des Civil Rights Act überhaupt klagebefugt war, ist von 8 Richtern offen gelassen worden. Sie konnte dahingestellt bleiben, da sie in den Vorinstanzen weder geprüft noch entschieden worden war. Die Stevens-Gruppe hat aber in ihrem Gemeinschaftsvotum zu erkennen gegeben, daß sie Privaten eine Klagebefugnis aus § 601 zugestanden hätte, falls darüber zu entscheiden gewesen wäre. Demgegenüber hat Richter White als einziger ausdrücklich eine solche Klagebefugnis verneint.

weit keine generellen Aussagen, sondern lediglich Feststellungen zum konkreten Fall *Bakke* getroffen worden seien. Eine so restriktive Auslegung der entsprechenden vorinstanzlichen Urteilspassagen ist bei näherer Betrachtung jedoch kaum haltbar<sup>76</sup>).

### III. Die tragenden Entscheidungsgründe

Die wichtigsten Aussagen in den Gründen des *Bakke*-Urteils kreisen um drei Hauptfragen:

(1) Zwingen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Titels VI § 601 des Civil Rights Act bzw. der *Equal Protection Clause* des 14. Amendments zu dem Schluß, daß heute jegliche Ungleichbehandlung aus rassistischen Gründen, also auch jede Bevorzugung von Farbigen gegenüber Weißen zum Zwecke der Beseitigung der Folgen vergangener Rassendiskriminierung, gesetzlich und/oder verfassungsrechtlich *per se* untersagt ist?

(2) In welchem Maße ist die Frage der Vereinbarkeit solcher die Angehörigen von Minderheiten bevorzugenden rassistischen Differenzierungen mit der *Equal Protection Clause* gerichtlich nachprüfbar?

(3) Ist das Sonderzulassungsverfahren der Universität in seiner konkreten Ausgestaltung mit dem Verbot der Ungleichbehandlung in der *Equal Protection Clause* in Einklang zu bringen?

1. Frage (1): a) Die Stevens-Gruppe prüft — wie schon angedeutet — ausschließlich die gesetzliche Vereinbarkeit des Sonderverfahrens mit Titel VI § 601 des Civil Rights Act, den sie aus sich allein heraus als "broad prohibition against the exclusion of any individual from a federally funded program 'on the ground of race'" auslegt<sup>77</sup>). Ihrer Ansicht nach verstößt daher das die weißen Bewerber rassistisch diskriminierende Sonderzulassungsverfahren der Universität in Davis gegen dieses absolute Verbot der Ungleichbehandlung aus rassistischen Gründen.

b) Anders deuten Powell und die Brennan-Gruppe diesen § 601: Nach eingehender Untersuchung der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift gelangen sie übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß durch sie nur solche rassistischen Differenzierungen verboten werden, die die *Equal Protection Clause* des 14. Amendments verletzen würden.

<sup>76</sup>) Powell ist dieser engen Sicht in seinem Votum ausdrücklich entgegengetreten (98 S.Ct. 2738); zustimmend auch Hauser, a.a.O. (Anm. 68), S. 545.

<sup>77</sup>) 98 S.Ct. 2811.

Dieselben fünf Richter verstehen die *Equal Protection Clause* nicht als absolutes Gebot der »Farbenblindheit«, gegen das rassische Differenzierungen zur Bevorzugung bisher diskriminierter Minderheiten von vornherein verstießen.

Powell unterscheidet sich aber von den Richtern um Brennan in einem wichtigen Punkt: anders als diese hält er nämlich rassische und ethnische Unterscheidungen jeder Art, also unabhängig davon, ob sie die Weißen oder die farbige Minderheit benachteiligen, für *inherently suspect* unter der *Equal Protection Clause*. Powell räumt zwar ein, daß das 14. Amendment nach dem ursprünglichen Willen seiner Verfasser die Beseitigung der Diskriminierungen der schwarzen Minderheit bezweckte. Dieses Amendment sei aber selbst ganz allgemein abgefaßt worden und habe sich im Laufe der Zeit dann zu einer Garantie gleichen Schutzes für alle Individuen gleich welcher Hautfarbe gewandelt.

2. *Frage (2)*: a) Nach Auffassung Powells bedürfen rassische Differenzierungen wie diejenige im Zulassungsverfahren der Universität in Davis wegen ihrer inhärenten *suspectness* einer "most exacting judicial examination"<sup>78)</sup>. Wenn einem Individuum – so Powell – wegen seiner rassischen oder ethnischen Herkunft eine Bürde auferlegt werde, so habe es ein Recht darauf, daß der Richter darüber befinde, ob die ihm zugemutete Bürde "is precisely tailored to serve a compelling governmental interest"<sup>78)</sup>. Die Behauptung der Universität, der Supreme Court habe wiederholt in Fällen von *school desegregation*, *employment discrimination* und *sex discrimination* bevorzugende Differenzierungen nicht dieser überaus strengen richterlichen Kontrolle unterworfen, weist Powell mit der Begründung zurück, diese Fälle hätten von den Fakten her wesentlich anders gelegen als der *Bakke*-Fall: während dort solche rassischen Bevorzugungen nie ohne vorherigen Nachweis eines entsprechenden Gesetzes- oder Verfassungsverstoßes gutgeheißen worden seien, fehle es im Falle der Universität in Davis an einer legislativen, administrativen oder judiziellen Feststellung vergangener Diskriminierungspraktiken<sup>79)</sup>.

b) Für die Brennan-Gruppe steht als Ausgangspunkt zwar fraglos fest, daß der Supreme Court staatliche Praktiken oder Gesetze, die »grundlegende Rechte« verletzen oder »suspekte Differenzierungen« enthielten, bisher stets der *strict scrutiny* unterzogen und somit nur dann gerechtfertigt

<sup>78)</sup> Hervorhebung vom Verf.

<sup>79)</sup> In seinem Votum läßt Powell mehrfach statt eines "compelling governmental interest" ein "substantial interest" genügen. Ob diesem unterschiedlichen Sprachgebrauch irgendeine Bedeutung zukommt, wird später zu prüfen sein; vgl. unten S. 529.

hat, wenn mit ihnen ein *compelling government purpose* verfolgt wurde und außerdem keine weniger einschneidenden Alternativen zur Verfügung standen.

Nach Meinung der vier Richter ist im vorliegenden Fall aber weder ein grundlegendes Recht Bakkes<sup>80</sup>), noch eine suspekta Benachteiligung der Weißen als Klasse involviert, da für eine solche Annahme die traditionellen Indizien der *suspectness* fehlen: "the class is not saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process"<sup>81</sup>). Auch habe niemand im Verfahren behauptet, daß die Ziele der Universität dem kardinalen Grundsatz zuwiderliefen, wonach rassische Differenzierungen, die zur Stigmatisierung einer Rasse als minderwertig führten, von vornherein ungültig seien. Andererseits könne die Tatsache, daß der vorliegende Fall sich nicht nahtlos in den analytischen Rahmen der bisherigen Rassendiskriminierungsentscheidungen des Supreme Court einpassen lasse, nicht zu dessen Nachprüfung nach dem sehr lockeren *rational basis standard* führen. Vielmehr müsse für den *Bakke-Fall* dieselbe Prüfungsdichte gelten wie für die Fälle von *sex discrimination*, wonach "racial classifications designed to further remedial purposes 'must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives'"<sup>82</sup>).

3. *Frage (3)*: Das Sonderzulassungsverfahren der Universität in Davis verfolgte nach deren Angaben vor Gericht folgende Ziele:

- Reduzierung des historischen Defizits traditionell benachteiligter Minderheiten an medizinischen Hochschulen und im Arztberuf;
- Bekämpfung der Folgen gesellschaftlicher Diskriminierung;
- Erhöhung der Zahl von Ärzten, die bereit sind, in derzeit medizinisch unterversorgten Bevölkerungskreisen zu praktizieren;
- Erlangung der aus einer ethnisch gemischten Studentenschaft sich ergebenden erzieherischen Vorteile.

<sup>80</sup>) Ein »grundlegendes Recht« auf Erziehung, auf das Bakke sich hätte stützen können, wird weder in der amerikanischen Verfassung noch in der Rechtsprechung des Supreme Court anerkannt (siehe *San Antonio v. Rodriguez*, 93 S.Ct. 1294–1298 (1973)).

<sup>81</sup>) 98 S.Ct. 2783.

<sup>82</sup>) A.a.O., S. 2784, unter Zitierung der Supreme Court-Entscheidung in *Craig v. Boren*, 97 S.Ct. 451, 457 (1976). Andererseits heißt es in ihrem Gemeinschaftsvotum zu dieser Frage abschließend: "thus our review under the Fourteenth Amendment should be strict . . .", 98 S.Ct. 2785.

a) Powell prüft, ob eines dieser Ziele als substantiell genug gelten kann, um die Verwendung einer suspekten Differenzierung zu rechtfertigen.

Powell erklärt zunächst das Ziel der Universität, innerhalb der Studentenschaft einer bestimmten Gruppe bloß wegen deren Rasse oder ethnischer Herkunft einen festen Prozentsatz von Plätzen zu sichern, für offenkundig verfassungswidrig, da es eine Diskriminierung "for its own sake" bedeute. Er gesteht dann dem Staat ein legitimes und substantielles Interesse an der Beseitigung der nachteiligen Folgen einer Diskriminierung nur insoweit zu, als diese als individueller Verfassungs- oder Gesetzesverstoß entlarvt worden ist. Die Universität gebe aber nicht vor, sich selbst irgendwelcher Diskriminierungen schuldig gemacht zu haben; im übrigen sei sie zu entsprechenden Feststellungen auch gar nicht berufen. Das Ziel der Universität, gewissen als Opfer früherer gesellschaftlicher Diskriminierung betrachteten Gruppen zu helfen, rechtfertige somit keine Differenzierung, die anderen Personen Nachteile auferlege, obwohl diese für ein etwaiges Unrecht gegenüber den Minderheitenbewerbern keine Verantwortung trügen.

Powell zufolge hat die Universität auch nicht zu beweisen vermögen, daß ihr Sonderzulassungsverfahren zur Verbesserung der ärztlichen Versorgung gegenwärtig unterversorgter Bevölkerungskreise notwendig oder hierzu überhaupt geeignet war.

Hingegen hält Powell das vierte Ziel, die Erreichung einer ethnisch heterogenen Studentenschaft, für verfassungsrechtlich zulässig, weil es durch die akademische Freiheit gedeckt werde, die unter dem besonderen Schutz des 1. Amendments stehe. Mit dem Streben nach *diversity* verfolge somit die Universität zwar ein zwingendes Interesse; es stelle sich aber die Frage, ob die rassische Differenzierung in ihrem Zulassungsverfahren zur Verwirklichung dieses Zieles notwendig sei. Dies verneint Powell. Er verweist dabei u. a. auf die Erfahrungen anderer Universitäten (insbesondere des Harvard College), die zeigten, daß die Zuteilung einer festen Quote von Studienplätzen an eine Minderheit zur Herbeiführung der *educational diversity* nicht notwendig sei, hierfür vielmehr die Berücksichtigung der Rasse als ein Faktor unter vielen genüge.

Im Ergebnis bezeichnet es Powell als offenkundig, daß das Sonderzulassungsverfahren der Universität eine ausdrückliche rassische Differenzierung gebrauche, die vom Supreme Court noch nie gutgeheißen worden sei. Die Universität habe damit die im 14. Amendment garantierten Individualgrundrechte mißachtet. Diese seien zwar nicht absolut. Wenn der Staat aber gegenüber Personen je nach Hautfarbe oder Abstammung



bestimmte Bevorzugungen bzw. Benachteiligungen vornehme, könne jedes benachteiligte Individuum vom Staat den Nachweis verlangen, daß die betreffende Differenzierung zur Förderung eines substantiellen Staatsinteresses notwendig sei. Diesen Beweis sei die Universität jedoch schuldig geblieben. Powell anerkennt jedoch — wie die Brennan-Gruppe —, daß *race-conscious programs* nicht etwa grundsätzlich verfassungswidrig sein müssen; die Vorinstanzen der Universität hätten insoweit das substantielle Interesse des Staates an einem sauber entworfenen Zulassungsverfahren, in dem Rasse und ethnische Herkunft als Faktoren bei der Auswahl von Bewerbern in Betracht kommen könnten, verkannt.

b) Nach Ansicht der vier Richter um Brennan ist das erklärte Ziel des Davis-Programms, die Folgen vergangener gesellschaftlicher Diskriminierung zu beseitigen, im Lichte früherer Supreme Court-Entscheidungen wichtig genug, um den Gebrauch rassenbewußter Zulassungsverfahren zu rechtfertigen, sofern es hinreichend Grund für die Annahme gibt, daß die Unterrepräsentierung der Minderheiten substantiell und chronisch ist und das Handikap vergangener Diskriminierung diesen Minderheiten den Zugang zum Medizinstudium erschwert.

Brennan wendet sich zunächst gegen Powells Auffassung, wonach die vorherige autoritative Feststellung eines Gesetzes- oder Verfassungsverstoßes eine Vorbedingung für rassenbewußte Korrekturmaßnahmen sein soll. Ein solches Erfordernis würde — so Brennan — das erstrebenswerte Ziel eines freiwilligen gesetzeskonformen Verhaltens unterminieren; richterliches Eingreifen sei ein letztes Mittel zur Unterbindung von Gesetzswidrigkeiten, nicht aber eine Handlungsvoraussetzung.

Gestützt auf frühere Supreme Court-Entscheidungen in Fällen von *employment discrimination* und *school desegregation* vertritt Brennan den Standpunkt, daß sich der Staat rassenbewußter Programme bedienen dürfe, wenn diese die Beseitigung des *racial disparate impact*, der von rassenneutralen Programmen ausgehen würde, bezweckten; dabei seien solche rassischen Bevorzugungen nicht vom Nachweis einer individuellen Diskriminierung des jeweils Begünstigten abhängig, vielmehr genüge es, wenn dieser einer Personengruppe angehöre, die glaubhaft Opfer staatlicher oder gesellschaftlicher Diskriminierung geworden sei. Nach Auffassung Brennans besteht das Davis-Programm diesen Test fraglos.

Nach Meinung der vier Richter wird durch das Sonderverfahren weder die Minderheitengruppe noch die Gruppe der weißen Bewerber stigmatisiert; auch könne keine Rede davon sein, daß Bakke durch seine Zurückweisung mit dem Stempel rassischer Minderwertigkeit versehen worden sei. Die Richter sehen auch kein anderes praktikables Mittel,

mit dem das von der Universität verfolgte Ziel ohne Zuhilfenahme rassistischer Differenzierungen in absehbarer Zukunft erreicht werden könnte. Das Merkmal »Rasse« als Indikator für vergangene Diskriminierung könne auch durch keinen anderen Faktor (wie etwa Bedürftigkeit oder Familienverhältnisse des Bewerbers als erzieherischer Hintergrund) ersetzt werden, da bei Berücksichtigung jedes anderen Faktors die Weißen dank ihres überragenden Anteils an der Gesamtbevölkerung die Minderheiten auf jedem sozio-ökonomischen Niveau zahlenmäßig klar ausstechen würden. Ferner verweisen sie darauf, daß auch das Davis-Programm den Minderheitenstatus nicht einfach mit Benachteiligung gleichsetze; vielmehr würden nur solche Minderheitenbewerber zugelassen, deren persönlicher Werdegang auf tatsächliche rassistische Benachteiligungen schließen lasse.

Schließlich wird in dem Brennan-Votum festgestellt, daß das Sonderzulassungsverfahren in Davis auch nicht deshalb für verfassungswidrig angesehen werden könne, weil es eine von vornherein festgelegte Anzahl von Plätzen für qualifizierte Minderheitenbewerber reserviere anstatt den Minderheitenstatus lediglich als einen Bonus bei der Auslese zu bewerten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gebe es keinen Unterschied zwischen diesen beiden Ansätzen. Jede Art von rassistischen Bevorzungen, die zur Ablehnung auch nur eines weißen Kandidaten führe, sei verfassungsrechtlich nicht mehr oder weniger akzeptabel als ein Verfahren wie dasjenige in Davis. Nur weil das von Harvard praktizierte Verfahren, das genau dieselben Ziele verfolge wie Davis, das Ausmaß der Bevorzugung von Minderheiten und das genaue Funktionieren seines Auswahlsystems nicht offenlege, während das Davis-Programm bekanntermaßen mit fixen Quoten arbeite, könne das letztere nicht im Sinne des 14. Amendments als verdammungswürdig gelten.

c) Die Sondervoten von Marshall, White und Blackmun haben dem von Brennan verfaßten Gemeinschaftsvotum keine entscheidend neue Argumente hinzugefügt.

Lediglich die abschließende Einschätzung des *Bakke*-Urteils durch Marshall, den einzigen Schwarzen im Kollegium der obersten amerikanischen Verfassungsrichter, soll hier zitiert werden:

“I fear that we have come full circle. After the Civil War our government started several ‘affirmative action’ programs. This Court in the *Civil Rights Cases* and *Plessy v. Ferguson* destroyed the movement toward complete equality. For almost a century no action was taken, and this non-action was with the tacit approval of the courts. Then we had *Brown v. Board of Education* and the Civil Rights Acts of Congress, followed by numerous affirmative action

programs. Now, we have this Court again stepping in, this time to stop affirmative action programs of the type used by the University of California" <sup>83</sup>).

Ob diese resignierende Feststellung Marshalls dem *Bakke*-Urteil gerecht wird, muß sich zeigen, wenn am Ende dieser Untersuchung der Frage nach den rechtspolitischen Konsequenzen dieses Urteils nachgegangen wird (siehe D). Zuvor sollen jedoch zwei für die Beurteilung des *Bakke*-Falles entscheidende Fragen genauer beleuchtet werden: zum einen, inwieweit das angegriffene universitäre Zulassungsverfahren der richterlichen Kontrolle unterliegt, und zum anderen – eng damit verbunden –, welche Wertentscheidung im Widerstreit zwischen dem Gebot individueller Gleichheit einerseits und dem Ziel der Beseitigung der Folgen früherer Rassendiskriminierung zum Zwecke der Herstellung materieller Rassegleichheit andererseits die Obersten Richter im Rahmen der Prüfung der *Equal Protection Clause* zu treffen hatten (siehe C).

### C. Anmerkungen zum *Bakke*-Urteil

#### I. Die Frage der Intensität richterlicher Kontrolle (Prüfungsdichte) gegenüber Akten der anderen Gewalten

Zwischen Powell und der Richtergruppe um Brennan bestand – wie oben berichtet – keine Einigkeit darüber, in welchem Umfang das angegriffene rassische Quoten-System der Universität in Davis gerichtlich nachprüfbar war: Während ersterer in diesem System *suspect racial classifications* erblickte, die nach *strict scrutiny* verlangten und danach verfassungsrechtlich nur hingenommen werden konnten, falls sie sich als notwendig zur Verfolgung eines *compelling governmental interest* erweisen sollten, hielten die letzteren Richter dieses Quoten-System nicht für »suspekt«, weshalb sie nach einem weniger strengen Prüfungstest zu dessen Rechtfertigung schon genügen lassen wollten, daß es "important governmental objectives" diene und "substantially related to achievement of those objectives" war. Der unterschiedlichen Prüfungsdichte entsprach dann auch die unterschiedliche materiell-rechtliche Einschätzung des *Bakke*-Falls in den Voten Powells und Brennans.

Um eher ermessen zu können, in welchem Maße das Zulassungsverfahren der Universität in Davis verfassungsrechtlich nachgeprüft werden durfte, sollen nachfolgend die bisherigen Supreme Court-Entschei-

---

<sup>83</sup>) 98 S.Ct. 2806.

dungen in Fällen rassistischer, ethnischer und anderer vergleichbarer Diskriminierung auf ihren jeweiligen Intensitätsgrad richterlicher Kontrolle untersucht werden.

### 1. *Rational basis test*

Von den in *Equal Protection*-Fällen vom Supreme Court herangezogenen Prüfungstests ist der *rational basis test* der am wenigsten strenge. Unter ihm fragen die Richter lediglich danach, ob es für die unter dem Aspekt der *Equal Protection* angegriffene staatliche Differenzierung eine *rational basis* gibt, d. h. ob diese "can reasonably be believed to further a legitimate state end"<sup>84</sup>). Dieser Maßstab, den der Supreme Court in respektvoller Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber bisher vor allem bei der Prüfung von den Gleichheitssatz tangierenden Regelungen im sozio-ökonomischen Bereich angewandt hat<sup>85</sup>), ist im *Bakke*-Fall selbst von der Brennan-Gruppe für zu milde befunden worden<sup>86</sup>); er soll deshalb hier auch nicht weiter in Betracht gezogen werden, da »vernünftige« Erwägungen allein die rassistischen Bevorzugungen Farbiger an der Universität in Davis in der Tat kaum ausreichend rechtfertigen dürften.

### 2. *Strict scrutiny test*

a) Erste Aussagen zu diesem strengsten richterlichen Prüfungstest finden sich in einer Fußnote von Chief Justice Stone in *United States v. Carolene Products* von 1938<sup>87</sup>); dort werden drei spezifische Situationen beschrieben, die nach einer umfassenden richterlichen Überprüfung von gesetzgeberischen Differenzierungen verlangen:

"There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth . . . It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those

---

<sup>84</sup>) A. A. Morris, *Constitutional Alternatives to Racial Preferences in Higher Education Admissions*, Santa Clara Law Review, Bd. 17 (1977), S. 298. — Vgl. zum *rational basis test* z. B. die Entscheidungen *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 75 S.Ct. 461, 465 (1955), und *McGowan v. State of Maryland*, 81 S.Ct. 1101, 1105 (1961).

<sup>85</sup>) Vgl. hierzu wiederum Morris, a.a.O., S. 298 f. mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>86</sup>) 98 S.Ct. 2783.

<sup>87</sup>) 58 S.Ct. 778.

political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation . . . Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, . . ., or national, . . ., or racial minorities, . . .: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry . . .<sup>88)</sup>.

Der Supreme Court selbst hat diese Fußnote als *locus classicus* des *strict scrutiny test* betrachtet<sup>89)</sup>. Soweit Stones Erwägungen den Minderheitenschutz betreffen, können sie nur so gedeutet werden, daß an die Möglichkeit strenger richterlicher Kontrolle des Gesetzgebers — als Ausnahme zu der ansonsten zu dessen Gunsten angenommenen *presumption of constitutionality* — nur bei rassischen, ethnischen und ähnlichen Differenzierungen zu Lasten von *discrete and insular* Minderheiten gedacht wurde, weil deren Rechtsinteressen in dem von der weißen Mehrheit beherrschten Gesetzgebungsprozeß nicht immer ausreichend vertreten wurden<sup>90)</sup>.

Im folgenden wird zu prüfen sein, ob die *Equal Protection*-Rechtsprechung des Supreme Court in der Folgezeit dem *strict scrutiny test* tatsächlich eine solche einseitige Schutzfunktion zugunsten der politisch ohnmächtigen oder jedenfalls unterrepräsentierten Minderheiten beigegeben hat. Zuvor soll jedoch die historische Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechtes im gewaltenteilenden amerikanischen Regierungssystem bis zu dieser berühmten Fußnote in *Carolene Products* wenigstens in groben Zügen aufgezeigt werden.

b) Die *supremacy* bei der Interpretation der Verfassung hatte sich der Supreme Court bereits mit der grundlegenden Entscheidung in *Marbury v. Madison* von 1803<sup>91)</sup> selbst zugesprochen. Der Umfang der verfassungsrechtlichen Kontrollbefugnis des Obersten Gerichtshofes gegenüber

<sup>88)</sup> *Ibid.*, S. 783 f. Anm. 4.

<sup>89)</sup> Siehe z. B. *Graham v. Richardson*, 91 S.Ct. 1848, 1852 (1971); *In Re Griffiths*, 93 S.Ct. 2851, 2854 (1973).

<sup>90)</sup> Ausführlich zur Interpretation dieser Fußnote in *Carolene Products*: R. W. Galloway, Jr./H. Hewitt, *Bakke Below: A Constitutional Fallacy*, Santa Clara Law Review, Bd. 17 (1977), S. 387 ff.

<sup>91)</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137. Vgl. hierzu z. B. W. Haller, *Supreme Court und Politik in den USA. Fragen der Justiziabilität in der höchstrichterlichen Rechtsprechung* (Bern 1972), S. 121 ff.

Akten der Legislative und Exekutive schwankte aber in der Folgezeit je nach dem politischen Kräfteverhältnis der Staatsgewalten untereinander stark. Bis 1895 zeichnete sich die Spruchpraxis des Supreme Court durch einen stark ausgeprägten Respekt gegenüber den von der Legislative und Exekutive getroffenen politischen Wertentscheidungen aus. Zwei Urteile des Jahres 1895<sup>92)</sup> markieren dann den Beginn einer Ära, in der der Supreme Court immer häufiger Akte der beiden anderen Staatsgewalten aufhob und durch seine eigenen Vorstellungen von *proper governmental conduct* ersetzte. In seiner Rolle als »Zensor« gegenüber dem Kongreß brachte der Supreme Court in den dreißiger Jahren unseres Jahrhunderts zunächst fast das gesamte Gesetzeswerk des von Präsident Roosevelt verfochtenen *New Deal* zu Fall<sup>93)</sup>. Als Roosevelt nach seiner Wiederwahl im Jahre 1936 mit Hilfe des Court Packing Plan das dem *New Deal* feindlich gesinnte Richterkollegium des Supreme Court um vier neue wohlgesonnene Richter zu erweitern versuchte, scheiterte er zwar mit diesem Vorhaben im Kongreß; schon bald darauf ließ sich der Supreme Court aber zu einem »freiwilligen« Umschwenken auf die *New Deal*-Linie bewegen<sup>94)</sup>. Damit setzte eine Rückbesinnung auf die frühere *presumption of constitutionality*-Doktrin und eine entschiedene Politik des *judicial restraint* in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein, was schon fast einer verfassungsrechtlichen Revolution nahe kam. Zu Beginn dieser neuen Phase schrieb Chief Justice Stone seine Fußnote in *Carolene Products*, die damit als ein erster Versuch zur Eröffnung ausnahmsweiser richterlicher Interventionsmöglichkeiten gegenüber dem Gesetzgeber in der ansonsten zum *judicial restraint* tendierenden Rechtsprechungspraxis des Supreme Court zu werten ist<sup>95)</sup>.

c) Seit den vierziger Jahren praktizierte der Supreme Court den *strict scrutiny test* in allen denjenigen *Equal Protection*-Fällen, in denen der Staat zwischen Individuen oder Personengruppen bestimmte Differenzierungen

---

<sup>92)</sup> *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 15 S.Ct. 673; *United States v. E. C. Knight Co.*, 15 S.Ct. 249.

<sup>93)</sup> Näheres hierzu wiederum bei Galloway/Hewitt, a.a.O. (Anm. 90), S. 392. Vgl. aus der damaligen Rechtsprechung des Supreme Court nur z. B. *Schechter Poultry Corporation v. United States*, 55 S.Ct. 837 (1935), und *United States v. Butler*, 56 S.Ct. 312 (1936).

<sup>94)</sup> Vgl. hierzu Näheres bei Haller, a.a.O. (Anm. 91), S. 21 f. Anm. 28, und K. L. Shell, *Das politische System der USA* (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1975), S. 72. — Allgemein zum *New Deal*: U. Sautter, *Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika* (Stuttgart 1976), S. 375 ff.

<sup>95)</sup> So auch Galloway/Hewitt, a.a.O. (Anm. 90), S. 393.

getroffen hatte, die entweder auf verfassungsrechtlich suspekten Merkmalen basierten oder in *fundamental rights* eingriffen.

aa) Zur Kategorie der *fundamental rights* zählen nach der bisherigen Auffassung des Supreme Court nur einige wenige Rechte "implicitly or explicitly protected by the Constitution"<sup>96)</sup>; *fundamental* sind danach z. B. das Recht auf *privacy*, das Wahlrecht, die Reisefreiheit und das Recht auf Heirat<sup>97)</sup>, nicht dagegen das Recht auf Erziehung<sup>98)</sup>, das im Falle seiner Anerkennung als *fundamental* im *Bakke*-Fall von vornherein die *strict scrutiny* erforderlich gemacht hätte, so daß der Streit um den angemessenen Prüfungstest gar nicht aufgekommen wäre.

bb) Als *suspect* im Sinne von *strict scrutiny* sind vom Supreme Court bisher mit Sicherheit nur Differenzierungen auf Grund der Merkmale »Rasse«<sup>99)</sup>, »Abstammung«<sup>100)</sup> und »Ausländereigenschaft«<sup>101)</sup> behandelt worden. Welche tiefere rechtstheoretische Überlegung den Supreme Court zur Einstufung gerade dieser Charakteristika als verfassungsrechtlich suspekt bewogen hat, während er etwa das Geschlecht<sup>102)</sup>, den Status als uneheliches Kind<sup>103)</sup> und den Ledigenstand<sup>104)</sup> bisher nicht als suspekten Differenzierungsgrund im Sinne von *strict scrutiny* anerkannt hat, ist nicht ohne weiteres einsichtig. Der übergeordnete Gesichtspunkt für die Suspekterklärung der »Rasse«, um die es im folgenden allein noch geht, kann jedenfalls nicht die Unabänderlichkeit und Unfreiwilligkeit dieses Persönlichkeitsmerkmals sein, da sonst viele anderen Merkmale

<sup>96)</sup> *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 93 S.Ct. 1278, 1297 (1973).

<sup>97)</sup> *Roe v. Wade*, 93 S.Ct. 705, 726 (1973) (*privacy*-Recht); *Dunn v. Blumstein*, 92 S.Ct. 995, 1000 (1972), und *Harper v. Virginia Board of Elections*, 86 S.Ct. 1079, 1080 (1966) (Wahlrecht); *Shapiro v. Thompson*, 89 S.Ct. 1322, 1331 (1969) (Reisefreiheit); *Loving v. Virginia*, 87 S.Ct. 1817, 1824 (1967) (Recht auf Heirat).

<sup>98)</sup> Im Gegensatz zur Auffassung des California Supreme Court in *Serrano v. Priest* (487 P.2d 1241 (1971)) hat der U.S. Supreme Court in *San Antonio v. Rodriguez* (a.a.O. [Anm. 96], S. 1297 f.) die Existenz eines *fundamental right* auf öffentliche Schulerziehung verneint; dasselbe gilt nach dem Brennan-Votum im *Bakke*-Fall auch für die Universitätsausbildung (98 S.Ct. 2783).

<sup>99)</sup> Siehe z. B. *McLaughlin v. Florida*, 85 S.Ct. 283, 287–289 (1964), und *Loving v. Virginia*, 87 S.Ct. 1817, 1822 (1967).

<sup>100)</sup> Siehe z. B. *Korematsu v. United States*, 65 S.Ct. 193, 194 (1944).

<sup>101)</sup> Siehe z. B. *Graham v. Richardson*, 91 S.Ct. 1848, 1852 (1971).

<sup>102)</sup> *Reed v. Reed*, 92 S.Ct. 251 (1971); *Stanton v. Stanton*, 95 S.Ct. 1373 (1975); *Craig v. Boren*, 97 S.Ct. 451 (1976). Lediglich in *Frontiero v. Richardson*, 93 S.Ct. 1764, 1768, 1771 (1973) wurden "classifications based upon sex" von vier Richtern für »suspekt« gehalten.

<sup>103)</sup> *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 92 S.Ct. 1400 (1972).

<sup>104)</sup> *Eisenstadt v. Baird*, 92 S.Ct. 1029 (1972).

auch als Differenzierungsgründe verfassungsrechtlich suspekt sein müßten<sup>105)</sup>. Hinzukommen muß vielmehr ein ganz spezifisches Schutzbedürfnis des Angehörigen einer bestimmten Rasse gegenüber nachteiligen Differenzierungen. Dieses Schutzbedürfnis ergibt sich für die Farbigen aus der Tatsache, daß sie wegen ihrer Rasse jedenfalls in der Vergangenheit massiver und stigmatisierender Diskriminierung ausgesetzt waren. Daraus folgt, daß das Merkmal »Rasse« nicht als solches, sondern – ganz im Sinne der Stone’schen Erwägungen – wohl nur in Bezug auf die diskriminierte farbige Minderheit als suspekter Differenzierungsgrund gelten kann<sup>106)</sup>. Überträgt man diese Überlegungen auf den *Bakke*-Fall, so würde dies bedeuten, daß Richter Powell in dem Quoten-System der Universität in *Davis* zu Unrecht eine unter der *Equal Protection Clause* suspekte rassische Differenzierung erblickt hätte, weil sich diese zwar für die weißen, nicht aber für die farbigen Studienbewerber nachteilig auswirkte; der Anwendung des *strict scrutiny test* wäre damit im *Bakke*-Fall der Boden entzogen gewesen.

Es stellt sich nun aber die Frage, ob der Supreme Court das Kriterium der *suspectness* in seiner bisherigen Diskriminierungsrechtsprechung im Sinne der soeben entwickelten theoretischen Überlegungen verstanden hat. Einige Entscheidungen dürften in diese Richtung weisen:

In *Hunter v. Erickson* von 1969 traf der Oberste Gerichtshof die folgende Feststellung:

---

<sup>105)</sup> Vgl. hierzu vor allem T. Sandalow, *Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role*, *The University of Chicago Law Review*, Bd. 42 (1974/75), S. 666 ff., bes. 674.

<sup>106)</sup> Wie hier z. B. J. H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, *The University of Chicago Law Review*, Bd. 41 (1973/74), S. 723 ff., bes. S. 727 ff., 735; Tribe, a.a.O. (Anm. 47), S. 1044; T. R. Morse / A. J. Rusciano, *Bakke v. The Regents of the University of California: Preferential Racial Admissions, An Unconstitutional Approach Paved with Good Intentions?*, *New England Law Review*, Bd. 12 (1977), S. 738 ff.; Galloway/Hewitt, a.a.O. (Anm. 90), S. 394 ff., bes. S. 397; M. M. Fagan / A. J. Damelio, Jr., *Preferential Admissions and the Constitutional Course of Bakke*, *Ohio Northern University Law Review*, Bd. 5 (1978), S. 465 ff. Gegen diese Argumentation wenden sich z. B. R. A. Posner, *The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities*, *The Supreme Court Review* (1974), S. 19 ff.; K. Greenawalt, *Judicial Scrutiny of "Benign" Racial Preference in Law School Admission*, *Columbia Law Review*, Bd. 75 (1975), S. 559 ff., bes. S. 569 ff.; nach seiner Auffassung sind "benign racial classifications" immerhin "less 'suspect'", weshalb zu ihrer Rechtfertigung letztlich doch ein "substantial" Staatsinteresse genügen soll (*ibid.*, S. 574).



“... although the law on its face treats Negro and White, Jew and gentile in an identical manner, the reality is that the law’s impact falls on the minority. The majority needs no protection against discrimination...”<sup>107)</sup>.

In *Graham v. Richardson* von 1971, in der die Obersten Richter die Ausländereigenschaft für eine suspekthe Differenzierung erklärten, heißt es u. a.:

“Under traditional equal protection principles, a State retains broad discretion to classify as long as its classification has a reasonable basis... But the Court’s decisions have established that classifications based on alienage, like those based on nationality or race, are inherently suspect and subject to close judicial scrutiny. Aliens as a class are a prime example of a ‘discrete and insular’ minority (see *United States v. Carolene Products Co.*) for whom such heightened judicial solicitude is appropriate”<sup>108)</sup>.

Das deutlichste Bekenntnis des Supreme Court zu der Auffassung, daß der *strict scrutiny test* nur auf rassische Differenzierungen zu Lasten von Minderheitengruppen anzuwenden ist, findet sich wohl in dem Mehrheitsvotum von Richter Powell in *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* von 1973, wenn dort festgestellt wird:

“The system of alleged discrimination and the class it defines have none of the traditional indicia of suspectness: the class is not saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process”<sup>109)</sup>.

Ungeachtet dieser früheren höchstrichterlichen Aussagen vertritt Powell im *Bakke*-Urteil den Standpunkt, daß jede Differenzierung nach rassischen Kriterien zuungunsten eines – farbigen oder weißen – Individuums gleichermaßen suspekt sei; ob die Präjudizien, auf die er sich hierbei stützt, dies allerdings wirklich besagen, kann bezweifelt werden<sup>110)</sup>.

d) Was die Rechtfertigungsmöglichkeiten im Rahmen von *strict scrutiny* betrifft, so trägt der Staat, der eine suspekthe Differenzierung vornimmt, nach Aussagen des Supreme Court in *McLaughlin v. Florida* von 1964<sup>111)</sup> eine “heavy burden of justification”. Was dies konkret bedeutet, wird in *In Re Griffiths* von 1973 näher definiert:

<sup>107)</sup> 89 S.Ct. 557, 560 (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>108)</sup> 91 S.Ct. 1848, 1852 (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>109)</sup> 93 S.Ct. 1278, 1294 (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>110)</sup> 98 S.Ct. 2749.

<sup>111)</sup> 85 S.Ct. 283, 290.

“In order to justify the use of a suspect classification, a State must show that its purpose or interest is both constitutionally permissible<sup>112)</sup> and substantial, and that its use of the classification is ‘necessary... to the achievement’ of its purpose or the safeguarding of its interest”<sup>113)</sup>.

»Notwendig« ist eine solche Differenzierung stets nur dann, wenn keine *less drastic means* zur Erreichung des angestrebten Staatszieles verfügbar sind<sup>114)</sup>.

Genau diese Rechtfertigungskriterien legt Powell seiner Prüfung, ob das suspekthe rassische Quoten-System der Universität in Davis ausnahmsweise zu rechtfertigen ist, zugrunde. Wenn er hierbei als Anforderung an die Zweckbestimmung dieses Systems teils ein *compelling State interest*, teils aber auch ein *substantial State interest* verlangt, so dürfte diesem schwankenden Sprachgebrauch keine große Bedeutung beizumessen sein; nach einer Erläuterung des Begriffes *substantial* durch Richter Powell in *In Re Griffiths* sollen nämlich die in früheren Supreme Court-Entscheidungen zur Charakterisierung des im Rahmen von *strict scrutiny* geforderten Staatsinteresses gebrauchten Adjektive “overriding”, “compelling” und “important” synonym mit “substantial” sein<sup>115)</sup>. Immerhin könnte aber der Umstand, daß gerade in jüngerer Zeit zunehmend schwächere Prädikate zur Kennzeichnung des geforderten Staatszieles verwendet wurden, auf eine gewisse Absenkung der Anforderungen im Rahmen von *strict scrutiny* hindeuten<sup>116)</sup>.

Die Strenge der richterlichen Kontrolle, mit der Powell an die verfassungsrechtliche Beurteilung des Sonderzulassungsverfahrens der Universität herangeht, kommt insbesondere auch dort zum Ausdruck, wo er nach weniger einschneidenden Alternativen zur Erreichung des von der Universität mit dem Quoten-System verfolgten Zweckes fragt. Indem er die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von *race-conscious programs* grundsätzlich nicht leugnet, gleichzeitig aber das spezifische Zulassungsverfahren der Universität für verfassungswidrig erklärt, weil es — anders als das von Powell herausgestellte Harvard-Verfahren — die rassische Be-

---

<sup>112)</sup> Rassendiskriminierung “for its own sake” kann kein verfassungsrechtlich zulässiger Zweck sein; so in *In Re Griffiths*, 93 S.Ct. 2851, 2855, note 8, unter Verweisung auf *Brown v. Board of Education*, 74 S.Ct. 686, 692 (1954).

<sup>113)</sup> 93 S.Ct. 2855 (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>114)</sup> Vgl. z. B. *Shapiro v. Thompson*, 89 S.Ct. 1322, 1333 (1969).

<sup>115)</sup> 93 S.Ct. 2855, note 9.

<sup>116)</sup> Vom Erfordernis eines *compelling* Staatszieles im Rahmen von *strict scrutiny* ist — soweit ersichtlich — erstmals in *Dunn v. Blumstein*, 92 S.Ct. 995, 1003 (1972), abgesehen worden.

vorzugung einer bestimmten Anzahl farbiger Bewerber offen legt, schränkt Powell die Freiheit der Universität bei der Gestaltung ihres Zulassungsverfahrens, die Ausdruck der ihr von der Verfassung zugebilligten akademischen Freiheit ist, stark ein.

3. Prüfungstest der Brennan-Gruppe in *Bakke*:  
*substantial interest test?*

Die Richtergruppe um Brennan lehnt die Heranziehung des *strict scrutiny test* im *Bakke*-Fall ab; sie hält unter ausdrücklicher Berufung auf die weiter oben zitierte Passage des *Rodriguez*-Urteils<sup>117)</sup> das Sonderzulassungsverfahren der Universität nicht für »suspekt«. Stattdessen befürwortet sie eine Übertragung des vom Supreme Court jüngst für Fälle geschlechtlicher Diskriminierung entwickelten Prüfungsansatzes auf die in *Bakke* in Frage stehenden rassischen Bevorzungen, wonach diese "must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives"<sup>118)</sup>.

Ihrer Auffassung nach erfüllt das Sonderzulassungsverfahren der Universität in *Davis* beide Kriterien: seine Zielsetzungen werden für *sufficiently important* und die hierfür eingesetzten Mittel für nicht *unreasonable* erklärt. Die Frage nach weniger einschneidenden Alternativen wird dabei nicht ausdrücklich aufgeworfen; allerdings lassen sich die Vier in der Sache auf einen Vergleich zwischen dem *Davis*- und dem Harvard-Programm ein, leugnen aber die verfassungsrechtliche Relevanz der festgestellten Unterschiede.

Die Brennan-Gruppe bekennt sich damit zu einem Prüfungstest, der von seiner Strenge her irgendwo zwischen *rational basis test* und *strict scrutiny test* liegt. In etwa dürfte dieser Ansatz dem in der Literatur vielfach als Mittelweg propagierten *substantial interest test*<sup>119)</sup> entsprechen, zu dem

<sup>117)</sup> Siehe oben S. 528.

<sup>118)</sup> *Craig v. Boren*, 97 S.Ct. 451, 457 (1976); *Califano v. Webster*, 97 S.Ct. 1192, 1195 (1977).

<sup>119)</sup> Siehe hierfür insbesondere Greenawalt, a.a.O. (Anm. 106), S. 579 ff.; Morris, a.a.O. (Anm. 84), S. 308 ff. – Dieser vermittelnde Prüfungstest wird teilweise auch als *strong rational basis*-Test charakterisiert (so z. B. Dixon, a.a.O. [Anm. 38], S. 525 ff.). G. Gunther (The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for newer Equal Protection, Harvard Law Review, Bd. 86 [1972/73], S. 20 f.) hat schon in seiner Analyse der *Equal Protection*-Rechtsprechung des Supreme Court im Jahre 1971 einen Trend der Richter zu einer "strengthened 'rationality' Scrutiny" und damit einen "new bite for the old equal protection" registrieren zu können geglaubt.

sich auch der Court of Appeals of New York in *Alevy v. Downstate Medical Center* von 1976<sup>120)</sup> ausdrücklich bekannt hat. Diesem Gericht, das einen Parallellfall zu *Bakke* zu entscheiden hatte, dürften die Richter um Brennan in etwa gefolgt sein, auch wenn sie sich auf das *Alevy*-Urteil nicht ausdrücklich bezogen haben. Wegen der klaren Aussagen des New Yorker Berufungsgerichts zur Frage der Prüfungsintensität in einem Fall von *reverse discrimination* soll hier eine längere Passage aus dessen Urteil zitiert werden:

“We are of the view that in deciding an issue of whether reverse discrimination is present, the courts should make proper inquiry to determine whether the preferential treatment satisfies a substantial State interest. In determining whether a substantial State interest underlies a preferential treatment policy, courts should inquire whether the policy has a substantial basis in actuality, and is not merely conjectural. At a minimum, the State-sponsored scheme must further some legitimate, articulated governmental purpose. However, the interest need not to be urgent, paramount or compelling. Thus, to satisfy the substantial interest requirement, it need to be found that, on balance, the gain to be derived from the preferential policy outweighs its possible detrimental effects.

If it be found that the substantial interest inurement is met, a further inquiry must be made as to whether the objectives being advanced by the policy could not be achieved by a less objectionable alternative; for example, by reducing the size of the preference, or by limiting the time span of the practice . . .

In sum, in proper circumstances, reverse discrimination is constitutional. However, to be so, it must be shown that a substantial interest underlies the policy and practice and, further, that no nonracial, or less objectionable classification will serve the same purpose”<sup>121)</sup>.

#### 4. Ergebnis

Die Frage, mit welcher Intensität *affirmative actions* zugunsten der durch frühere Diskriminierung benachteiligten Farbigen gerichtlich nachgeprüft werden dürfen, dürfte auch durch das *Bakke*-Urteil nicht abschließend geklärt worden sein. Dieses Urteil spiegelt vielmehr deutlich die insoweit bestehenden Unsicherheiten in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung in der Frage der Intensität richterlicher Prüfung der Akte

<sup>120)</sup> 384 N.Y. S. 2d 82, 90 (1976).

<sup>121)</sup> *Ibid.* (Hervorhebung vom Verf.). — Demgegenüber hat sich der Supreme Court of Washington im gleichgelagerten *DeFunis*-Fall zum *strict scrutiny test* bekannt; siehe dessen Entscheidung in 507 P. 2d 1169, 1182 (1973).

anderer Staatsgewalten wider. Die Brennan-Gruppe hat sich die von einem beträchtlichen Teil der Literatur und in der obigen *Alevy*-Entscheidung gegen die Anwendung des *strict scrutiny test* auf Fälle angeblicher *reverse discrimination* erhobenen Bedenken zu eigen gemacht, ohne selbst allerdings einen alternativen Prüfungstest zu entwickeln, der klar genug formuliert und ausreichend fundiert wäre, um für die Beurteilung künftiger Fälle dieser Art als Leitlinie zu dienen. So läßt etwa das Brennan-Votum jegliche Begründung für die Gleichsetzung geschlechtlicher und rassischer Diskriminierung hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit vermissen; ebenso fehlt es an einer generalisierbaren Aussage darüber, welches Gewicht der Frage nach *less objectionable alternatives* im Rahmen dieses vermittelnden Prüfungstests zukommen soll.

Immerhin könnte die Absage der vier Richter an die *strict scrutiny* im *Bakke*-Fall ein Anzeichen dafür sein, daß sich der Supreme Court bei der Beurteilung künftiger *affirmative actions* zugunsten Farbiger vielleicht von einem Prüfungstest abkehren wird, der sich in seiner bisherigen Spruchpraxis als " 'strict' in theory and fatal in fact" <sup>122)</sup> erwiesen hat — »fatal« deswegen, weil in der gesamten Supreme Court-Rechtsprechung suspekte Differenzierungen bisher nur zweimal mit Rücksicht auf das mit ihnen verfolgte Staatsinteresse im Ergebnis für gerechtfertigt erklärt worden sind, nämlich in den sog. Japaner-Fällen *Hirabayashi v. United States* von 1943 <sup>123)</sup> und *Korematsu v. United States* von 1944 <sup>124)</sup>. Bei diesen handelte es sich zudem noch um kriegsbedingte Sonderfälle; beide Male waren nämlich Beschränkungen gegen amerikanische Bürger japanischer Abstammung, die während des Zweiten Weltkrieges in einer militärischen Sicherheitszone der Vereinigten Staaten lebten, aus Gründen der nationalen Sicherheit und Verteidigung des Staates vom Obersten Gerichtshof für unverzichtbar und deshalb ausnahmsweise verfassungsgemäß gehalten worden. Bedenkt man, daß in allen anderen Fällen, den *Bakke*-Fall eingeschlossen, die Qualifizierung einer rassischen Differenzierung als »suspekt« stets deren materiell-rechtliche Ungültigerklärung nach sich gezogen hat, so spricht doch viel für die Vermutung, daß die Wahl der *strict scrutiny* bislang regelmäßig das Resultat einer vorgefaßten materiellen Rechtswertentscheidung der Richter gewesen ist.

---

<sup>122)</sup> Gunther, a.a.O. (Anm. 119), S. 8.

<sup>123)</sup> 63 S.Ct. 1375.

<sup>124)</sup> 65 S.Ct. 193.

## II. Der verfassungsrechtliche Wertkonflikt im *Bakke*-Urteil

### 1. Die materiell-verfassungsrechtlichen Aussagen des *Bakke*-Urteils

a) Das Stevens-Gemeinschaftsvotum gibt dem individualrechtlichen Anspruch Bakkes auf Chancengleichheit klar den Vorzug gegenüber der von der Universität in Davis mit ihrem Sonderzulassungsverfahren intendierten rassistischen Bevorzugung farbiger Bewerber. Da Stevens Bakke allein auf Grund des Civil Rights Act von 1964 recht gibt und sich damit bewußt einer verfassungsrechtlichen Wertentscheidung in der Frage der Zulässigkeit von *affirmative actions* enthält, soll seine Auffassung hier nicht näher beleuchtet werden.

b) Powell gelangt zu einem ambivalenten Ergebnis: einerseits entscheidet er im konkreten Rechtsstreit zugunsten Bakkes, andererseits räumt er, obwohl er das in Streit stehende Quoten-System aus verfassungsrechtlichen Gründen verwirft, grundsätzlich ein, "that the State has a substantial interest that legitimately may be served by a properly devised admissions program involving the competitive consideration of race and ethnic origin" <sup>125</sup>).

Powells streng einzelfallbezogene Bewertung des Davis-Verfahrens scheint zunächst jede generalisierbare Aussage darüber zu verbieten, wie dieser in künftigen Fällen von *reverse discrimination* zwischen dem individuellen Gleichheitsanspruch eines Weißen und dem Gruppenanspruch der farbigen Minderheit auf Beseitigung der Rassendiskriminierungsfolgen zum Zwecke der Herstellung materieller Rassengleichheit, die – wie zu zeigen sein wird – beide in der *Equal Protection Clause* eine Grundlage finden, abwägen würde. Andererseits dürfte sich Powell aber nicht nur im *Bakke*-Fall, sondern auch für alle künftigen gleichgelagerten Fälle auf den *strict scrutiny test* festgelegt haben, der dem Schutz der individuellen Gleichheit stark entgegenkommt. Somit tendiert Powells Votum letztlich doch deutlich zu einer Auslegung der *Equal Protection Clause*, bei der die individualrechtliche »farbenblinde« Komponente des Gleichbehandlungsgebotes generell stärker betont wird.

c) Die Brennan-Gruppe hält auf Grund ihrer stärkeren Zurückhaltung bei der Nachprüfung von Akten anderer Gewalten zur Beseitigung von Rassendiskriminierungsfolgen das von der Universität in Davis praktizierte rassistische Quoten-System für verfassungsgemäß. Obwohl auch sie

---

<sup>125</sup>) 98 S.Ct. 2764.

dieses Urteil nur für den ihr zur Entscheidung vorgelegten Fall trifft, indiziert der von ihr generell für *reverse discrimination*-Fälle vorgeschlagene Prüfungsansatz über den *Bakke*-Fall hinaus ihre Aufgeschlossenheit gegenüber rassischen Bevorzungen Farbiger zum Zwecke der Beseitigung der Diskriminierungsfolgen und damit ihre grundsätzliche Bereitschaft, der rassenspezifischen kompensatorischen Komponente des *Equal Protection*-Schutzes selbst dann Geltung zu verschaffen, wenn durch die Bevorzungen Farbiger einzelne Weiße in ihrem Gleichheitsanspruch gewisse Einschränkungen hinnehmen müssen.

Die folgenden Überlegungen sollen klären helfen, ob sich aus der *Equal Protection Clause* zwei konkurrierende Schutzzwecke — *any person line* und *race line*<sup>126)</sup> — herauslesen lassen, für welchen Adressatenkreis — Individuen und/oder Gruppen — die *Equal Protection Clause* bestimmt ist und zu welchem Ergebnis gegebenenfalls die erforderliche Abwägung zwischen dem weißen Individualinteresse und dem farbigen Gruppeninteresse führt.

## 2. Konkurrierende Schutzzwecke der *Equal Protection Clause*?

Entsprechend dem Wortlaut der *Equal Protection Clause* genießt — vorbehaltlich eventueller durch das Rassendiskriminierungsproblem gebotener Einschränkungen — grundsätzlich jedes Individuum (*any person*) den Schutz dieser Klausel; dies läßt sich an Hand der Supreme Court-Rechtsprechung in den rassen-indifferenten *Equal Protection*-Fällen zweifellos nachweisen und wird auch in der Literatur nirgends bestritten<sup>127)</sup>.

Sicher erscheint auch noch, daß die *Equal Protection Clause* dann, wenn sie im Kontext mit dem Rassenproblem relevant wird, dem weißen Individuum keinen absoluten Gleichbehandlungsanspruch verleiht, also nicht als Gebot völliger *color-blindness* begriffen werden kann, das jegliche rassische Differenzierung zugunsten der farbigen Minderheit *per se* verfassungswidrig machen würde<sup>128)</sup>.

Fraglich ist nur, ob eine solche rassische Bevorzugung Farbiger lediglich als eng gefaßte Ausnahme von dem grundsätzlich rassen-neutralen Gleichheitssatz zu betrachten ist oder ob sich aus der *Equal Protection Clause* neben dem »farbenblinden« individuellen Gleichbehandlungsanspruch ein besonderer Schutzanspruch der Angehörigen rassischer Minderheiten

<sup>126)</sup> Diese Begriffe sind von Broderick, a.a.O. (Anm. 13), S. 127, geprägt worden.

<sup>127)</sup> Siehe hierzu statt vieler wiederum Broderick, a.a.O. (Anm. 13), S. 144 ff.

<sup>128)</sup> Vgl. hierzu schon weiter oben, S. 511 f.

herleiten läßt. Zu prüfen ist also, ob mit der *any person line* eine gleich- oder gar höherrangige *race line* konkurriert, so daß in jedem Einzelfall zwischen zwei widerstreitenden Schutzzwecken der *Equal Protection Clause* sorgfältig abzuwägen wäre<sup>129)</sup>.

Wie bereits dargelegt<sup>130)</sup>, sollte die *Equal Protection Clause* des 14. Amendments nach dem ursprünglichen Willen ihrer Verfasser hauptsächlich als Instrument zur Beseitigung der rechtlichen Minderstellung der geknechteten schwarzen Bevölkerung fungieren; als solches ist sie auch vom Supreme Court zunächst nach Ende des Bürgerkrieges und später dann insbesondere in seiner auf die *Brown*-Entscheidung folgenden Spruchpraxis mehr oder minder wirkungsvoll eingesetzt worden. Rechtstechnisch wurde dabei der *race line* des *Equal Protection*-Schutzes vom Supreme Court dadurch Geltung verschafft, daß rassistische Differenzierungen zum Nachteil der Farbigen generell für verfassungsrechtlich suspekt erklärt und deshalb mit besonderer Strenge richterlich überprüft wurden<sup>131)</sup>. Die von den Obersten Richtern bisher mit diesem

---

<sup>129)</sup> Diesen Prüfungsansatz legt auch Sedler (a.a.O. [Anm. 13], S. 335 ff.) seiner verfassungsrechtlichen Analyse des vorinstanzlichen *Bakke*-Urteils zugrunde, wobei er die konkurrierenden Schutzzwecke der *Equal Protection Clause* schlagwortartig mit *racial neutrality* und *black freedom* umreißt. Da der erstere Begriff nicht die individualrechtliche Zuordnung zum Ausdruck bringt und der letztere nur die schwarze Minderheit anzusprechen scheint, werden die von Broderick (a.a.O. [Anm. 13]) vorgeschlagenen Umschreibungen *any person line* und *race line* hier bevorzugt. Auch Broderick führt die Problematik des *Bakke*-Falls auf einen Konflikt zwischen diesen beiden »Linien« der *Equal Protection Clause* zurück (*ibid.*, S. 124 ff.). — J. Stone (Justice in the Slough of Equality, Hastings Law Journal, Bd. 29 [1978], S. 995 ff., bes. S. 1010 ff.) wählt hingegen für seine verfassungsrechtliche Beurteilung von *reverse discrimination*-Fällen einen anderen Ansatz: Seiner Auffassung nach verlangt eine Klärung der *affirmative actions*-Problematik "more than a choice between two conflicting versions of equality . . . The decisive final issue is not really apt for disposition in terms of equal protection of the laws; its meaning is more precisely sought in terms of minimal acceptable standards of justice, or the avoidance of unacceptable arbitrariness and unreasonableness" (*ibid.*, S. 1017). Speziell auf den *Bakke*-Fall bezogen folgert Stone dann, "that it is not equality but some wider notion such as 'justice', or a society that is 'not race conscious', or 'not oppressive' which is decisive" (*ibid.*, S. 1021). Stones Beurteilungsmaßstab der "minimum tolerable levels of justice" (*ibid.*, S. 1019) dürfte wegen seiner Unbestimmtheit in der Praxis nur schwer zu handhaben sein; sollte sich daher aus der *Equal Protection Clause* tatsächlich eine *race line* herauslesen lassen, so dürfte damit die naheliegendere und eher konkretisierbare Rechtfertigungsbasis für die *affirmative actions* gefunden sein.

<sup>130)</sup> Siehe oben, S. 500.

<sup>131)</sup> Vgl. im einzelnen oben, S. 526 ff.



Ansatz verfolgte materiell-verfassungsrechtliche Zielvorstellung der *black freedom*<sup>132)</sup> würde negiert, wollte man — wie Powell im *Bakke*-Urteil — nun auch rassische Differenzierungen zuungunsten einzelner weißer Individuen der Kategorie suspekter Differenzierungen zuschlagen und damit der weißen *any person line* gegenüber der farbigen *race line* des *Equal Protection*-Schutzes heute in aller Regel einen Vorrang einräumen. Im Gegensatz zu Powell dürften sich die Richter um Brennan der *race line* innerhalb der *Equal Protection Clause* bewußt gewesen sein, als sie ihrer Beurteilung des rassischen Quoten-Systems der Universität in Davis einen weniger strengen Prüfungstest zugrunde legten, der zumindest eher als der *strict scrutiny test* eine unvoreingenommene Abwägung zwischen Bakkes individuellem Anspruch auf Chancengleichheit und dem Anspruch farbiger Bewerber auf einen durch die *race line* dieser Klausel vermittelten »Sonderschutz« erlaubt. Diesen Schutzzweck der *race line* gilt es im folgenden näher zu bestimmen.

Ein besonderer Schutzanspruch der Angehörigen einer rassischen Minderheit dürfte sich aus der *race line* der *Equal Protection Clause* zunächst einmal nur dann ergeben, wenn diese gerade wegen ihrer spezifischen Rassenzugehörigkeit irgendwelche greifbare Benachteiligungen erfahren haben. Bevorzungen Farbiger zu Lasten Weißer, die nicht mit einer rassischen Benachteiligung, sondern mit der Rasse der Bevorzugten als solcher motiviert werden, erscheinen demgegenüber jedenfalls im Rahmen von *Equal Protection* nicht unbedingt sonderschutzbedürftig<sup>133)</sup>. Der entscheidende Grund für die besondere Schutzbedürftigkeit der Schwarzen lag nämlich von jeher in deren rassischer Benachteiligung. Während mit der *race line* der *Equal Protection Clause* ursprünglich die Herausführung der versklavten Neger aus dem Zustand der Rechtlosigkeit bezweckt worden war, ist heute nach einem langwierigen Prozeß der rechtlichen Emanzipation der Schwarzen in den Vereinigten Staaten das Problem rassischer Ungleichheit zwischen Schwarz und Weiß zwar formal-rechtlich bewältigt. Geblieben sind aber neben den vielfältigen Formen subtiler gesellschaftlicher Diskriminierung die

<sup>132)</sup> Vgl. oben Anm. 129.

<sup>133)</sup> In diesem Sinne z. B. auch Morse/Rusciano, a.a.O. (Anm. 106), S. 741, 761; Greenawalt, a.a.O. (Anm. 106), S. 594. Hingegen plädieren Sedler (a.a.O. [Anm. 13], S. 361) und Sandalow (a.a.O. [Anm. 105], S. 691 f.) dafür, bei der Bevorzugung farbiger Bewerber in universitären Zulassungsverfahren allein auf deren Rasse abzuheben. — Die Universität in Davis hat jedoch — wie berichtet (siehe oben S. 513) — entsprechend der hier vertretenen Ansicht die Zulassung farbiger Bewerber von der Voraussetzung einer rassisch bedingten Benachteiligung abhängig gemacht.

Nachwirkungen früherer staatlicher Rassendiskriminierung, die die Schwarzen auch heute noch auf vielen Gebieten im Konkurrenzkampf mit ihren weißen Mitbürgern erheblich benachteiligen. Die folgenden Fakten sollen dies belegen<sup>134)</sup>:

Negerkinder haben heute eine um fünf Jahre kürzere Lebenserwartung als weiße; die Sterblichkeitsrate von Müttern bei der Geburt ist bei Schwarzen um mehr als das Dreifache höher als bei Weißen; die Kindersterblichkeit ist bei Schwarzen beinahe doppelt so hoch wie bei Weißen; das Durchschnittseinkommen einer Negerfamilie macht nur etwa 60 % des Einkommens einer weißen Familie aus; die Zahl der Schwarzen, die in Familien mit einem Einkommen unterhalb der Armutsgrenze leben, ist fast viermal größer als diejenige Weißer; die Arbeitslosenzahl erwachsener Schwarzer ist doppelt so hoch wie diejenige erwachsener Weißer; unter den schwarzen Jugendlichen gibt es beinahe dreimal so viele Arbeitslose wie unter den weißen<sup>135)</sup>.

Obwohl nach amtlichen statistischen Angaben<sup>136)</sup> im Jahre 1970 etwa 11 % der amerikanischen Gesamtbevölkerung Schwarze waren, stellten sie doch nur 2,06 % der Architekten, 1,25 % der Rechtsanwälte und Richter, 2,04 % der Ärzte, 2,46 % der Zahnärzte, 2,14 % der Apotheker und 1,12 % der Ingenieure. Andererseits waren 1970 42 % aller amerikanischen Gefängnisinsassen Neger<sup>137)</sup>. Jüngeren Einzelerhebungen zufolge dürfte sich das für 1970 gezeichnete Bild bis heute jedenfalls nicht entscheidend zugunsten der Schwarzen verschoben haben<sup>138)</sup>. Benach-

---

<sup>134)</sup> Die nachfolgend aufgezeigten Benachteiligungen der schwarzen Minderheit dürften zwar nicht ohne weiteres als unmittelbare Folgen früherer staatlicher Diskriminierung auszuweisen sein; jedenfalls mittelbar lassen sie sich aber wohl durchgängig auf ehemalige von Staats wegen tolerierte Segregations- und Diskriminierungspraktiken – vor allem z. B. im Schulbereich – zurückführen.

<sup>135)</sup> Sämtliche Angaben sind dem Sondervotum von Richter Marshall im *Bakke-Urteil* (98 S.Ct. 2802) entnommen, der seine Daten aus Erhebungen des U.S. Dept. of Commerce (Bureau of the Census) und des U.S. Dept. of Labour (Bureau of Labor Statistics) von 1977 bzw. 1978 bezieht.

<sup>136)</sup> Diese Zahlenangaben beruhen auf dem zuletzt 1970 durchgeführten U.S. Census (siehe Brief Amicus Curiae of the National Fund for Minority Engineering Students, wiedergegeben in: *Bakke v. Regents of the University of California* [Prozeßmaterialien], hrsg. von A. A. Slocum für den Council on Legal Education Opportunity [CLEO], Bd. III [1978], S. 280), auf den auch im *Bakke-Urteil* wiederholt abgehoben wird.

<sup>137)</sup> Siehe Brief Amici Curiae of the Mexican American Legal Defense and Educational Fund, et al., in: Prozeßmaterialien, a.a.O. (Anm. 136), Bd. IV, S. 589.

<sup>138)</sup> Vgl. hierzu sogleich Anm. 142.

teiligungen von ähnlichem Ausmaß ließen sich auch für andere rassische Randgruppen in den Vereinigten Staaten dokumentieren<sup>139)</sup>.

Die seit Ende der sechziger Jahre an vielen amerikanischen Universitäten praktizierten *affirmative action programs* haben einen deutlichen Anstieg der Zahl zugelassener farbiger Studenten bewirkt: So waren z. B. an den Law Schools im Jahre 1964 lediglich 1,3 % der Studienanfänger Farbige, 1976 hingegen immerhin 8,1 %<sup>140)</sup>; an den Medical Schools gehörten 1970 lediglich 2,8 % der zugelassenen Studenten einer farbigen Minderheit an, 1975 und 1976 dagegen 10 % bzw. 9 %<sup>141)</sup>. Auffallend ist aber, daß sich die Zahl der praktizierenden farbigen Juristen und Ärzte offenbar weit weniger erhöht hat als die Zahl der farbigen Jura- und Medizinstudenten: So soll sich zwar der Anteil der Schwarzen an den juristischen Berufen von 0,007 % im Jahre 1930 auf 1,8 % im Jahre 1977 gesteigert haben<sup>142)</sup>, er liegt damit aber noch weit unter dem Anteil der an den Law Schools eingeschriebenen schwarzen Studenten; ähnliches gilt für die schwarzen Ärzte, die 1974 nur 2 % der gesamten Ärzteschaft ausmachten<sup>143)</sup>. Dieses Auseinanderklaffen der Zahlen farbiger Studienanfänger und der in den entsprechenden Berufen tätigen Farbigen zeigt, daß deren Berufschancen durch die Bevorzugung bei der Zulassung zum Studium jedenfalls bisher nicht in dem erhofften Maße gestiegen sind<sup>144)</sup>.

<sup>139)</sup> Detaillierte Zahlenangaben zur Benachteiligung der Hispanoamerikaner und Indianer im Vergleich zu den Schwarzen in den verschiedensten Lebensbereichen finden sich z. B. in dem bereits zitierten Brief *Amici Curiae of the Mexican American Legal Defense and Educational Fund, et al.*, a.a.O. (Anm. 136), S. 582 ff., und im Brief *Amicus Curiae of the United States of America*, in: Prozeßmaterialien, a.a.O. (Anm. 136), Bd. VI, S. 51 f. (in Bezug auf den Arztberuf); die dortigen Angaben zeigen auch, daß die Amerikaner asiatischer Herkunft gegenüber den Weißen erheblich weniger benachteiligt sind als die anderen farbigen Minderheitengruppen.

<sup>140)</sup> Siehe hierfür Brief *Amicus Curiae for the Association of American Law Schools*, in: Prozeßmaterialien, a.a.O. (Anm. 136), Bd. III, S. 384.

<sup>141)</sup> So laut Angaben der *Association of American Medical Colleges*, *New York Times* vom 25. 10. 1977, S. 1. Aus dem Brief *Amicus Curiae* dieser Vereinigung (in: Prozeßmaterialien, a.a.O. [Anm. 136], Bd. I, S. 424), ergibt sich, daß hier gerade der Anteil der Schwarzen an der gesamten Studentenschaft mit 4,2 % (1969/70) und 6,8 % (1975/76) hinter dem der farbigen Studenten insgesamt noch zurückbleibt.

<sup>142)</sup> Siehe Brief *Amici Curiae of the National Medical Association, et al.*, in: Prozeßmaterialien, a.a.O. (Anm. 136), Bd. III, S. 585 f.

<sup>143)</sup> *Ibid.*, S. 588.

<sup>144)</sup> Wo die Ursachen hierfür zu suchen sind, kann hier nicht untersucht werden. Verfehlt wäre es jedenfalls, aus der Tatsache, daß sich der Anteil Farbiger an akademischen Berufen durch die universitären *affirmative actions* bisher offenbar noch nicht hat entscheidend steigern lassen, vorschnell auf die Ungeeignetheit solcher Sonderzulassungsverfahren zu schließen.

Welche Bedeutung den Sonderzulassungsverfahren an amerikanischen Universitäten heute dennoch zukommt, soll das Ergebnis einer von der North Carolina Central University Law School im Jahre 1977 veranstalteten Umfrageaktion zeigen, bei der 130 Law Schools um Auskunft darüber gebeten worden waren, wieviele Minderheitenbewerber in den letzten Jahren voraussichtlich zum Studium zugelassen worden wären, wenn sie sich nicht (wie tatsächlich geschehen) nach einem *preferential admission plan*, sondern nach den *general admission standards* hätten qualifizieren müssen. Die Antworten der Law Schools<sup>145)</sup> ergaben, daß ohne die Existenz von Sonderzulassungsverfahren im Zeitraum 1974–1977 nur etwa 12 % der tatsächlich angenommenen schwarzen Bewerber hätten studieren können; von den insgesamt zu vergebenden Studienplätzen wären also nur 0,78 % von Schwarzen eingenommen worden — ein Prozentsatz, der noch klar unter dem der heute praktizierenden schwarzen Juristen gelegen hätte<sup>146)</sup>.

Schon diese wenigen statistischen Angaben dürften zeigen, daß die schwarze Minderheit in den Vereinigten Staaten auch heute noch unter vielfältigen rassistisch bedingten Nachteilen zu leiden hat. Darüber können auch diejenigen Stimmen nicht hinwegtäuschen, die die gegenwärtige gesellschaftliche Minderstellung der Schwarzen eher auf rassen-indifferente sozio-ökonomische Ursachen zurückzuführen versuchen<sup>147)</sup>. Die übergroße Repräsentanz der Schwarzen in der unterprivilegierten Bevölkerungsschicht, deren vielfach gravierendes Bildungsdefizit und — daraus folgend — deren deutlich geminderte Berufs- und allgemeine Lebenschancen ahistorisch, also losgelöst von der leidvollen Vergangenheit der amerikanischen Neger, erklären zu wollen, hieße die enge Verwobenheit zwischen den Nachwirkungen früherer Rassendiskriminierung und der sozio-ökonomischen Benachteiligung der schwarzen Minderheit verkennen<sup>148)</sup>.

Nach allem dürfte deutlich geworden sein, daß die *race line* der *Equal Protection Clause* heute keineswegs bloß eine historische Reminiszenz an die Zeit der Sklavenbefreiung darstellt, sondern nach wie vor eine bedeutsame Sonderschutzfunktion neben der *any person line* erfüllt. Zwar

---

<sup>145)</sup> Etwa 40 % der befragten Law Schools gaben die erbetenen Auskünfte.

<sup>146)</sup> Die Ergebnisse dieser Umfrage sind im Detail wiedergegeben bei Broderick, a.a.O. (Anm. 13), S. 170 f., 180 ff.

<sup>147)</sup> Zumindest in diese Richtung gehen z. B. auch die Ausführungen Posners, a.a.O. (Anm. 106), S. 9 f.

<sup>148)</sup> Dies wird z. B. auch von Fagan / Damelio, a.a.O. (Anm. 106), S. 475, betont.

hat die *race line* insofern endlichen Charakter, als sie mit der Erreichung voller materieller Rassengleichheit in den Vereinigten Staaten ihren Zweck erfüllt haben und in der *any person line* der *Equal Protection Clause* aufgehen wird. Dieses Ziel ist aber derzeit noch nicht in Sicht<sup>149)</sup>.

Wenn bisher vornehmlich von rassistischen Benachteiligungen der Schwarzen die Rede war, solche anderer Minderheitengruppen wie insbesondere der Hispano-Amerikaner, Indianer und Asiaten hingegen nur beiläufig erwähnt wurden, so nur deshalb, weil die Diskriminierung der Neger besonders geschichtsträchtig ist und die amerikanische Gesellschaft bisher am nachhaltigsten belastet und aufgerüttelt hat<sup>150)</sup>. Nicht zu bezweifeln ist aber, daß grundsätzlich alle rassistischen (und ethnischen) Minderheiten durch die *race line* der *Equal Protection Clause* geschützt werden; dies wird vom Supreme Court auch schon seit langem bestätigt<sup>151)</sup>. Andererseits müssen die im Rahmen von staatlichen *affirmative action*-Programmen zu vergebenden Vorteile nicht unbedingt gleichmäßig auf die einzelnen Minderheitengruppen verteilt werden; vielmehr erscheint es geboten, die einzelnen Gruppen je nach dem Grad ihrer rassistischen Benachteiligung differenziert zu behandeln<sup>152)</sup>.

### 3. Konkurrierende Individual- und Gruppenansprüche aus der *Equal Protection Clause*?

Nach den bisherigen Überlegungen dürfte einiges für die Annahme sprechen, daß im Rahmen der *Equal Protection Clause* die *any person line*

<sup>149)</sup> So werden — um nur ein Beispiel zu nennen — mindestens bis 1985 schwarze Studenten aus den Südstaaten, die mit großer Wahrscheinlichkeit ihre gesamte Schulzeit an segregierten Schulen verbracht haben, ihre Zulassung zu einem Universitätsstudium beantragen. Außerhalb des Südens ist die Desegregation bis heute sogar wohl eher noch weniger vorangekommen. Vgl. hierzu Näheres bei Sedler, der hierzu detaillierte Zahlenangaben macht (a.a.O. [Anm. 13], S. 353 ff.).

<sup>150)</sup> Die Indianer und Amerikaner mexikanischer Abstammung, deren Los lange Zeit von der Öffentlichkeit vergleichsweise wenig beachtet worden ist, dürften kaum weniger als die Schwarzen unter rassistisch bedingten Diskriminierungen zu leiden gehabt haben. Vgl. für die Situation der Indianer z. B. E. J. Ward, *Minority Rights and American Indians*, *North Dakota Law Review*, Bd. 51 (1974/75), S. 137 ff., besonders S. 138–140, und für die der mexikanischen Amerikaner den Brief *Amici Curiae of the Mexican American Legal Defense and Educational Fund, et al.*, in: *Prozeßmaterialien*, a.a.O. (Anm. 136), Bd. IV, S. 561 ff.

<sup>151)</sup> So schon in den *Slaughter-House-Fällen*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 72 (1873).

<sup>152)</sup> Vgl. Anm. 139. — Ob die Universität in Davis die im Sonderzulassungsverfahren an farbige Bewerber zu vergebenden 16 Studienplätze auf die einzelnen Minderheiten-gruppen gerecht verteilt hat, soll hier nicht nachgeprüft werden.

und die *race line* zumindest gleichrangige Schutzfunktionen erfüllen. Zu klären ist aber noch, wer Adressat der jeweiligen »Linie« des *Equal Protection*-Schutzes ist.

Der Schutz der *any person line* kommt jedem Individuum gleichgültig welcher Hautfarbe zugute. Nach traditioneller Auffassung des Supreme Court sind nämlich die im ersten Absatz des 14. Amendments niedergelegten Rechte "by its terms, guaranteed to the individual. The rights established are personal rights"<sup>153</sup>).

Diese Aussage scheint auf den ersten Blick auch für die *race line* verbindlich zu sein, obwohl sich dort als Träger des Anspruchs auf Beseitigung der nachteiligen Folgen früherer Rassendiskriminierung zum Zwecke der Herstellung materieller Rassengleichheit weniger das einzelne Individuum als vielmehr die jeweilige Minderheitengruppe, der das betreffende Individuum wegen seiner spezifischen Rasse fest angehört, anbieten dürfte. In der jüngeren Rechtsprechung des Supreme Court finden sich denn auch viele Anzeichen dafür, daß die Obersten Richter den gruppenrechtlichen Charakter der *race line* erkannt haben, wobei in deren Schutz grundsätzlich alle nach rassischen Kriterien spezifizierbaren Gruppen, also sowohl die farbigen Minderheiten als auch die weiße Mehrheit, einbezogen werden<sup>154</sup>).

Zu erinnern ist zunächst einmal daran, daß die nach dem Bürgerkrieg erlassenen Bürgerrechtsamendments und -gesetze von Anfang an als Instrumente zum Schutz der schwarzen Minderheit in ihrer Gesamtheit gedacht waren. Ferner ist darauf zu verweisen, daß der Supreme Court im Rahmen der *strict scrutiny* nicht nur jede Einschränkung eines *fundamental right* (d. h. einer individualrechtlichen Position), sondern auch alle auf bestimmten Gruppenmerkmalen beruhende »suspekte« Differenzierungen besonders strenger richterlicher Prüfung unterzogen und damit spezielle Gruppen unter Schutz gestellt hat. Besonders deutlich auf Gruppenrechte abgehoben wird in der Entscheidung *United Jewish Organizations v. Carey* von 1977; dort wird im Rahmen der Prüfung, ob durch die strittige Wahlkreisneueinteilung von New York die weiße Wählerschaft in ihrem Recht aus dem 14. oder 15. Amendment verletzt worden ist, folgende Feststellung getroffen: ". . . as long as whites in Kings County, as a group, were provided with fair representation, we

---

<sup>153</sup>) Powell in: *Regents v. Bakke*, 98 S.Ct. 2748, unter Zitierung der Entscheidungen *Shelley v. Kraemer*, 68 S.Ct. 836, 846 (1948); *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 59 S.Ct. 232, 237 (1938); *Mc Cabe v. Atchison*, 35 S.Ct. 69, 71 (1914).

<sup>154</sup>) Vgl. insbesondere *United Jewish Organizations v. Carey*, 97 S.Ct. 996, 1004, 1010.

cannot conclude that there was a cognizable discrimination against whites or an abridgement of their right to vote on the ground of race" <sup>155</sup>). Wenn diese höchstrichterliche Aussage als Hinweis auf den gruppenrechtlichen Charakter des durch das 14. (und 15.) Amendment vermittelten Diskriminierungsschutzes allgemein gewertet werden darf, so spricht wohl einiges dafür, daß auch im speziellen Fall von *racial preferential measures* als Adressat der Bevorzugung weniger das einzelne farbige Individuum als vielmehr die betreffende Minderheitengruppe zu betrachten ist. Diese Einschätzung dürfte auch den Hintergrund für die Auffassung der Richter um Brennan im *Bakke*-Urteil gebildet haben, daß die rassische Bevorzugung eines Farbigen nicht vom Nachweis individueller Diskriminierung abhängig gemacht werden dürfe, wenn sie hierzu ausführen: "Such relief does not require as a predicate proof that recipients of preferential advancement have been individually discriminated against; it is enough that each recipient is within a general class of persons likely to have been the victims of discrimination" <sup>156</sup>). Einen deutlichen gruppenrechtlichen Einschlag läßt auch die eingangs des Brennan-Votums getroffene Aussage erkennen, die als "central meaning of today's opinions" ausgegeben wird: "Government may take race into account when it acts not to demean or insult any racial group, but to remedy disadvantages cast on minorities by past racial prejudice, at least when appropriate findings have been made by judicial, legislative, or administrative bodies with competence to act in this area" <sup>157</sup>).

Die Annahme, daß die *race line* des *Equal Protection*-Schutzes in erster Linie gruppenrechtliche Ansprüche verleiht, könnte die Argumentationsbasis derjenigen stärken, die *affirmative actions* zugunsten farbiger Minderheitengruppen als Mittel zur Beseitigung von Diskriminierungsfolgen für mit der *Equal Protection Clause* vereinbar halten. Zum einen würde – wie bereits angedeutet – der einzelne Farbige, der in den Genuß der Bevorzugung kommen will, des oft nur schwer zu erbringenden Nachweises eigener konkreter Benachteiligung durch frühere Diskriminierung enttoben, da schon allein seine Zugehörigkeit zu einer benachteiligten Minderheitengruppe die Vermutung schafft, daß er selbst unter Diskriminierungsschäden zu leiden hat. Zum anderen käme dann, wenn – wie

---

<sup>155</sup>) *Ibid.*, S. 1010.

<sup>156</sup>) 98 S.Ct. 2786.

<sup>157</sup>) 98 S.Ct. 2766. Ob damit allerdings der Konsens zwischen der Brennan-Gruppe und Powell zutreffend zusammengefaßt wird, erscheint fraglich.

im *Bakke*-Fall — *Equal Protection*-Ansprüche aus der *any person line* und der *race line* miteinander konkurrieren, bei der Entscheidung, welcher »Linie« im konkreten Fall der Vorzug gebührt, dem Umstand, daß dem individualrechtlichen Anspruch aus der *any person line* ein gruppenrechtlicher aus der *race line* gegenübersteht, eine vielleicht ausschlaggebende Bedeutung zu.

An dieser Stelle könnte die Frage aufgeworfen werden, warum Bakkes Behauptung, er sei allein wegen der Bevorzugung weniger qualifizierter farbiger Studienbewerber vom Studium ausgeschlossen worden, hier gemäß der *any person line* und nicht gemäß der *race line* beurteilt wird<sup>158)</sup>, da sich Bakke genau wie die farbigen Kandidaten auch gerade wegen seiner spezifischen Rasse diskriminiert gefühlt hat. Dem ist entgegenzuhalten, daß durch Bakkes Abweisung nicht die weiße Gruppe insgesamt in der für die Rassendiskriminierung kennzeichnenden Weise stigmatisiert worden ist, sondern eben nur das individuelle Interesse eines einzelnen Vertreters der weißen Mehrheit an seinem eigenen beruflichen Fortkommen dem Interesse ehemals stigmatisierter und heute noch stark benachteiligter Minderheitengruppen an der Herstellung rassenspezifischer materieller Chancengleichheit durch deren vorübergehende und zahlenmäßig begrenzte Bevorzugung hat weichen müssen. Weiße Gruppeninteressen wären im Fall *Bakke* nur dann berührt gewesen, wenn die Universität in Davis die farbigen Bewerber gegenüber deren weißen Konkurrenten stark überproportional, d. h. weit über den prozentualen Anteil der Farbigen an der amerikanischen Gesamtbevölkerung hinaus, bevorzugt oder gar in einem Studienjahr überhaupt nur noch Farbige aufgenommen hätte<sup>159)</sup>.

---

<sup>158)</sup> E. J. Charlton/R. E. Heideck (Preferential Admissions to Professional Schools: The Equal Protection Challenge, *Villanova Law Review*, Bd. 22 [1976/77], S. 1008 f. Anm. 115) wollen dem Anspruch eines weißen Studienbewerbers "both individual and group aspects" zuerkennen.

<sup>159)</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des U.S. Court of Appeals (8th Cir.) in *Carter v. Gallagher* (452 F. 2d 315 (1971), *modified en banc*, 452 F. 2d 327 (1972)), der sich mit folgendem Fall zu befassen hatte: Eine Stadt, die ca. 6,5 % schwarze Einwohner hatte, unterhielt eine ausschließlich aus Weißen rekrutierte Feuerwehr. Während der District Court hierin eine rassische Diskriminierung der farbigen Minderheitengruppen erblickt und deshalb angeordnet hatte, daß die nächsten 20 freien Stellen ausschließlich mit farbigen Bewerbern zu besetzen seien, hielt der Eighth Circuit Court diese absolute Bevorzugung der Farbigen für unzulässig und verfügte stattdessen, daß so lange jeder dritte neu eingestellte Feuerwehrmann einer farbigen Minderheit angehören mußte, bis insgesamt 20 Stellen an Farbige vergeben waren. Das Gericht hat hierzu ausgeführt: "The absolute preference ordered



Teilt man nach allem grundsätzlich die Ansicht, daß bei der Anwendung der *Equal Protection Clause* auf Fälle von rassischen Bevorzugungen Farbiger zu Lasten Weißer jeweils zwischen konkurrierenden weißen bzw. farbigen Individual- und Gruppeninteressen abzuwägen ist, so dürfte das farbige Gruppeninteresse aus der *race line* grundsätzlich schwerer wiegen als das weiße Individualinteresse aus der *any person line*. Zugunsten der farbigen Gruppe spricht nämlich zunächst einmal deren quantitatives Plus, daneben aber auch ein gewichtiges qualitatives Argument: Anerkennt man, daß sich die *Equal Protection Clause* über die *race line* auch des Minderheitenschutzes annimmt, so muß die *any person line* durch die *race line* zwangsläufig gewisse Einschränkungen erfahren, wenn die Sonderschutzfunktion der letzteren nicht von vornherein leerlaufen soll. Bei der Abwägung zwischen den konkurrierenden Rechtsinteressen Bakkes und seiner farbigen Mitbewerber für einen Studienplatz an der Universität in Davis dürfte also zu beachten sein, daß dann, wenn Individualinteressen der *any person line* und Gruppeninteressen der *race line* aufeinander prallen, den letzteren jedenfalls grundsätzlich eine gewisse Präferenz zukommt<sup>160</sup>).

#### 4. Abwägung zwischen weißem Individualinteresse und farbigen Gruppeninteressen im Bakke-Fall

Obwohl die hier soeben entwickelten theoretischen Überlegungen in Richtung einer Wertentscheidung zugunsten der im *Bakke-Fall* vorgebrachten farbigen Gruppeninteressen wiesen, ist damit noch keineswegs entschieden, ob das konkrete minderheitenfreundliche Zulassungs-

---

by the trial court would operate as a present infringement on those non-minority group persons who are equally or superiorly qualified for the fire fighter's positions; and we hesitate to advocate implementation of one constitutional guarantee by the outright denial of another. Yet we acknowledge the legitimacy of erasing the effects of past racially discriminatory practices . . . To accommodate these conflicting considerations, we think some reasonable ratio for hiring minority persons who can qualify under the revised qualification standards is in order for a limited period of time, or until there is a fair approximation of minority representation consistent with the population mix in the area" (*ibid.*, S. 330).

<sup>160</sup> Die vorstehenden Überlegungen decken sich im wesentlichen mit der Argumentation *Sedlers* (a.a.O. [Anm. 13], S. 372 ff.). In diesem Sinne auch *Tribe* (a.a.O. [Anm. 47], S. 1048), wenn er zu dem Ergebnis kommt: ". . . there would be no merit in a principle that a state may seek to benefit minorities as groups but may not treat an individual less favorably because he or she does not belong to a minority group . . .".

verfahren der Universität mit seinem rassischen Quoten-System vor der *Equal Protection Clause* bestehen konnte.

Betrachtet man zunächst einmal die Ziele, die die Universität nach ihren eigenen Angaben mit dem Sonderzulassungsverfahren verfolgt hat<sup>161)</sup>, so läßt sich kaum daran zweifeln, daß die Bevorzugung der farbigen Studienbewerber als kompensatorische Maßnahme zum Zwecke des Minderheitenschutzes gedacht war; dies gilt jedenfalls für die ersten drei Zielvorstellungen der Universität, während deren vierte Maxime, nämlich das Streben nach einer ethnisch gemischten Studentenschaft, mehr allgemeiner bildungspolitischer Natur sein dürfte. Daß Powell in seinem Votum ausgerechnet die *ethnic diversity* als einziges der vier Ziele für ein *compelling State interest* gehalten und damit als Rechtfertigung für das rassische Quoten-System der Universität in Betracht gezogen hat, dürfte zeigen, daß für Powell der Gesichtspunkt des Minderheitenschutz im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung nicht bestimmend gewesen ist<sup>162)</sup>.

Nachdem *race-conscious programs* an Universitäten – in Übereinstimmung mit Powell und der Brennan-Gruppe – grundsätzlich als verfassungsrechtlich unbedenklich gelten können, bleibt nur noch die Frage, ob die Universität in Davis aus verfassungsrechtlichen Gründen gehalten sein konnte, anstelle des starren Quoten-Systems ein flexibleres und »neutraleres« minderheitenfreundliches Verfahren zu praktizieren. In dieser Frage ist Richter Blackmun voll beizupflichten, wenn er in seinem Sondervotum feststellt:

---

<sup>161)</sup> Siehe oben S. 518.

<sup>162)</sup> Starkes Gewicht wird dem Aspekt der *ethnic diversity* als Argument zur Rechtfertigung von rassischen Bevorzugungen Farbiger in universitären Zulassungsverfahren vor allem von Sandalow (a.a.O. [Anm. 105], S. 682 ff.) beigemessen. Ihm ist insoweit beizupflichten, als er sich dagegen wendet, anstelle von »Rasse« den *disadvantaged background* jedes Bewerbers als rassenneutrales Zulassungskriterium zu verwenden (so aber der Supreme Court of California in seinem *Bakke*-Urteil; 553 P. 2d 1152, 1166). Entgegen der Ansicht Sandalows dürfte aber zu fordern sein, daß »Rasse« nur in Verbindung mit »Benachteiligung« die Vorzugswürdigkeit eines farbigen Bewerbers begründet. Mit der *ethnic diversity* würde zudem ein Zulassungskriterium eingeführt werden, das im Gegensatz zur »rassischen« Benachteiligung keine nur transitorische Bedeutung hätte. In diesem Sinne z. B. auch Ch. F. Abernathy, *Affirmative Action and the Rule of Bakke*, *American Bar Association Journal*, Bd. 64 (1978), S. 1236, und Greenawalt, a.a.O. (Anm. 106), S. 590 ff., 594, und J. Van Dyke, *Bakke v. The Regents of the University of California*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Bd. 3 (1976), S. 891 ff.

“There is no particular or real significance in the 84-16 division at Davis. The same theoretical, philosophical, social, legal, and constitutional considerations would necessarily apply to the case if Davis’ special admissions program had focused on any lesser number, that is, on 12 or 8 or 4 places or, indeed, on only 1”<sup>163</sup>).

Mit der *Equal Protection Clause* in Konflikt geraten wäre das Davis-Verfahren dann, wenn auf seiner Basis weit mehr farbige Studienbewerber zugelassen worden wären als dem Anteil der Farbigen an der Gesamtbevölkerung der Vereinigten Staaten entspricht; in diesem Fall hätte nämlich das Quoten-System das verfassungsrechtlich geschützte Gruppeninteresse der weißen Mehrheit berührt. Ob die Universität anstelle ihres zweigleisigen Zulassungsverfahrens besser ein einheitliches Verfahren hätte wählen sollen, bei dem das Kriterium der rassistischen Benachteiligung als ein im Einzelfall nach ihrem Ermessen mehr oder minder hoch zu veranschlagendes Qualifikationsmerkmal zur Geltung gekommen wäre, ist danach keine Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, sondern der hochschulpolitischen Zweckmäßigkeit im Rahmen der ihr von Verfassungen wegen zugebilligten akademischen Freiheit. Der insbesondere im Sondervotum Blackmuns zum Ausdruck gebrachten, in ihrer Substanz aber auch von der gesamten Brennan-Gruppe geteilten Erkenntnis, daß “(t)he administration and management of educational institutions are beyond the competence of judges and are within the special competence of educators”<sup>164</sup>), ist zuzustimmen<sup>165</sup>). Diesen Handlungsspielraum der Universitäten, denen bei der Förderung rassistisch benachteiligter Minderheitengruppen eine wichtige Funktion zufällt, dürfte Powell zu wenig Bedeutung beigemessen haben, wenn er deren Bestreben, den Farbigen einen festen Prozentsatz von Studienplätzen zu sichern, mit »Diskriminierung als Selbstzweck« gleichsetzt<sup>166</sup>).

Unbeachtlich dürfte in diesem Zusammenhang auch der Umstand sein, daß das Sonderzulassungsverfahren in Davis nicht vom kalifornischen Gesetzgeber verordnet worden war, sondern unmittelbar auf einer autonomen Entscheidung der Universität beruhte. Abgesehen davon, daß die kalifornische Verfassung die Leitung der Universität und die Gestaltung des Universitätsbetriebes ausdrücklich in die Hände des Board of Regents

<sup>163</sup>) 98 S.Ct. 2807.

<sup>164</sup>) 98 S.Ct. 2807. Vgl. auch das Brennan-Votum, *ibid.*, S. 2793 f.

<sup>165</sup>) Vgl. hierzu auch Hauser, a.a.O. (Anm. 68), S. 546.

<sup>166</sup>) Siehe Powell in 98 S.Ct. 2757. Zur selben Schlußfolgerung gelangt auch Hauser, *ibid.*

gelegt hatte, ohne die Kontrolle des Gesetzgebers dazwischenschalten<sup>167)</sup>, dürfte die Universität jedenfalls dann, wenn man in der *race line* der *Equal Protection Clause* ein verfassungsrechtliches Gebot zum Schutze benachteiligter rassischer Minderheiten erblickt, unmittelbar aus der Verfassung ihre Legitimation zu Fördermaßnahmen zugunsten farbiger Studienbewerber bezogen haben<sup>168)</sup>.

Alles in allem lassen sich die unterschiedlichen Standpunkte Brennans und Powells wie folgt charakterisieren:

Das Maß an Zurückhaltung, mit dem die Brennan-Gruppe das rassische Quoten-System der Universität in Davis nachgeprüft hat, läßt deren Einsicht in die Notwendigkeit kompensatorischer Maßnahmen zum Schutze der durch frühere Diskriminierung benachteiligten Minderheiten erkennen, die so lange gewissen Einschränkungen des individuellen Gleichheitssatzes geboten erscheinen lassen, bis die *Diskriminierungsfolgen* beseitigt sein werden. Dem Brennan-Votum dürfte somit jedenfalls tendenziell eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung zugrunde liegen, nach der bis zur Erreichung gesellschaftlicher Rassengleichheit das farbige Gruppeninteresse im Rahmen von *Equal Protection* grundsätzlich schutzwürdiger ist als das weiße Individualinteresse.<sup>169)</sup>

Demgegenüber neigt Powell — auf der Grundlage des *strict scrutiny test* — einer abstrakteren, den gegenwärtigen Benachteiligungen farbiger Minderheiten weniger Rechnung tragenden verfassungsrechtlichen Bewertung der *affirmative actions* zu. Er dürfte die Tragweite des amerikanischen Minderheitenproblems unterschätzen, wenn er den Befürwortern von *preferential programs* die Feststellung entgegenhält: "By hitching the meaning of the

---

<sup>167)</sup> Vgl. hierzu die Angaben im Brennan-Votum, 98 S.Ct. 2787–2788, note 42.

<sup>168)</sup> Nach herkömmlicher Auffassung kommt es bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns nicht darauf an, auf welcher rechtlichen Grundlage — Gesetzgebungsakt oder Universitätssatzung — dieses beruht. Vgl. hierzu Sandalow (a.a.O. [Anm. 105], S. 698 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen), der selbst allerdings der Auffassung ist, daß die Gerichte einer Entscheidung des Gesetzgebers mehr Respekt zu zollen haben als der einer untergeordneten staatlichen Behörde. Dennoch billigt Sandalow im Hinblick auf den von höherer Stelle bisher noch unbewältigten "conflict between values of a very high order" den Universitäten im Ergebnis die Befugnis zu einer die rassischen Minderheiten bevorzugenden Zulassungspolitik zu (a.a.O., S. 702).

<sup>169)</sup> Das Brennan-Votum wird sowohl im Ergebnis als auch in den wesentlichen Punkten der Argumentation durch eine Reihe von Literaturstimmen gestützt; so z. B. Tribe, a.a.O. (Anm. 47), S. 1052; Sedler, a.a.O. (Anm. 13), S. 329 ff.; Morris, a.a.O. (Anm. 84), S. 279 ff.; Galloway/Hewitt, a.a.O. (Anm. 90), S. 385 ff.; Ely, a.a.O. (Anm. 106), S. 723 ff.; Abernathy, a.a.O. (Anm. 162), S. 1236.

Equal Protection Clause to these transitory considerations, we would be holding, as a constitutional principle, that judicial scrutiny of classifications touching on racial and ethnic background may vary with the ebb and flow of political forces" <sup>170</sup>). Auf dem Umweg über das mit dem Rassendiskriminierungsproblem allenfalls mittelbar zusammenhängende Kriterium der *ethnic diversity* hält Powell allerdings die Berücksichtigung der »Rasse« als Zulassungsfaktor am Ende doch grundsätzlich für verfassungrechtlich unbedenklich.

#### *D. Rechts- und gesellschaftspolitische Konsequenzen des Bakke-Urteils*

##### I. Einzelfall- oder Grundsatzentscheidung?

Van Alstyne charakterisiert das *Bakke*-Urteil mit dem Satz "There is a 'judgement' for the Court — but no opinion for the Court" <sup>171</sup>) zutreffend, wenn man sich die Vielfalt der Richtermeinungen in diesem Urteil vor Augen führt: Das Urteil setzt sich aus sechs verschiedenen Voten zusammen, von denen keines mehr als die knappste Mehrheit von 5 : 4 Stimmen auf sich vereinigt. Der eigentliche Urteilsausspruch, also die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Zulassungsverfahrens in Davis und die Anordnung der Zulassung Bakkes zum Studium, wird — wie die Analyse der Entscheidungsgründe gezeigt hat — in Wirklichkeit noch von einem schmaleren Konsens der Obersten Richter getragen als das Stimmenverhältnis von 5 : 4 zunächst vermuten läßt. Von den fünf Richtern, die die Mehrheitsauffassung repräsentieren, haben vier ihrer Entscheidung eine Gesetzesauslegung zugrunde gelegt, die von allen übrigen Richtern zurückgewiesen worden ist. Der fünfte Richter auf Seiten der Mehrheit hat Bakke gar im Wege einer Interpretation der Verfassung recht gegeben, die von seinen Kollegen sämtlich entweder ausdrücklich mißbilligt oder bewußt nicht unterstützt worden ist.

Angesichts dieses stark zersplitterten Meinungsbildes, das die Obersten Richter im *Bakke*-Urteil bieten, wäre jede Prognose, wie sich der Supreme Court künftig in ähnlich gelagerten Fällen entscheiden würde, kaum mehr als bloße Spekulation. Schon das Umschwenken eines der neun Richter könnte die 4 : 1 : 4-Blockbildung im *Bakke*-Urteil entscheidend

<sup>170</sup>) 98 S.Ct. 2753.

<sup>171</sup>) William Van Alstyne, A Preliminary Report on the Bakke Case, American Association of University Professors Bulletin, Bd. 64 (1978), S. 286.

verändern. Unwägbarkeiten ergeben sich insbesondere auch daraus, daß sich immerhin vier Richter einer verfassungsrechtlichen Würdigung des *Bakke*-Falles bewußt enthalten haben, deren Standpunkt insoweit sich also allenfalls ahnen läßt<sup>172)</sup>.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, daß der im frühen Burger Court ganz überwiegend geschlossen votierende »Nixon-Block«, d. h. die von Präsident Nixon berufenen Richter Burger, Rehnquist, Blackmun und Powell, wie schon häufiger in jüngster Zeit, so auch im *Bakke*-Fall wieder aufgebrochen ist; überraschen muß dabei vor allem die »Entzweiung« der als »Minnesota twins« apostrophierten Richter Burger und Blackmun<sup>173)</sup>.

Da das *Bakke*-Urteil in allen entscheidenden Fragen Minimalkonsense enthält, die zudem nur durch wechselnde Koalitionen von Minderheiten erzielt worden sind, erscheint es nicht gerade dafür prädestiniert, eine über den Einzelfall hinausgehende Leitwirkung auf die künftige Spruchpraxis des Supreme Court selbst und der untergeordneten staatlichen und Bundesgerichte zu entfalten.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Obersten Richter mit dem *Bakke*-Urteil überhaupt eine richtungweisende Grundsatzentscheidung oder eher eine eng begrenzte Einzelfallentscheidung intendiert haben. Auch insoweit dürften die drei verschiedenen Richtergruppierungen keine einheitliche Linie verfolgt haben.

Die Richter um Stevens haben wohl schon durch ihr bewußtes Ausweichen vor einer verfassungsrechtlichen Erörterung des *Bakke*-Falles, aber auch etwa durch ihre (kaum vertretbare) enge Bestimmung der Tragweite des zu überprüfenden vorinstanzlichen Urteils<sup>174)</sup> deutlich zu erkennen gegeben, daß sie auf eine streng einzelfallbezogene Lösung aus waren, sich mit dem Problem der *reverse discrimination* also nicht mehr als unbedingt nötig auseinandersetzen wollten, um jedenfalls dessen verfassungsrechtliche Diskussion weiter offen zu halten.

Hingegen hat die Brennan-Gruppe offenkundig in der Vorlage des *Bakke*-Falles einen legitimen Anlaß gesehen, zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Bevorzugungen rassischer Minderheiten im Rahmen universitärer Zulassungsverfahren grundlegender Stellung zu be-

---

<sup>172)</sup> Vgl. eingehend zum bisherigen *Van Alstyne*, a.a.O. (Anm. 171), S. 288 ff.

<sup>173)</sup> Siehe hierzu Näheres bei A. Th. Mason, *Whence and Whither the Burger Court? Judicial Self-Restraint: A Beguiling Myth*, *The Review of Politics*, Bd. 41 (1979), S. 16.

<sup>174)</sup> Siehe hierzu oben, S. 515 f.

ziehen. Insbesondere mit der verfassungsrechtlichen Billigung des rassischen Quoten-Systems in Davis und der in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellung, "that a state government may adopt race-conscious programs if the purpose of such programs is to remove the disparate racial impact its actions might otherwise have and if there is reason to believe that the disparate impact is itself the product of past discrimination, whether its own or that of society at large"<sup>175</sup>), hat sie eine weit über den *Bakke*-Fall hinausweisende verfassungsrechtliche Tolerierung des Gebrauchs fester rassischer Quoten als Instrument des Staates zur Beseitigung der Rassendiskriminierungsfolgen befürwortet und damit nicht nur dem Gesetzgeber, sondern gerade auch den Universitäten insoweit einen breiten Handlungsspielraum eingeräumt.

Eine restriktivere Haltung hat in dieser Hinsicht Powell eingenommen. Er hat den untergeordneten staatlichen Behörden wie etwa den Universitäten die Befugnis abgesprochen, aus eigener Kompetenz Zulassungsverfahren mit rassischen Quoten einzuführen. Auch dem Kongreß würde er eine solche Befugnis künftig wohl allenfalls einräumen, wenn dieser zuvor konkrete Feststellungen darüber treffen könnte, daß sich die betreffende Institution früher spezifischer Rassendiskriminierungspraktiken bedient hatte<sup>176</sup>). Andererseits hat Powell seine Bereitschaft erkennen lassen, sich dem Willen des Gesetzgebers weitgehend zu unterwerfen, wenn er darauf hinweist, der Supreme Court habe "previously recognized the special competence of Congress to make findings with respect to the effects of identified past discrimination and discretionary authority to take appropriate remedial measures"<sup>177</sup>).

Nach allem dürften trotz mancher Vorbehalte immerhin die beiden folgenden von Powell und der Brennan-Gruppe gemeinsam getragenen verfassungsrechtlichen Aussagen im *Bakke*-Urteil kaum ihre Wirkung auf die Rechtsprechung zum Problemkreis der *reverse discrimination* verfehlen: zum einen ihre klare und wohl für *benign discriminations* allgemein

<sup>175</sup>) 98 S.Ct. 2789.

<sup>176</sup>) Bemerkenswerterweise hat sich Powell aber nicht abgeneigt gezeigt, die Verwendung rassischer Quoten in den Fällen zu billigen, in denen diese den Folgen nachweislicher früherer Diskriminierungsakte abhelfen sollen; er verweist in diesem Zusammenhang auf einige bundesgerichtliche Entscheidungen in Fällen von *public employment discrimination*, u. a. auch auf die schon weiter oben (Anm. 64) vorgestellte Entscheidung *Carter v. Gallagher*, 452 F. 2d 315, 327 (8th Cir. 1972); siehe Powells Votum, 98 S.Ct. 2754, 2755, note 40. Vgl. hierzu auch *Abernathy*, a.a.O. (Anm. 162), S. 1234.

<sup>177</sup>) 98 S.Ct. 2755, note 41.

gültige Absage an die von Richter Harlan in seiner *dissenting opinion* zu *Plessy v. Ferguson* im Jahre 1896 postulierte strikte »Farbenblindheit« der Verfassung<sup>178)</sup>; zum anderen ihr speziell den Hochschulbereich betreffendes Zugeständnis an die Universitäten, auch künftig bei ihren Zulassungsentscheidungen die Zugehörigkeit eines Bewerbers zu einer rassischen Minderheit als spezifischen Faktor berücksichtigen zu dürfen.

Ob und inwieweit das *Bakke*-Urteil auch gewisse präjudizierende Wirkungen auf künftige Gerichtsentscheidungen in Fällen von *reverse discrimination* am Arbeitsplatz und zwischen den Geschlechtern zeigen wird, bleibt abzuwarten<sup>179)</sup>.

## II. Konsequenzen des *Bakke*-Urteils für die Zulassungspraxis amerikanischer Universitäten?

Das im *Bakke*-Urteil als verfassungswidrig verworfene zweigleisige, nach einem rassischen Quoten-System arbeitende Zulassungsverfahren in Davis ist — nach den hier vorliegenden Informationen<sup>180)</sup> zu schließen — keineswegs repräsentativ für die heutige Zulassungspraxis an amerikanischen Universitäten. Es wird geschätzt, daß sich nur zehn bis zwölf andere Universitäten eines ähnlichen Verfahrens bedienen wie desjenigen in Davis, während alle anderen ihre *affirmative action*-Programme zugunsten farbiger Studienbewerber in Verfahren gekleidet haben, die mehr oder weniger demjenigen des Harvard College entsprechen, wo die Rassenzugehörigkeit lediglich als ein Faktor unter vielen (z. B. besondere sportliche oder musische Talente, geographische Verwurzelung, Spendenfreudigkeit der Eltern und deren ehemalige Zugehörigkeit zu derselben Universität, usw.) bei der Zulassungsentscheidung berücksichtigt wird. Wie

---

<sup>178)</sup> Vgl. oben, S. 501. — Auch in keinem einzigen der überaus zahlreichen Briefs Amicus Curiae, die in das *Bakke*-Verfahren eingeführt worden waren, wird eine absolut »farbenblinde« Interpretation der *Equal Protection Clause* befürwortet; vgl. Van Alstyne, a.a.O. (Anm. 171), S. 289, 294.

<sup>179)</sup> Hauser (a.a.O. [Anm. 68], S. 547) berichtet von zwei Rechtsfällen aus dem Bereich des Arbeitslebens, über die der Supreme Court nach Verkündung des *Bakke*-Urteils zu befinden hatte; da aber in beiden Fällen keine Sachentscheidung gefällt wurde, dürften diese kaum ernsthaft Aufschluß über den materiellen Rechtsstandpunkt der Obersten Richter geben können. Eine erste Entscheidung über die Problematik der *reverse discrimination* am Arbeitsplatz nach dem *Bakke*-Urteil dürfte der Supreme Court in der Rechtssache *Weber v. Kaiser* zu treffen haben (vgl. oben Anm. 67).

<sup>180)</sup> Vgl. die Angaben bei Abernathy, a.a.O. (Anm. 162), S. 1234, und Hauser, a.a.O. (Anm. 68), S. 543.



erinnerlich, ist aber gerade das Harvard-Verfahren im Votum Powells als verfassungsrechtlich unbedenkliche Alternative zum Davis-Verfahren besonders herausgehoben worden. Deshalb darf angenommen werden, daß — gemessen am *Bakke*-Urteil — die ganz überwiegende Zahl universitärer Zulassungsverfahren vom Supreme Court in seiner Mehrheit verfassungsrechtlich derzeit kaum beanstandet würde.

Die Tatsache, daß das in Davis praktizierte rassistische Quoten-System also offenbar eine seltene Ausnahmerecheinung darstellt, legt die Frage nahe, ob ein solches Verfahren, auch wenn es nach der hier vertretenen Ansicht in Übereinstimmung mit den Richtern um Brennan verfassungsrechtlich unbedenklich ist, hochschulpolitisch überhaupt zweckmäßig ist. Ohne hierauf im Rahmen dieser ganz auf die verfassungsrechtliche Problematik des *Bakke*-Falles konzentrierten Untersuchung im einzelnen eingehen zu können, soll hier doch wenigstens auf ein mögliches Bedenken gegen das Davis-Verfahren hingewiesen werden: Da die Zahl der ausreichend qualifizierten farbigen Studienbewerber naturgemäß von Jahr zu Jahr schwankt, ist nicht auszuschließen, daß sich das starre Quoten-System in Davis für die Farbigen in einem bestimmten Jahr insofern auch einmal nachteilig auswirkt, als im Sonderverfahren nur ein Teil der qualifizierten farbigen Bewerber zugelassen werden kann, während der Rest andererseits nicht qualifiziert genug ist, um in dem zwar nicht ausschließlich, aber doch vornehmlich an meritokratischen Kriterien ausgerichteten regulären Verfahren<sup>181)</sup> gegen die weißen Konkurrenten bestehen zu können. Quoten-Systeme können also "not just a floor for minority participation but a de facto ceiling"<sup>182)</sup> sein; diesen Effekt könnten flexiblere Verfahren wie dasjenige in Harvard vermeiden. Diese Zweckmäßigkeitserwägungen ändern jedoch nichts am Ergebnis der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Davis-Verfahrens<sup>183)</sup>.

Nach allem hat die mehrheitliche Verwerfung des in Davis praktizierten Quoten-Systems im *Bakke*-Urteil zwar den Handlungsspielraum der Universitäten in Bezug auf die Ausgestaltung ihrer Förderprogramme zu-

<sup>181)</sup> Die für die heutige Zulassungspolitik amerikanischer Universitäten maßgeblichen Kriterien, eine Mischung aus meritokratischen, sozialen und anderen Qualifikationsmerkmalen, sollen hier keiner gesellschaftspolitischen Bewertung unterzogen werden. Vgl. hierzu Hauser, a.a.O. (Anm. 68), S. 545 f., und vor allem B. A. Kimball, An Historical Perspective on the Constitutional Debate over Affirmative Action Admissions, *Journal of Law and Education*, Bd. 7 (1978), S. 31 ff.

<sup>182)</sup> Abernathy, a.a.O. (Anm. 162), S. 1236.

<sup>183)</sup> Scharf zwischen verfassungsrechtlichen und Zweckmäßigkeitserwägungen wird auch in den Voten Brennans und Blackmuns getrennt (98 S.Ct. 2794, 2808).

gunsten der farbigen Studienbewerber verkleinert; ein Absinken der Zahl farbiger Studenten ist aber wohl kaum zu befürchten. Man wird dem *Bakke*-Urteil also nicht gerecht, wenn man in ihm – wie Richter Marshall – einen echten Rückschlag für die Bemühungen um eine verstärkte Heranführung der Farbigen an die amerikanischen Universitäten sieht. Das *Bakke*-Urteil ist schon wegen der Pluralität und teilweisen Gegensätzlichkeit der in ihm vertretenen Richtermeinungen, die viele Rechtsfragen noch offen gelassen haben, nur eine Zwischentappe auf dem Weg, den die Obersten Richter bei dem Bestreben noch gehen müssen, ihren Teil zur Überwindung der auf der amerikanischen Gesellschaft noch lastenden Rassendiskriminierungsfolgen beizutragen. Welcher Rang dem *Bakke*-Urteil hierbei zukommt, wird die weitere Entwicklung zeigen müssen. Abgeschlossen Ostern 1979

Summary\*)

“Reverse Discrimination” and Equal Protection  
in American Constitutional Practice

The present article is centred on the decision of the U.S. Supreme Court in *Regents of the University of California v. Bakke* of June 28, 1978. Bakke, a white applicant for a place in a California medical school which set aside 16 places for minority groups out of each class of 100 students entering, was rejected in two successive years even though minority candidates with substantially lower ratings and academic performance were admitted. A deeply divided Supreme Court held that the admission program of the medical school violated the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment and ordered Bakke's admission. The Court, however, conceded that race could be taken into account as an admission criterion along with other factors.

The essay is introduced by a survey of the development of the Supreme Court's practice concerning the problem of racial discrimination from *Dred Scott* (1857) up to *Bakke* (1978). This survey is followed by a summary of the facts, the judgment and the reasoning of the *Bakke* decision. Then, the decision is analysed particularly in view of two constitutional aspects of the case. First, some comments are made on the highly controversial question, what should be the degree of judicial review in cases involving racial classifications which give preferential treatment to minorities (as the University of California's admission program did in the *Bakke* case). An analysis of the different opinions

\*) Summary by the author.

in the *Bakke* decision shows that the question is not yet settled whether the result-oriented "strict scrutiny test" or the more flexible "substantial interest test" is the more apposite in order to evaluate such preferential measures in the light of the Equal Protection Clause. Second, there is the problem of evaluating the phenomenon of "reverse discrimination" in the light of two apparently conflicting constitutional principles which can be deduced from the Equal Protection Clause: there is, on the one hand, the "any person line", *i. e.* Equal Protection guaranteed to any individual irrespective of his race; and, on the other hand, there is the "race line" of Equal Protection, historically viewed, and nowadays still to be viewed, as a remedial instrument in favour of minority groups, aimed at eliminating the vestiges of former slavery and discrimination and enabling colored people to participate fully in American life, these aims to be achieved by means of State affirmative action programs. When these two "lines" come into conflict, as in the *Bakke* case, a determination must be made as to which should be paramount in the particular circumstances presented by the case. Having regard to the fact that in the *Bakke* case an individual white interest was in conflict with a minority group interest, the latter, in principle, may appear to be more in need of protection than the former. If this is so, then the racially preferential admission program of the University of California, even though based on racial quotas, would not violate the constitutional rights of an individual white applicant who, in the particular circumstances, is required to make sacrifices in favour of the paramount State interest of giving remedial help to minority groups. There may be some doubts, however, whether the type of inflexible quota system presented in the *Bakke* case could politically be considered to be the most suitable. But, since this quota system is fairly uncommon in the admission's practice of American universities today, it is unlikely that the number of minority students will be significantly diminished in future as a consequence of the *Bakke* decision — other effects of the decision cannot yet be predicted with any real accuracy.