

Das juristische Dilemma der „positiven Diskriminierung“

Stand: 07:37 Uhr | Lesedauer: 10 Minuten

Von Kai Möller



Kai Möller, Rechtsprofessor in London

Quelle: Kai Möller; Montage Infografik WELT

Ist es mit der Verfassung vereinbar, Bewerber aufgrund ihrer Hautfarbe zu bevorzugen? Oder wird dadurch das Prinzip der Gleichheit verletzt? Der US-Supreme-Court spricht sich in bestimmten Fällen klar gegen die „Affirmation Action“ aus. Juristisch betrachtet, sind solche Fälle hochinteressant.

Am 29. Juni 2023 hat der US-Supreme-Court im Fall „Students for Fair Admissions v. Harvard (https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf)“ die *affirmative action* – am ehesten übersetzt als „positive Diskriminierung“ – im Rahmen von Studienplatzvergaben an amerikanischen Universitäten für verfassungswidrig erklärt. Damit wird es ab sofort nicht mehr möglich sein, Bewerbern aufgrund ihrer *race* (wörtlich: Rasse, aber auf Deutsch spricht man eher von Hautfarbe oder Ethnie) „Bonuspunkte“ zu geben. Hiervon hatten in der Praxis vor allem afroamerikanische und hispanische Bewerber profitiert, zum Nachteil von weißen und asiatischen Kandidaten.

Das moralische und verfassungsrechtliche Problem der positiven Diskriminierung liegt darin, dass diese direkt an

die Hautfarbe der Beteiligten anknüpft und sich damit in problematischer Nähe zur verbotenen Rassendiskriminierung bewegt. Ihre Befürworter sind allerdings der Meinung, dass sie aufgrund des mit ihr verfolgten Ziels, nämlich mehr gesellschaftliche Gleichheit herzustellen, gerechtfertigt werden könne.

Ich möchte in diesem Beitrag die Frage nach der Legitimität der positiven Diskriminierung anhand des neuen Urteils näher untersuchen. Gerade in Zeiten zunehmender Polarisierung liegt es nahe, ein kontroverses Urteil als politisches Machtspielchen erklären zu wollen: Jaja, Trumps rechte Richter! Dabei kann aber übersehen werden, dass sowohl Befürworter als auch Gegner der *affirmative action* gute Gründe für ihre jeweiligen Positionen haben. Wie wir sehen werden, war diese am Supreme Court schon immer umstritten und die Mehrheiten waren schon immer knapp. Dies überrascht auch deshalb nicht, weil die ihr zugrunde liegenden moralischen und verfassungsrechtlichen Fragen komplex und vielschichtig sind.

In den vergangenen Jahrzehnten hat das Gericht schon mehrmals über *affirmative action* entschieden. Im Fall „Bakke“ aus dem Jahr 1978 wies es mit knapper Mehrheit das Argument zurück, dass diese bei Studienzulassungen ein legitimer Ausgleich für diskriminierende gesellschaftliche Strukturen sei. In „Bakke“ und dem zweiten wichtigen Präzedenzfall „Grutter v. Bollinger“ aus dem Jahr 2003 akzeptierte es aber mit ebenso knapper Mehrheit das Argument, dass *affirmative action* gerechtfertigt sein könne, da sie zu mehr Diversität an den Universitäten führe.

Alte und neue Diversität

Der Gedanke ist, dass ein divers zusammengesetzter Jahrgang Vorteile mit sich bringe: Er führe zu Verständnis zwischen Studenten über ethnische Grenzen hinweg, zu lebendigeren und bereichernden Diskussionen und besseren Lernerfolgen; und letztlich sei es auch wichtig, dass es sichtbar sei, dass Mitglieder aller Ethnien der Weg zu gesellschaftlichen Führungspositionen offen stehe. Dem Diversitätsargument geht es also nicht darum, in der Vergangenheit liegendes Unrecht zu kompensieren, sondern es schaut in die Zukunft und behauptet, dass divers zusammengesetzte Jahrgänge allen Studenten – inklusive weißen – und letztlich auch der Gesellschaft nützen. Es war nach diesen Entscheidungen den

Universitäten erlaubt, die Hautfarbe eines Studienplatzbewerbers im Rahmen einer holistischen Betrachtung als einen Faktor unter vielen zu berücksichtigen.

In den vergangenen Jahren ist das Gericht nach rechts gerückt, nachdem es Präsident Trump geglückt war, in seinen vier Jahren als Präsident gleich drei der neun Richterstellen neu zu besetzen. Deshalb ist das jüngste Urteil im Ergebnis keine Überraschung: Das Gericht entschied, dass jegliche *affirmative action* im Rahmen der Collegezulassungen den Gleichheitsgrundsatz des 14. Zusatzartikels der amerikanischen Verfassung verletzt.

Die Entscheidung wurde vom Vorsitzenden Richter John Roberts verfasst. Er beginnt damit, die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes herauszustellen, dessen zentrales Anliegen die Beendigung der staatlichen Rassendiskriminierung sei. Daraus folge, dass jede an die Hautfarbe anknüpfende Unterscheidung gerichtlich streng zu überprüfen sei (der Maßstab im amerikanischen Verfassungsrecht hierfür nennt sich *strict scrutiny*). Nach diesem strengen Maßstab müsse *affirmative action* aus vier Gründen als nicht rechtfertigbar gesehen werden.

Erstens seien die von den Universitäten als Ziel ihrer Maßnahmen genannten Gründe (etwa: „die Erlangung neuen Wissens auf Basis diverser Perspektiven“) so vage, dass sie gerichtlich nicht überprüfbar seien. Zweitens werde die Hautfarbe nicht nur als positiver Faktor verwendet, sondern, da die Gesamtzahl der Studienplätze begrenzt sei, unvermeidbar auch als negativer Faktor, zum Beispiel im Fall von asiatischstämmigen Studenten, die von der derzeit praktizierten *affirmative action* benachteiligt würden; dies sei unzulässig. Drittens liege der Praxis ein verfassungswidriges, stereotypisches Denken zugrunde: Sie gehe davon aus, dass ein Minderheitsstudent aufgrund seiner Hautfarbe anders denke als ein Mehrheitsstudent. Das behandle Bewerber nicht als Individuen, sondern unzulässigerweise als „Produkt ihrer Hautfarbe“ (*product of their race*). Und viertens sei völlig unklar, unter welchen Bedingungen in Zukunft auf dieses problematische Mittel verzichtet werden könne: Dem Argument, dass dies dann der Fall sei, wenn an den Universitäten auch ohne *affirmative action* ein ethnischer Mix erreicht werde, der dem der Bevölkerung entspreche, hält Roberts entgegen, dass dies der Sache nach auf *racial balancing* hinausliefe, was nach der Rechtsprechung des Gerichts verfassungsrechtlich inakzeptabel sei.

„Abzeichen der Minderwertigkeit“

Roberts ist ein gewiefter, strategisch und kontrolliert agierender und, nebenbei bemerkt, nicht unsympathischer Richter (<https://www.youtube.com/watch?v=Gzu9S5FL-Ug>). Sein Urteil ist konservativ, eng an den relevanten Präzedenzfällen orientiert, und im Übrigen lässt er sich nicht in die Karten blicken. Wir finden einen tieferen Einblick in die Kontroverse in den von den drei nicht weißen Richtern Thomas, Sotomayor und Jackson verfassten zustimmenden bzw. abweichenden Voten.

Der afroamerikanische Richter Clarence Thomas ist ein konservativer Südstaatler, der seit Jahrzehnten gegen *affirmative action* wettet. Er vertritt die Ansicht, dass die amerikanische Verfassung „farbenblind“ sei und dass es nicht möglich sei, zwischen „guter“ und „schädlicher“ Diskriminierung zu unterscheiden. *Affirmative action* verpasse zudem allen schwarzen und hispanischen Studenten ein „Abzeichen der Minderwertigkeit“ (*a badge of inferiority*), weil der Verdacht stets im Raum stehe, dass sie ihren Studienplatz oder später ihre gesellschaftliche Position wegen ihrer Hautfarbe erlangt hätten. Er greift seine (ebenfalls afroamerikanische) Richterkollegin Jackson an, die seiner Meinung nach alle Schwarzen als „Opfer“ abstempeln wolle. „Ihr Verlangen, dies zu tun, erscheint mir abgründig (*unfathomable*).“

Richterin Ketanji Brown Jackson, erst letztes Jahr von Präsident Biden ernannt, nimmt ebenfalls kein Blatt vor den Mund und nennt das Urteil ihrer Kollegen mehrmals „pervers“; ihm „fehle jede Basis in Recht, Geschichte, Logik oder Gerechtigkeit“. Sie zeichnet ein Amerika mit extremen statistischen Unterschieden zwischen verschiedenen ethnischen Gruppen, die die Folge jahrhundertelanger Diskriminierung seien. *Affirmative action* habe nachgewiesenermaßen dazu beigetragen, diese Lücke zu verkleinern. Alle, nicht nur die Angehörigen von diskriminierten Minderheiten, würden davon profitieren, und sogar die Wirtschaft könne, wenn Diversität angemessen umgesetzt werde, jedes Jahr hunderte Milliarden Dollar sparen.

Ihre Richterkollegin Sonia Sotomayor, eine Latina, schreibt, dass die Idee der Farbenblindheit Menschen, die sich über ihre *race* selbst identifizieren, die Möglichkeit nehme, sich selbst vollständig zu erklären. Sie zitiert eine frühere Studentin in Harvard, die im Prozess aussagte, „zu versuchen, ihre *race* nicht zu sehen, bedeutet, zu versuchen, sie nicht zu sehen, denn es gibt keinen Teil ihrer Erlebniswelt, keinen Teil ihrer Reise, keinen Teil ihres Lebens, der nicht von ihrer *race* berührt wurde.“

Konservative v. Progressive

Es ist also offensichtlich, dass die gegenwärtigen Kulturkämpfe um Identitätspolitik und Opferstatus auch den Supreme Court mit voller Wucht erreicht haben. Für Konservative ist Identität in erster Linie narzisstische Selbstbespiegelung, die dazu führt, sich als Opfer der gesellschaftlichen Umstände wahrzunehmen, statt an den eigenen Kompetenzen zu arbeiten. Für Progressive ist die eigene Identität hingegen ein wichtiger Aspekt der Selbstwahrnehmung in einer strukturell weiterhin rassistischen Gesellschaft. Für Konservative ist die Gleichheit und das Verbot der Rassendiskriminierung etwas, an dem sich jede einzelne Handlung des Staates messen lassen muss. Für Progressive sind diese Werte eher ein Ziel, das in der Zukunft erreicht werden muss, und sei es auch um den Preis der Ungleichbehandlung heute.

Aber was ist nun aus verfassungsrechtlicher Sicht über diese Frage zu sagen? Zunächst: Ob *affirmative action* am Ende mehr Gutes als Schlechtes bewirkt – weil sie langfristig zu mehr Gleichheit und weniger Rassismus führe, wie Jackson und Sotomayor glauben – oder umgekehrt – weil sie Angehörigen von Minderheiten zu „Opfern“ abstempele, Gruppen gegeneinander ausspiele und bei der Mehrheit Ressentiments verstärke, wie Thomas nahelegt –, ist eine Frage, die von Verfassungsrichtern nicht kompetent beantwortet werden kann. Vielmehr handelt es sich hier um Fragen der Zweckmäßigkeit, die dem demokratischen Diskurs überlassen bleiben müssen. Die verfassungsrechtlich zu beantwortende Frage ist nur, ob das hier gewählte Mittel, nämlich Bewerbern allein für ihre Hautfarbe Positiv- oder Negativpunkte zu geben, mit dem verfassungsrechtlich geschützten Status der Gleichheit zu vereinbaren ist.

Meines Erachtens ist diese letzte Frage zumindest im Bildungsbereich klar mit einem Nein zu beantworten. Im Rahmen der Studienplatzvergabe für seine Hautfarbe Minuspunkte verpasst zu bekommen, erscheint mir entwürdigend, herabsetzend und beleidigend. In anderen Lebensbereichen mit anders gewichteten Interessenlagen mag es anders liegen: Vielleicht ist es rechtfertigbar, wenn die Polizei bevorzugt Bewerber aus bestimmten Minderheiten einstellt, um repräsentativer zu werden und so ihre Legitimität in den Augen der Bevölkerung zu erhöhen. Aber beim Zugang zu Bildung muss das alte Prinzip Anwendung finden, dass der Zweck nicht die Mittel heiligt: Der berechtigter Kampf gegen Rassismus und Diskriminierung erlaubt es nicht, Studienbewerbern Plus- oder Minuspunkte allein für ihre Hautfarbe zu geben.

Diesem Einwand entgegen die abweichenden Richter, dass **race** ja nur ein Kriterium unter vielen sei. Das heißt aber nur, dass es eben nicht das einzige Kriterium der Studienplatzvergabe ist – und das wäre ja auch noch schöner. Das zweite Gegenargument ist, dass es keine Negativpunkte für weiße und asiatische Bewerber gebe, sondern nur Positivpunkte für schwarze und hispanische. Das ist aber Wortklauberei, da die Gesamtzahl der Studienplätze konstant bleibt und somit die Bevorzugung einer Gruppe unweigerlich die Benachteiligung einer anderen mit sich bringt. Der dritte Einwand ist, dass die Universitäten eine „holistische“ Betrachtung der Kandidaten vornähmen. Das trifft zu, ändert aber nichts daran, dass im Rahmen der holistischen Betrachtung die Kandidaten für ihre Hautfarbe Punkte bekommen. Der vierte Punkt ist, dass am Ende alle von einer weniger rassistischen Gesellschaft profitierten. Dies geht aber an der Kritik vorbei und stimmt nicht für die aufgrund ihrer Hautfarbe abgelehnten Bewerber, die wegen ihrer Hautfarbe ohne Studienplatz dastehen.

Das nun für verfassungswidrig erklärte System trieb inakzeptable Blüten, wenn – wie die „New York Times“ schreibt (<https://www.nytimes.com/2023/06/29/opinion/college-admissions-affirmative-action.html>) – Collegebewerber teure Berater anstellen, die ihnen dabei helfen sollen, in ihren Bewerbungen weniger „asiatisch“ oder weniger „weiß“ zu erscheinen. Ein System, das Menschen Anreize setzt, ihre Hautfarbe zu verstecken oder gar zu verleugnen, um eine gute Ausbildung zu bekommen, ist, auch wenn es noble Ziele verfolgen mag, mit liberalen Prinzipien von Würde und Gleichheit schlicht nicht zu vereinbaren.

Roberts stellt am Ende seines Urteils klar, dass dieses nicht bedeute, dass die Hautfarbe gar keine Rolle mehr spielen dürfe. „Nichts in diesem Urteil sollte dahingehend ausgelegt werden, dass es Universitäten verbietet, die Ausführungen eines Bewerbers oder einer Bewerberin, wie **race** sein oder ihr Leben beeinflusst hat, in ihre Entscheidung einzubeziehen.“ Wenn also zum Beispiel eine schwarze Bewerberin es trotz eines diskriminierenden Umfeldes geschafft hat, exzellente Schulleistungen zu erbringen, dann sollte ihr dies zum Vorteil gereichen gegenüber einer ansonsten gleich qualifizierten weißen Bewerberin.

Es ist aber, einfach gesagt, nicht mehr zulässig, dem schwarzen, an teuren Privatschulen ausgebildeten Sohn eines Chefarztes und einer Investmentbankerin aufgrund seiner Hautfarbe Extrapunkte zu geben. Der Supreme Court lässt den Universitäten also

hinreichend Raum, weiterhin eine holistische Betrachtung der Bewerber vorzunehmen und verbietet ihnen lediglich, Vor- und Nachteile direkt an ihre Hautfarbe zu knüpfen. Bei aller Aufregung über das neue Urteil: Dies sollte in einer liberalen Demokratie eine Selbstverständlichkeit sein.

Kai Möller ist Professor of Law an der London School of Economics and Political Science (LSE).

Teilen Sie die Meinung des Autors?

JA 

208

NEIN



3

Die WELT als ePaper: Die vollständige Ausgabe steht Ihnen bereits am Vorabend zur Verfügung – so sind Sie immer hochaktuell informiert. Weitere Informationen: <http://epaper.welt.de>

Der Kurz-Link dieses Artikels lautet: <https://www.welt.de/246198286>