

Das Vermächtnis einer Prinzessin gibt der amerikanischen *Affirmative Action*-Rechtsprechung ein neues Gesicht

Entscheidung des 9. U.S. Circuit Court of Appeals vom 5. Dezember 2006

*Ellen Eichberg**

Einleitung

Ein weißer Junge bewirbt sich um die Aufnahme in eine private High School, der Kamehameha Schule, und wird nicht aufgenommen, einzig und allein aufgrund der Tatsache, dass er nicht hawaiianischer Abstammung ist. Die Kamehameha Schulen wurden durch Testament und letzten Willen einer hawaiianischen Prinzessin zu Zeiten des unabhängigen Königreichs Hawaii gegründet, um den Kindern Hawaiis zu helfen, und finanzieren sich ausschließlich aus privaten Geldern eines Trusts. Ist die Ablehnung des weißen Jungen Rassismus oder ist die Schule berechtigt, ihre Schüler nach eigenen Aufnahmekriterien, hier der Abstammung von den hawaiianischen Ureinwohnern, zu selektieren? Der 9. U.S. Circuit Court of Appeals in San Francisco entschied zugunsten der Kamehameha Schulen.¹ Die Bewerbung des weißen Jungen wurde abgelehnt.

Geschichtlicher Überblick

Die Hawaii-Inseln liegen geographisch isoliert mitten im Pazifischen Ozean. In der Zeit zwischen Christi Geburt und dem Jahre 750 wurden sie besiedelt. Die Ureinwohner entwickelten eine sehr strukturierte und erfolgreiche Zivilisation mit einem System des gemeinschaftlichen Landbesitzes, regiert durch Könige und eine aristokratische Oberschicht unter einem religiösen Regelwerk.² Einst waren die Hawaiianer ein stolzes Volk mit einer hochentwickelten Sprache, einem ausgeklü-

* Dipl.-Jur., LL.M. (Honolulu); 1. Staatsexamen an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 2003; Master of Laws an der William S. Richardson School of Law, University of Hawaii at Manoa, 2004; derzeit Rechtsreferendarin am OLG Köln.

¹ *Doe v. Kamehameha Schools/Bernice Pauahi Bishop Estate*, 470 F.3d 827 (9th Cir., Dec. 5, 2006). Die Entscheidung ist rechtskräftig seit dem 11.05.2007. Die Parteien einigten sich unter nicht veröffentlichten Konditionen darauf, dass auf eine Überprüfung durch den U.S. Supreme Court verzichtet werde, noch bevor dieser über die Zulassung der Sache entscheiden konnte. *Prestigious Private Schools Settle Rights Suit by a Non-Hawaiian*, in: *New York Times*, 15.05.2007.

² 20 U.S.C. § 7512.

gelten Tabu-System, das Fehlverhalten sanktionierte, handwerklichen Traditionen und einzigartigem Tanz und Gesang. Der erste König des vereinigten Königreichs Hawaii, König Kamehameha I. brachte den Inseln Frieden und kulturelle Blüte.

Die Ankunft von Kapitän James Cook im Jahre 1778 markiert den ersten westlichen Kontakt. In der Folgezeit verdrängten westliche Einflüsse den Glauben der Hawaiianer und nahmen ihnen ihre kulturellen Wurzeln. Amerikanische Großgrundbesitzer kauften einem Volk, das den Begriff des Eigentums nicht kannte, für einen Bruchteil seines Wertes einen Großteil des Landes ab, das ehemals der Gemeinschaft zustand und Lebensgrundlage der Hawaiianer war. Ihnen unbekannte Krankheiten dezimierten die einheimische Bevölkerung: Von einst geschätzten 1.000.000 Hawaiianern vor westlichem Kontakt im Jahre 1778 blieben nur noch etwa 22.600 im Jahre 1919³.

Im 19. Jahrhundert pflegte das in westlichen Augen wirtschaftlich und strategisch interessante Königreich Hawaii diplomatische Beziehungen zu den Großmächten der Zeit. Im Jahre 1826 erkannten die Vereinigten Staaten die Souveränität des Königreichs Hawaii an, zwischen 1843 und 1893 bestanden zwischen beiden Staaten volle diplomatische Beziehungen, ebenso wie zwischen dem Königreich Hawaii und Staaten wie Großbritannien, Frankreich und Japan. Die USA und das Königreich Hawaii gingen zudem eine Reihe internationaler Friedens- und Handelsabkommen miteinander ein.⁴

Nachdem amerikanische Geschäftsleute die wirtschaftliche Macht auf den Inseln in ihren Händen hielten, folgte auch der Wunsch nach politischer Kontrolle. Im Jahre 1893 wurde die Regierung des unabhängigen, souveränen Königreichs Hawaii von einer kleinen Gruppe zum Teil US-amerikanischer Annexionisten gestürzt, die von einem US-Minister, einem Repräsentanten der US-Navy und bewaffneten Navy Soldaten aktiv unterstützt wurden.⁵ Bald darauf wurde Hawaii zunächst Territorium der Vereinigten Staaten und im Jahre 1959 der 50. Bundesstaat der USA. Lange ignorierten die USA ihre Mitwirkung am Sturz der letzten Königin Hawaiis, Queen Lili'uokalani, aber im Jahre 1993 gab der US-Kongress offiziell zu, dass die Vereinigten Staaten zum Teil mitverantwortlich für den illegalen Umsturz des Königreichs Hawaii seien und entschuldigten sich hierfür.⁶

³ 20 U.S.C. § 7512 (7), vgl. aber auch *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495 (500), hier wurde die Population nach Kapitän James Cook im Jahre 1778 auf nur etwa 200.000-300.000 geschätzt.

⁴ U.S. Department of Justice & U.S. Department of the Interior, *From Mauka to Makai: The River of Justice Must Flow Freely*, 23.10.2000.

⁵ 20 U.S.C. § 7512 (5).

⁶ 1993 Apology Resolution, 107 Stat. 1510.

Die Kamehameha Schulen

Prinzessin Bernice Pauahi Bishop war die Urenkelin des ersten Königs des unabhängigen Königreichs Hawaii, König Kamehameha I. Zum Zeitpunkt ihres Todes, im Jahre 1884, war das hawaiianische Volk bereits vom Untergang bedroht. Selbst einst Schülerin der Royal Schools gewesen, lernte Prinzessin Bernice Pauahi Bishop den Wert von Bildung schätzen und sah in ihr die Rettung ihres Volkes. Da sie keine eigenen Kinder hatte, machte Prinzessin Pauahi die Kinder Hawaiis zu ihren Erben: Ihren größten Reichtum, ihre königlichen Ländereien, ließ sie in einen Trust⁷ einfließen, dessen Erlös den Aufbau und Unterhalt von Schulen für hawaiianische Kinder, den Kamehameha Schulen, ermöglichen sollte.⁸ Für sie war es eine Obligation, als Mitglied der herrschenden Klasse für ihr Volk zu sorgen. Im Jahre 1887 wurden die Kamehameha Schulen eröffnet.

Heute ist Kamehameha ein ganzes Schulsystem: Auf drei verschiedenen Campus, Kapalama auf Oahu, Pukalani auf Maui und Kea'au auf der Insel Hawaii, werden Schüler vom Kindergarten bis zur 12. Klasse (Abschluss High School) unterrichtet. Darüber hinaus gibt es spezielle Vorschul-Programme, Sommer-Programme, Lese-Förder-Kurse sowie Stipendien für die College- und Universitätsausbildung nach der High School.

Die Kamehameha Schulen vermitteln "Ike Hawaii" (das Wissen über Hawaii) an hawaiianische Kinder, damit sie die hawaiianische Kultur, Werte, Geschichte, Sprache, mündliche Überlieferungen und Literatur kennen lernen, kultivieren und bewahren. Die Schulen halten dadurch die (fast vergessenen) Traditionen am Leben und fördern Bewusstsein für und Stolz auf die eigene Herkunft. Zugleich vermitteln sie allgemeine Bildung auf einem hohen Niveau – etwa vergleichbar mit dem anderer amerikanischer Privatschulen –, die die Absolventen befähigen und ermutigen soll, führende Rollen in Hawaiis Wirtschaft und Gesellschaft zu übernehmen. Viele der Absolventen haben tatsächlich Schlüsselpositionen in der Wirtschaft, der Medizin, im Staatswesen, der Richter- und Anwaltschaft, im Bildungswesen und im Militär übernommen.

Trotz der Erfolge der Kamehameha Schulen sind die Hawaiianer im Vergleich zur Gesamtbevölkerung Hawaiis auch heute noch die am meisten benachteiligte ethnische Gruppe des Staates.⁹ An Armut, Krankheit und Arbeitslosigkeit haben die Hawaiianer den höchsten Anteil, sie sind oft schon im Kindesalter betroffen von Missbrauch, Gewalt, Kriminalität und Drogenabhängigkeit, Teenagerschwangerschaften sind häufig. Kinder, die aus diesen sozial benachteiligten Familien

⁷ Heute ist der Bishop Trust einer der größten gemeinnützigen Trusts weltweit mit einem geschätzten Wert von über 10 Milliarden US\$. Der Bishop Trust besitzt unter anderem etwa 8 % des Landes der Hawaii-Inseln und hält einen 10 %-igen Anteil an Goldman Sachs.

⁸ Testament der Bernice Pauahi Bishop, nachgedruckt in: *Wills and Deeds of Trust*, 3. Aufl. 1957, 17-18.

⁹ So Dr. Shawn Kanaiapuni, Direktorin der Abteilung für Verfahrensanalyse und Systemevaluation (PASE) der Kamehameha Schools in: *Left behind? The Status of Hawaiian Students in Public Schools*, PASE Report, 2003.

stammen, haben im öffentlichen Schulsystem kaum eine Chance, wie auch viele Leistungsvergleichstests zeigen.¹⁰

Um so wichtiger ist auch heute noch die Mission der Prinzessin, den hawaiianischen Kindern zu einer guten Ausbildung zu verhelfen. Deshalb haben die Kamehameha Schulen seit 118 Jahren eine Admissions Policy, eine Zulassungsvoraussetzung, nach der nur Schüler aufgenommen werden sollen, die beweisen können, dass zumindest einer ihrer Vorfahren im Jahre 1778 auf den Inseln lebte, als der britische Entdecker Kapitän James Cook auf Hawaii ankam. Es soll also denjenigen Schülern bei der Aufnahme Vorzug gewährt werden, die von den hawaiianischen Ureinwohnern abstammen.¹¹ Schüler ohne hawaiianische Abstammung haben nur dann eine Chance auf Aufnahme in die Schule, wenn nach Aufnahme aller qualifizierten Hawaiianer noch Plätze frei sind.¹² Da aber derzeit etwa 70.000 Kinder im schulfähigen Alter in Hawaii dem Aufnahmekriterium der hawaiianischen Abstammung genügen, die Schule aber insgesamt nur 4856 Plätze zur Verfügung hat, ist die Aufnahme von Nicht-Hawaiianern auf lange Sicht ausgeschlossen.

Prozessuale Besonderheit: Die *“en-banc review”* am Federal Court of Appeals

Der Kläger, John Doe, bewarb sich insgesamt vier Mal um Aufnahme in die Kamehameha Schulen und wurde abgelehnt aufgrund der Tatsache, dass er keine Abstammung von einem Hawaiianer nachweisen konnte, obwohl er sonst als geeigneter Kandidat eingeschätzt wurde.¹³ In der ersten Instanz vor dem U.S. District Court for the District of Hawaii gewannen die Kamehameha Schulen, eine Auf-

¹⁰ In der dritten Klasse schneiden die hawaiianischen Kinder im Vergleich zu ihren nicht-hawaiianischen Mitschülern etwa 10 % schlechter im Lesen und 12 % schlechter in Mathematik ab, in der achten Klasse sind es etwa 13 % im Lesen und 15 % in Mathematik, hawaiianische Schüler gehen seltener auf das College als ihre Mitschüler aus einer anderen ethnischen Herkunft und wenn, dann schließen sie das College seltener oder langsamer ab. PASE Report (Anm. 9).

¹¹ Charles Reed Bishop, Founder's Day Speech 1888, in: Charles R. Bishop, The Purpose of the Schools, Handicraft, Jan. 1889, Nr. 3. Ureinwohner wird dabei definiert als jede Person, die von dem Ur-Volk abstammt, das Souveränität über die hawaiianischen Inseln vor 1778 ausübte.

¹² Da der Grad der Abstammung für die Auswahl keine Rolle spielt, haben die meisten Schüler auf Kamehameha einen gemischten Hintergrund. Im akademischen Jahr 2000/2001 waren über 39 verschiedene ethnische Gruppen/Nationalitäten in der Schülerschaft vertreten: Afroamerikaner, Araber, Armenier, Basken, Brasilianer, Chinesen, Dänen, Deutsche, Engländer, Finnen, Franzosen, Griechen, Inder, indianische Stämme, Indonesier, Iren, Italiener, Jamaikaner, Japaner, Juden, Jugoslawen, Koreaner, Libanesen, Litauer, Maori, Mexikaner, Mikronesier, Niederländer, Neuseeland Maori, Norweger, Pakistani, Peruaner, Philippiner, Polen, Portugiesen, Puerto Ricaner, Russen, Samoaner, Schotten, Serben, Spanier, Schweden, Syrer, Tahitianer, Thailänder, Tongaer, Tschechoslowaken, Türken, Ukrainer, Ungarn, Vietnamesen, Waliser; Ureinwohner von Alaska, den Cook-Inseln, Guam, den Marshall-Inseln, Palau, Paumotu, Okinawa und Rarotonga.

¹³ Inzwischen geht die Klage des John Doe lediglich auf Schadensersatz, da er im Laufe des Prozesses bereits seine Schullaufbahn an einer anderen Schule beendet hat. Sollte aber die Nichtaufnahme unrechtmäßig erfolgt sein, stünden ihm Schadensersatzansprüche zu.

nahme wurde John Doe verweigert.¹⁴ Im August 2005 entschied die nächste Instanz der Bundesgerichte, der 9. U.S. Circuit Court of Appeals, in einer 2 zu 1-Entscheidung gegen die Kamehameha Schulen und für den Jungen.¹⁵ Hiergegen legten die Kamehameha Schulen Einspruch ein: Aufgrund der Wichtigkeit des Falles sollten die Streitfragen von einem größeren Gremium entschieden werden. Für diese Konstellation sehen die Federal Rules of Appellate Procedure¹⁶ die sogenannte "*en-banc-review*" vor. Die Entscheidung der regulären 3-Richter-Kammer wird damit nochmals in der selben Instanz von einem größeren Spruchkörper überprüft. Eine *en-banc-review* kann von jeder Seite beantragt werden, die Gegenseite kann sich in einem Schriftsatz dagegen aussprechen. Jeder am U.S. Circuit Court zugelassene Richter kann daraufhin die anderen Richter zu einem Votum für oder gegen das *en-banc-hearing* auffordern. Hier stimmte die Mehrheit der 23 Richter¹⁷ ohne Angaben von Gründen für die *en-banc-review*.

Die vorhergehende Entscheidung ist allein mit der Annahme zur *en-banc-review* hinfällig, sie entfaltet weder Rechtskraft, noch darf sie als Präzedenzfall zitiert werden.¹⁸ Nunmehr entschieden 15 der 24 zum 9. U.S. Circuit Court berufenen Richter den Fall.¹⁹ Dieser Entscheidung liegt eine nochmalige Anhörung und Befragung beider Seiten zu Grunde.

Allein die Tatsache, dass es zur *en-banc-review* gekommen ist, macht die Wichtigkeit des Falles (aus der Sicht der Richter) deutlich: Im Jahre 2004 beispielsweise gewährte das Gericht bei nur 22 von 852 Anträgen eine *en-banc-review*.²⁰ Auch die hohe Anzahl der *amicus curiae*²¹-Schriftsätze lässt auf ein großes Interesse an dem Fall schließen: Es liegen dem Gericht zwölf *amicus curiae*-Schriftsätze vor, unter anderem von den Kongressabgeordneten des Staates Hawaii, dem Staat Hawaii selbst, diversen Menschenrechtsorganisationen, dem Business Round Table Honolulu sowie von Verbänden der Native Hawaiians, der Amerikanischen Indianer und der Alaska Natives, alle zugunsten der Kamehameha Schulen.

¹⁴ *Doe v. Kamehameha Schools/Bernice Pauahi Bishop Estate*, 295 F. Supp. 2d 1141 (D. Hawaii. 2003), Einzelrichterentscheidung.

¹⁵ *Doe v. Kamehameha Schools/Bernice Pauahi Bishop Estate*, 416 F.3d 1025 (9th Cir. 2005).

¹⁶ Fed. R. App. P. 35; wenn das Gericht beschließt, einen Fall "*en banc*" erneut zu hören, so steht die vorhergehende Entscheidung vollumfänglich zur Disposition, unabhängig davon, welcher Teil der Entscheidung die Richter bewogen hat, eine "*en-banc-review*" zu veranlassen, 28 U.S.C. § 46 (c), *Summerlin v. Steward*, 309 F.3d 1193 (9th Cir. 2002).

¹⁷ Der Richter aus Hawaii, Judge Clifton, zog sich zuvor freiwillig aus dem Fall zurück.

¹⁸ *Doe v. Kamehameha Schools/Bernice Pauahi Bishop Estate*, 441 F.3d 1029 (9th Cir. 2006).

¹⁹ Bisher bestand das *en-banc-panel* aus elf Richtern, zum 01.01.2006 wurde die Zahl auf 15 erhöht. Den Vorsitz trägt die Vorsitzende Richterin am 9. U.S. Circuit Court of Appeals, Chief Judge Mary Schroeder. Zwei der drei Richter der vorhergehenden Entscheidung waren ebenfalls dabei: Der Berichterstatter sowie der Verfasser der ablehnenden Auffassung. Die übrigen Richter wurden dem Verfahren per Los zugeteilt.

²⁰ Court Gives Hope to Kamehameha Schools, in: The Honolulu Advertiser, 23.02.2006.

²¹ "*amicus curiae*" [lat.: Freund des Gerichts]: Eine Person oder Gruppe, die nicht Partei des Prozesses ist, aber ein starkes Interesse an dem Ausgang des Falles hat, kann an das Gericht einen Schriftsatz richten, um dem Gericht eine neue oder andere Perspektive auf den Fall zu ermöglichen. Blacks Law Dictionary, 2. P. Aufl. 2002, Fed. R. App. P. 29a.

Die jetzige Entscheidung des *en-banc-panel* des 9. U.S. Circuit Court erging 8 zu 7 zugunsten der Kamehameha Schulen. Der Berichterstatter ist Richter Graber.

Anti-Diskriminierungs-Gesetzgebung der USA und *Affirmative Action*-Pläne

Der primäre Schutz gegen Rassendiskriminierungen findet sich in der amerikanischen Verfassung, im 14. Zusatzartikel, auch "*Equal Protection Clause*" genannt. An ihr werden Gesetze der einzelnen Bundesstaaten oder das Verhalten von staatlichen Akteuren gemessen, um Rassendiskriminierungen zu verhindern. Nach jahrzehntelangen echten Rassendiskriminierungen in den USA ist heute ironischerweise der Hauptanwendungsfall der Antidiskriminierungsnormen die umgekehrte Rassendiskriminierung, also die Konstellation, in der Weiße sich durch sogenannte *Affirmative Action*-Programme – Förderprogramme zugunsten einer bestimmten Rasse oder ethnischen Minderheit – benachteiligt fühlen. *Affirmative Action*-Programme sind häufig im schulischen²² oder arbeitsrechtlichen²³ Kontext oder bei der Vergabe staatlicher Aufträge²⁴ zu finden und haben das Ziel, einen Ausgleich für vergangene Benachteiligungen und Ungleichheiten der jetzt bevorzugten Rasse zu schaffen.

Aufgrund zu langer Ungleichbehandlung müsse es nun den Institutionen des Landes erlaubt sein, die ethnische Herkunft mit in die Überlegungen einzubeziehen, wer in Amerika in Zukunft Positionen von Einfluss, Macht und Prestige innehaben wird. Zu lange seien die Türen für Afroamerikaner verschlossen gewesen, dass es jetzt an der Zeit sei, einige der Türen zu öffnen, um dem Ziel einer vollintegrierten Gesellschaft näher zu kommen, bei der die Hautfarbe einer Person keine Rolle mehr spielt.²⁵

Dass das Ziel einer Gesellschaft, keinen aufgrund der Hautfarbe oder Herkunft zu benachteiligen, wiederum nur über Förderprogramme erreicht werden soll, die ebenfalls Rasse als ausschlaggebendes Kriterium nehmen, machte diese Programme aus Sicht des Supreme Courts verdächtig. Wer kann schon sagen, ob die Klassifizierung nach Rasse aus den "richtigen" – also nicht rassistischen – Motiven erfolgte? Wenn solche Förderprogramme jenseits persönlicher Kriterien zulässig sind, dann führt das notwendigerweise auch dazu, dass die betreffenden Vorteile anderen Bevölkerungsgruppen ebenfalls aufgrund rassistischer Merkmale (der Nichtzugehörigkeit zu der geförderten Rasse) versagt werden, was wiederum zu negativen Reaktionen der "*innocent victims*" führen kann.²⁶ Damit staatliche *Affirmative Ac-*

²² *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

²³ *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986).

²⁴ *Fullilove v. Klutznik*, 448 U.S. 448 (1980); *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

²⁵ *Justice Marshall in Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 401-02 (1978).

²⁶ Brugg er, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, 138.

tion-Programme der *Equal Protection*-Klausel genügen, wurden hohe Maßstäbe angesetzt.

Die *Equal Protection*-Klausel bietet jedoch keinen Schutz vor rassendiskriminierenden Handlungen durch private Akteure, da die Verfassung generell nur auf staatliches Handeln anwendbar ist,²⁷ und bei den Kamehameha Schulen und ihrem Betreiber, dem Bishop Trust, handelt es sich um Private, die keinerlei staatliche Gelder oder Fördermittel erhalten. Private Diskriminierung wird hingegen von einigen Bundesgesetzen verboten. So durch 42 U.S.C. § 1981, der Diskriminierungen bei Vertragsschluss verbietet, und durch den Civil Rights Act von 1964, dessen Titel VI Diskriminierung in Bildungseinrichtungen, die staatliche Gelder erhalten, verbietet und dessen Titel VII sich mit der Diskriminierung im arbeitsrechtlichen Umfeld befasst.²⁸

John Doe leitet seinen Anspruch aus 42 U.S.C. § 1981 her, da er mit den Kamehameha Schulen einen entgeltlichen Ausbildungsvertrag schließen wollte. Diese Norm hat ihre Wurzeln im Civil Rights Act von 1866,²⁹ dessen Hauptziel es war, die sogenannten Black Codes – Gesetze, die in den Südstaaten der USA erlassen wurden, um den befreiten Sklaven die Teilnahme am Rechtsleben zu erschweren, wenn nicht gar unmöglich zu machen – zu vernichten.³⁰ 42 U.S.C. § 1981 besagt im Wesentlichen, dass alle Personen, die dem Gerichtsstand der Vereinigten Staaten unterfallen, die gleichen Rechte haben, einen Vertrag zu schließen und ihn durchzusetzen, zu klagen, Partei in einem Rechtsstreit zu sein, Zeugnis abzulegen [...] wie ein weißer Staatsbürger.³¹

Der U.S. Supreme Court hat klargestellt, dass diese Norm nicht nur Nicht-Weiße schützt, sondern dass sie jede Art von Diskriminierung in der vertraglichen Privatautonomie für und gegen jede Rasse verhindern soll.³² Sie ermöglicht es also auch einem weißen Kläger, gegen die Nichtaufnahme in eine Schule zu klagen. Zudem entschied er in *Jones*³³ und *Runyon*³⁴, dass 42 U.S.C. § 1981 auch auf Diskriminierungen bei rein privaten Handlungen Anwendung findet.³⁵ Der Anwendungsbereich der Norm war also hier eröffnet.

²⁷ Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 3. Aufl. 2002, 342, Fn. 172.

²⁸ 42 U.S.C. §§ 2000e et seq. (2004).

²⁹ Act of April 9, 1866, ch. 31, § 1, 14 Stat. 27.

³⁰ *General Building Contractors Association v. Pennsylvania*, 458 U.S. 375, 386 (1982).

³¹ 42 U.S.C. § 1981(a), zuerst in Kraft getreten durch den Civil Rights Act of 1866, Section 1, geändert durch den Enforcement Act of 1870 (erlassen nach Inkrafttreten des 14. Zusatzartikels), zuletzt geändert durch den Civil Rights Act von 1991.

³² *McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Co.*, 427 U.S. 273 (1976).

³³ *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968).

³⁴ *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976) zur Frage, ob eine private, wirtschaftlich handelnde Schule potenziellen Schülern den Zugang verweigern dürfe, weil sie farbige sind.

³⁵ Aufgrund der gesetzgeberischen Zuständigkeit des Kongresses über Absatz 2 des 13. Zusatzartikels der Verfassung.

Bisher gab es allerdings keine Entscheidung darüber, welcher Überprüfungsmaßstab bei 42 U.S.C. § 1981 auf eine private, auf Wiedergutmachung gerichtete Bevorzugung einer bestimmten Rasse im schulischen Kontext anzuwenden wäre.³⁶ In Frage kamen zum einen der strenge Maßstab der *strict scrutiny*, der bei Klagen über den 14. Zusatzartikel Anwendung findet, oder der weniger strenge Maßstab des Titel VII.³⁷ Bei *strict scrutiny* muss der rechtfertigende Grund so überragend sein, dass er eine derartige Diskriminierung geradezu herausfordert,³⁸ bei Titel VII-Klagen müssen der diskriminierenden Regelung lediglich sonst legitime Interessen zu Grunde liegen.

Zwar hat der U.S. Supreme Court, als er in *General Building Contractors*³⁹ die absichtliche Diskriminierung zur Voraussetzung des 42 U.S.C. § 1981 machte, dies auf dessen historisches Vorbild, den 14. Zusatzartikel, gestützt, was für eine Anwendung des gleichen strengen Maßstabes wie bei der *Equal Protection*-Klausel spricht. Spätere Entscheidungen suggerieren aber die Annahme des weniger strengen Maßstabes: So verglich der U.S. Supreme Court in *Patterson*⁴⁰ die Normen des Titel VII und des 42 U.S.C. § 1981, erkannte die Ähnlichkeit beider Vorschriften und entschied, dass der Überprüfungsmaßstab des Titel VII und das für Titel VII entwickelte Prüfungsschema auch auf Fälle nach 42 U.S.C. § 1981 anzuwenden seien. Obwohl es sich hier nicht um einen arbeitsrechtlichen Fall handelt, sah dies auch der U.S. Circuit Court so und entschied sich hier für den Titel VII-Standard und die hierzu entwickelten Grundsätze:

Um eine Verletzung dieser Anti-Diskriminierungsnormen festzustellen, wurde das *McDonnell-Douglas*-Schema⁴¹, eine Art Beweislastverteilung, entwickelt. Hiernach muss der Kläger *prima facie* dartun, dass eine absichtliche Diskriminierung gegen ihn vorliegt. Dem Beklagten obliegt es daraufhin, eine Rechtfertigung für die Diskriminierung vorzubringen. Rechtfertigung und Art der Diskriminierung müssen dabei in einem engen Zusammenhang stehen. Schließlich hat der Klä-

³⁶ Die beiden neuesten *Affirmative Action*-Fälle vor dem U.S. Supreme Court, die *University of Michigan*-Fälle *Gratz* (*Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 [2003]) und *Grutter* (*Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 [2003]), beschäftigen sich zwar ebenfalls mit der Problematik, da sie aber neben Titel VII und § 1981 auch die Equal Protection Clause als Anspruchsgrundlage hatten, geht das Gericht nicht auf den anzuwendenden Standard bei § 1981 ein: Da die Klausel in *Grutter* dem Standard der *strict scrutiny* der Equal Protection Clause genüge, würde sie auch weniger strengen Standards genügen, und weil die Klausel in *Gratz* dem *strict scrutiny* Standard nicht genüge, war die Klausel unwirksam, ohne dass das Gericht auf die niedrigeren Standards einzugehen hatte.

³⁷ Bei Titel VI, beispielsweise, der die Diskriminierung in Programmen, die Fördermittel aus dem Bundeshaushalt erhalten, verbietet, wird der Überprüfungsmaßstab der *strict scrutiny* angewandt. Da Bundesgelder nur im Einklang mit der U.S. Verfassung verwendet werden sollten, schlägt hier die Rechtsprechung zum 14. Zusatzartikel auf die einfachgesetzliche Regelung durch. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

³⁸ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

³⁹ *General Building Contractors Association v. Pennsylvania*, 458 U.S. 375, 386 (1982).

⁴⁰ *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164 (1989).

⁴¹ *McDonnell-Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973).

ger am Ende die Möglichkeit zu beweisen, dass der Rechtfertigungsgrund nicht derart überragend oder legitim ist, wie der Beklagte behauptet.

Im Rahmen von Titel VII wurden dann einige Richtlinien, die *Weber*-Kriterien, für die Behandlung von *Affirmative Action*-Plänen herausgearbeitet: (1) der Plan muss auf eine bereits manifestierte Unausgewogenheit in der Belegschaft reagieren, (2) nicht eine absolute Schranke für das Vorankommen Einzelner der nicht-bevorzugten Rasse bedeuten oder deren Rechte ungebührlich einengen/behindern und (3) nicht mehr tun als nötig, um die Ausgewogenheit wieder herzustellen.⁴²

Die Entscheidung des 9. Circuit Court

Nun stand das Gericht vor der Frage, wie man diese auf dem arbeitsrechtlichen Gebiet entwickelten Grundsätze am besten auf den schulischen Kontext und die einzigartigen historischen Umstände des Falles anwenden kann.

Das Gericht stellte zunächst fest, dass Schulen eine breitere Funktion hätten als Arbeitgeber, da sie ihre Schüler auf Arbeit und Leben als nützliches Mitglied der Gesellschaft vorbereiten,⁴³ dass Primär- und Sekundärschulbildung das Tor zu höherer akademischer Ausbildung sei und von unvergleichlicher Wichtigkeit für die arbeitende Bevölkerung.⁴⁴ Bildung sei das grundlegende Werkzeug, mit dessen Hilfe Individuen ein wirtschaftlich produktives Leben zum Gewinn der ganzen Gesellschaft führen können.⁴⁵

Vor diesem Hintergrund höchstrichterlicher Rechtsprechung entschied das Gericht, dass der erste Prüfungspunkt des *Affirmative Action*-Prüfungsschemas an den schulischen Kontext angepasst werden müsse: Es kommt nunmehr nicht auf eine Unausgewogenheit innerhalb der Belegschaft (oder Schule) an, sondern auf eine manifestierte Unausgewogenheit innerhalb der ganzen relevanten Gesellschaft (also innerhalb der schulpflichtigen Kinder im Staat Hawaii). Von der bislang geltenden internen Betrachtungsweise wechselt das Gericht nun auf einen externen Fokus, um die Ungleichbehandlung der geförderten Rasse zu beurteilen. Hierin liegt die eigentliche (revolutionäre) Neuerung der Rechtsprechung. Nicht mehr die Verhältnisse innerhalb der betroffenen Institution werden zum Maßstab der Bewertung genommen, sondern die innerhalb der gesamten relevanten Bevölkerungsschicht.

Folgerichtig passt das Gericht auch die nächsten Prüfungspunkte an diesen neugewonnenen externen Fokus an: Bei der Frage, ob die Zulassungsbeschränkung die nicht-bevorzugte Rasse ungebührlich behindert oder eine absolute Schranke für ihr

⁴² *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979); *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987); *Rudebusch v. Hughes*, 313 F.3d 506, 520-21 (9th Cir. 2002).

⁴³ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

⁴⁴ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 221 (1982).

⁴⁵ *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 437 (1993) (Blackmun, J. concurring).

Vorankommen darstellt, wird wiederum nicht nur die Schule selbst als Maßstab genommen, sondern ebenfalls die Gesamtheit der Schulen des Staates Hawaii. Nur weil ein Schüler nicht in Kamehameha aufgenommen wird, heißt das nicht, dass er keine hochwertige, zu einem High School-Abschluss führende Schulbildung bekommt. In Hawaii gibt es ausreichend öffentliche und private High Schools, die ohne Zulassungsbeschränkung arbeiten, so dass die Nichtaufnahme in eine Schule nicht zugleich den Verlust jeglicher Schulbildung oder gar den Verlust der Möglichkeit eines Schulabschlusses bedeutet. Zugleich hätten – so das Gericht im Anschluss an die Supreme Court-Entscheidung *Johnson*⁴⁶ – die, die keine hawaiianischen Vorfahren haben, nie eine wirklich berechtigte Aussicht gehabt, tatsächlich an den Schulen aufgenommen zu werden. Die Kamehameha Schulen wurden zu einer Zeit gegründet, als Hawaii noch ein souveräner Staat war. Sie sind auf königlichen Ländereien erbaut und ihr Zugang war durch das Vermächtnis der Prinzessin Pauahi beschränkt. Bereits zu Zeiten der Schulgründung rechneten Nicht-Hawaiianer nicht damit, auf den Kamehameha Schulen aufgenommen zu werden, denn sie wussten, dass die Schulen für Kinder hawaiianischer Abstammung geschaffen worden waren. In den vergangenen 118 Jahren hat sich weder an der Aufnahmepraxis noch an der Erwartungshaltung der Weißen etwas geändert. Da Nicht-Hawaiianer es nie als ihr Recht aufgefasst hätten, zu den Kamehameha Schulen zugelassen zu werden, sondern die Schulen ebenfalls als Geschenk der Prinzessin an die Kinder ihres Volkes sahen, stellt die Nichtaufnahme daher auch keinen Eingriff in die Rechte der Nicht-Hawaiianer dar und benachteiligt diese nicht ungebührlich, so das Gericht.

Der letzte Faktor schließlich – es dürfe nicht mehr als unbedingt nötig getan werden, um das Gleichgewicht wieder herzustellen – ist temporärer Natur.⁴⁷ Auch diesen sah das Gericht als erfüllt an. Schließlich würden Nicht-Hawaiianer aufgenommen, sobald alle qualifizierten Hawaiianer aufgenommen seien und danach noch offene Plätze verblieben. Dass es womöglich noch Jahre dauern werde, bis diese Situation erreicht werde, sei unerheblich, so lange die Zeitspanne endlich sei.⁴⁸ Zudem bleibt die Zulassungsbeschränkung nur so lange bestehen, wie es nötig ist, die vergangenen privaten und staatlichen Diskriminierungen von Hawaiianern wieder gut zu machen und bis die hawaiianischen Kinder unter den gleichen sozio-ökonomischen Bedingungen lebten wie ihre nicht-hawaiianischen Altersgenossen, so dass man von Chancengleichheit ohne Ansehen von Rasse oder Abstammung reden kann. Ob und wann eine derartige Situation erreicht ist, wird von einer ei-

⁴⁶ *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616, 638 (1987).

⁴⁷ *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 208 (1979); *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616, 640 (1987).

⁴⁸ Vgl. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 343 (2003). Hier wurde auf Richter Powells Argumentation in der 25 Jahre alten *Bakke*-Entscheidung (*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 [1978]) zurückgegriffen, die *Affirmative Action*-Programme im höheren Schulwesen erlaubte, und befunden, dass es womöglich weitere 25 Jahre brauche, bis solche Programme wohl nicht mehr nötig seien. Der Supreme Court geht also durchaus von einer Zeitspanne von mindestens 50 Jahren aus.

gens hierfür eingesetzten Kommission der Kamehameha Schulen regelmäßig überprüft.

Die Geschichte Hawaiis als Entscheidungsfaktor

Als zusätzliches wie auch alternatives Argument wertete das Gericht das besondere Verhältnis zwischen den USA und den hawaiianischen Ureinwohnern. Der US-Kongress sei sich gerade auch dieser besonderen Verpflichtung gegenüber den Hawaiianern bewusst gewesen, als er im Jahre 1991 die Neufassung des 42 U.S.C. § 1981 beschloss. So könne es nicht Wille des Gesetzgebers sein, einerseits Programme zugunsten der Hawaiianer zu fordern und zu fördern, aber zugleich in einem existierenden Programm, wie dem der Kamehameha Schulen, einen Verstoß gegen 42 U.S.C. § 1981 zu sehen. Der Wille des Gesetzgebers spiele bei der Interpretation dieser bundesgesetzlichen Norm eine große Rolle.

Als der Vorläufer des 42 U.S.C. § 1981, der Civil Rights Act, im Jahre 1870 beschlossen wurde, war Hawaii noch ein unabhängiges Königreich und souveräner Staat. Daher konnte der Kongress damals weder bewusst noch unbewusst das hawaiianische Volk mit in seine Überlegungen zum Civil Rights Act einbezogen haben, er war einfach nicht anwendbar auf Bürger außerhalb der USA. Als Hawaii dann zunächst Territorium und später Bundesstaat der USA wurde, fanden automatisch alle bis dahin existierenden Gesetze der USA auf den neuen Staat Anwendung⁴⁹, so auch die Civil Rights-Gesetze. Allerdings stellten sie zu diesem Zeitpunkt noch keine Gefahr für die Zulassungskriterien zu den Kamehameha Schulen dar, da erst durch die U.S. Supreme Court-Entscheidungen *Runyon*⁵⁰ und *Santa Fe*⁵¹ deren Anwendungsbereich auf private Akteure und Weiße als Klagebefugte ausgeweitet wurde.

Im Jahr 1991 beschloss der Kongress die Neufassung des 42 U.S.C. § 1981.⁵² Da davon auszugehen sei, dass der Kongress sich allen existierenden Rechts der USA bewusst ist, wenn er neue Gesetze beschließt⁵³, müsse die lange, durch Bundesgesetze geprägte besondere Beziehung zwischen Kongress und dem hawaiianischen Volk mitberücksichtigt werden, wenn man 42 U.S.C. § 1981 dem Willen des Gesetzgebers nach interpretiert. Dies gilt sowohl für Gesetze, die vor 1991 verabschiedet wurden – diese hatte der Kongress im Blick, als er 42 U.S.C. § 1981 neu fasste –, wie auch für Gesetze, die nach 1991 vom Kongress erlassen wurden, denn dabei war er sich des neu gefassten 42 U.S.C. § 1981 bewusst.

⁴⁹ Hawaiian Statehood Act, Pub. L. No. 86-3, § 15, 73 Stat. 4.11 (1959).

⁵⁰ *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).

⁵¹ *McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Co.*, 427 U.S. 273 (1976).

⁵² Civil Rights Act of 1991, Pub. L. No. 102-166, § 101, 105 Stat. 1071 (1991).

⁵³ *Miles v. Apex Marine Corp.*, 498 U.S. 19, 32 (1990).

So hat der Kongress bereits im Jahr 1920 das besondere Verhältnis zwischen den USA und Hawaii im Hawaiian Homes Commission Act festgestellt.⁵⁴ Über die Jahre hat er diese besondere Beziehung bestätigt, die die USA zu Hawaii in Folge der amerikanischen Beteiligung am illegalen Umsturz des Königreichs Hawaii haben.⁵⁵ Für die hiesigen Fragestellungen besonders interessant sind die Gesetze, die im Bereich Schulbildung erlassen wurden. Im Jahr 1988, nur 3 Jahre vor der Neufassung des 42 U.S.C. § 1981, verabschiedete der Kongress die Augustus F. Hawkins-Robert T. Stafford Elementary and Secondary School Improvement Amendments.⁵⁶ Hierin machte der Kongress extensive Ausführungen zu der schulischen Situation der Hawaiianer und sprach sich für die Notwendigkeit aus, aufgrund der besonderen historischen und kulturellen Umstände diese intensiver zu fördern.⁵⁷ Er ermutigte gerade die Hawaiianer, eine aktivere Rolle bei der Planung und Verwaltung von Bildungsprogrammen und -einrichtungen zu spielen und hob in diesem Zusammenhang explizit das Grundschulprogramm der Kamehameha Schulen als Modell hervor.⁵⁸ Als der Kongress festlegte, dass bestimmte Programme und Fördermittel zugunsten der Hawaiianer eingesetzt werden sollten, verwendete er dieselbe Definition von Hawaiianern, wie sie dem jetzt angegriffenen Aufnahmekriterium der Kamehameha Schulen zugrunde liegt: nämlich, dass Hawaiianer im Sinne des Gesetzes solche seien, die von dem Urvolk abstammten, das vor 1778 die Inseln bewohnte und Souveränität über das Gebiet ausübte, das heute den Staat Hawaii ausmacht.⁵⁹

In den Jahren 1994 und 2002, also nach Neufassung des 42 U.S.C. § 1981, verabschiedete der Kongress weitere Schulgesetze,⁶⁰ die ähnliche Feststellungen zum Bildungsstand und Vorankommen der hawaiianischen Schulkinder beinhalteten. Als Teil der Gesetzesänderung 2002 forderte der zuständige Ausschuss des Kongresses sogar explizit den Bishop Trust, der die Kamehameha Schulen betreibt, auf, seine Bemühungen, hawaiianische Kinder zu fördern und ihnen Bildung zu vermitteln, zu verdoppeln.⁶¹

Daraus, dass der Kongress sowohl vor Neufassung des 42 U.S.C. § 1981 wie auch danach mehrfach seine Verpflichtung gegenüber den Hawaiianern explizit anerkennt und Wiedergutmachung in Form von spezieller schulischer Förderung einfordert, folgert das Gericht nun, dass auch 42 U.S.C. § 1981 in diesem Lichte aus-

⁵⁴ Hawaiian Homes Commission Act, 1920, 42 Stat. 108 (1921).

⁵⁵ So z.B. Native Hawaiian Health Care Act, 42 U.S.C. § 11701 (13), (14), (19), (20) (1988), oder Native Hawaiian Education Act, 20 U.S.C. § 7512 (12), (13) (2002).

⁵⁶ 20 U.S.C. §§ 4901-4909 (1988), aufgehoben 1994.

⁵⁷ 20 U.S.C. § 4901(9) (1988), aufgehoben 1994. Hierin stellte der Kongress fest, dass die hawaiianischen Schüler bei ihren schulischen Leistungen und Fortschritt im Schnitt wesentlich schlechter abschnitten als ihre Mitschüler.

⁵⁸ 20 U.S.C. § 4901(2)(4) (1988), aufgehoben 1994.

⁵⁹ 20 U.S.C. § 4909(1)(C) (1988), aufgehoben 1994.

⁶⁰ 20 U.S.C. §§ 7901-7941, Native Hawaiian Education Act (NHEA) of 1994; 20 U.S.C. §§ 7511-7517 Native Hawaiian Education Act (NHEA) of 2002.

⁶¹ H.R. Rep. No. 107-63(1), 333 (2001) im Rahmen des "No Child Left Behind Act of 2001".

zulegen sei. Das Bundesrecht dürfe nicht widersprüchlich angewandt werden, indem man einerseits die spezielle Förderung der Hawaiianer einfordert und sogar den Bishop Trust und die Kamehameha Schulen für ihre Leistungen explizit lobt und andererseits das Aufnahmekriterium der Schulen, das ebenfalls der Förderung der Hawaiianer und Wiedergutmachung an ihnen dient, als ungesetzlich verbietet.

Hawaiianer nicht als ethnische sondern als politische Klassifizierung

Statt "Hawaiianer" als ethnische Klassifizierung zu sehen und damit als "Rasse" im Sinne von 42 U.S.C. § 1981, könnte man allerdings – so die Ansicht des separat schreibenden, aber zustimmenden Richters Fletcher – Hawaiianer auch als politische Klassifizierung begreifen, was im Ergebnis hieße, dass eine derartige nach (politischen) Gesichtspunkten selektierende Zulassungsklausel nicht mit den strengen Maßstäben 42 U.S.C. § 1981 angreifbar wäre. Es würde dann lediglich überprüft, ob das in Frage stehende Programm in vernünftigen Einklang mit der besonderen Obligation des Kongresses diesen Volksgruppen gegenüber steht.

Diesen Weg ist man bereits bei einigen Indianer-Stämmen gegangen. In *Morton v. Mancari*⁶² befand der U.S. Supreme Court, dass die Klassifikation als indianischer Stamm von ihrer Natur her eher eine politische denn rassische sei. Dies resultiere aus dem einzigartigen Verhältnis der Vereinigten Staaten zu den Ureinwohnern.⁶³ Vorteile würden Mitgliedern dieser Gruppe gewährt, nicht weil sie einer bestimmten Rasse angehörten, sondern weil sie Mitglieder eines quasi-souveränen Volksstammes innerhalb der USA seien.⁶⁴ Die Zuständigkeit, einer bestimmten Gruppe Ureinwohnern Vorteile und Privilegien einzuräumen, entnimmt der US-Kongress der *Indian Commerce Clause*.⁶⁵ Hiernach obliegt es der Bundesregierung, mit allen eingeborenen Volksgruppen des Landes selbst zu verhandeln. Daraufhin hat der US-Kongress ein Prozedere in Gang gesetzt, wann und wie ein indianischer Stamm formal bundesrechtlich als Stamm anerkannt wird (*Federal Recognition*).⁶⁶ Voraussetzungen sind dabei unter anderem die fortwährende Identität mit den historischen Ureinwohnern des Landes, die Identität der ursprünglichen Ländereien mit den heute als Stammesland identifizierten Gebieten, fortwährende politische Macht und verwaltende Organisation innerhalb des Stammes sowie eine Dokumentation, nach welchen Kriterien der Stamm verwaltet wird und eine aktu-

⁶² 417 U.S. 535, 539, 551 (1974).

⁶³ *Antoine v. Washington*, 420 U.S. 194 (1975); *Moe v. Confederated Salish and Kootani Tribes of Flathead Indian Reservation*, 425 U.S. 463 (1976); *United States v. Antelope*, 430 U.S. 641, 645 (1977).

⁶⁴ *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 554 (1974).

⁶⁵ Indian Commerce Clause, U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 3.

⁶⁶ Indian Reorganization Act, 25 U.S.C. § 461 (1934); Federal Acknowledgement of Indian Tribes 25 C.F.R. 54 (1978) (Bureau of Indian Affairs); Tribal Self-Governance Act of 1994; Procedures for Establishing that an American Indian Group Exists as an Indian Tribe 25 C.F.R. 83.1 (1994) (Department of Interior Regulations); Federally Recognized Indian Tribe List Act, 108 Stat. 4791 (1994).

elle Liste der Mitglieder des Stammes inklusive der Kriterien, wie man die Mitgliedschaft erwerben oder verlieren kann.⁶⁷ Die Anerkennung selbst geschieht durch einen Staatsakt des Kongresses oder durch bundesgerichtliche Entscheidung.⁶⁸ Wer auf diese Weise als Stamm anerkannt wurde, tritt zu den USA in ein quasi-souveränes Verhältnis (*government-to-government-relationship*).⁶⁹ Diese formelle Anerkennung als Indianer-Stamm geht einher mit einem ganzen Bündel von Privilegien wie Selbstverwaltung, eigene Gerichtsbarkeit, Kontrolle über die indianischen Ländereien und Recht der Steuererhebung.⁷⁰

Problematisch an diesem Ansatz ist jedoch, dass die Hawaiianer niemals formal als "Stamm" anerkannt wurden.⁷¹ Privilegien ähnlich denen der anerkannten Stämme sind den Hawaiianern nie zugekommen.⁷² Zudem ist es äußerst problematisch, ob die für die indianischen Stämme Nordamerikas entwickelten Prinzipien auf die hawaiianischen Ureinwohner anwendbar sind. Abgesehen von der Frage, ob es überhaupt in die verfassungsmäßige Zuständigkeit des Kongresses fallen würde, über das hawaiianische Volk zu entscheiden,⁷³ gibt es bei den Hawaiianern seit dem Sturz der Monarchie weder eine dauerhafte Selbstverwaltungsstruktur, noch einen ständigen Ansprechpartner für die USA, keine geregelte Mitgliedschaft und kein abgrenzbares Land – denn das wären dann alle Inseln Hawaiis.⁷⁴

Da es ein derart dezidiertes Verfahren zur Anerkennung als Stamm gibt und die Hawaiianer dieses (noch) nicht durchlaufen haben, fällt es schwer, das *Mancari*-Resultat einfach auf den hiesigen Fall zu übertragen, wie es Richter Fletcher getan hat, nur weil es ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den USA und Hawaii gibt und die USA wegen der Beteiligung am Umsturz des Königreichs Hawaii den Hawaiianern gegenüber eine gewisse Verpflichtung verspüren. Sicher hat der Kongress in vielen Gesetzen die Hawaiianer speziell genannt und ihnen Privilegien gewährt, aber diese Praxis ist noch weit von der Anerkennung eines Quasi-Souveräns auf dem Boden der USA entfernt, so dass eine politische Klassifizierung ausscheidet.

⁶⁷ Federal Acknowledgement of Indian Tribes, 25 C.F.R. 54 (1978) (Bureau of Indian Affairs).

⁶⁸ Federally Recognized Indian Tribe List Act, 108 Stat. 4791 Sect. 103 (1994).

⁶⁹ Tribal Self-Governance Act of 1994.

⁷⁰ *Merrion v. Jicarilla Apache Tribe*, 455 U.S. 130 (1982); *Montana v. United States*, 450 U.S. 544 (1981); *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978).

⁷¹ Zwar ist derzeit ein Gesetzentwurf im Kongress, "Akaka-Bill", S. 147, 109th Cong. (2005), H.R. 309, 109th Cong. (2005), aber ein Beschluss über die Federal Recognition der Native Hawaiians ist auf längere Zeit nicht in Sicht.

⁷² *Kahawaiolaa v. Norton*, 386 F.3d 1271, 1273 (9th Cir. 2004).

⁷³ Ablehnend: *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495, 519 (2000).

⁷⁴ Zudem besteht selbst unter den Hawaiianern Uneinigkeit, ob eine Federal Recognition überhaupt wünschenswert ist, denn sie würde alle Ansprüche, die sich aus einer möglicherweise fehlerhaften Annexion ergeben, egalisieren.

Kritik

Der Fall *Kamehameha* und seine rechtliche Würdigung waren nicht nur in Bevölkerung und Presse umstritten, sondern auch im Spruchkörper selbst. Mit 8 zu 7 Stimmen fiel die Entscheidung zugunsten der Schulen denkbar knapp aus. Neben der führenden abweichenden Meinung, geschrieben von Richter Bybee, haben noch drei andere Richter separat geschrieben, um ihrer Kritik an einzelnen Punkten der Entscheidung Ausdruck zu verleihen.

Richter Bybee erblickt in der Nichtzulassung des Jungen eine klassische Verletzung des 42 U.S.C. § 1981, wie es auch schon *Runyon*⁷⁵ war – also der Fall, in dem ein Farbiger gegen die Nichtzulassung zu einer privaten weißen Schule klagte. Die Entscheidung der Mehrheit sei eine dramatische Abkehr von *Runyon* und daher nicht hinnehmbar. Zwar stimme er ebenfalls für die Anwendung des Titel VII-Standards, aber die Modifikation der Weber-Kriterien, die die Mehrheitsmeinung vorgenommen habe, sei nicht tragbar, ebenso wenig die Subsumtion des Falles unter eben diese neu gewonnenen Standards.

Für eine Modifikation der Weber-Kriterien gebe es weder einen einleuchtenden Grund, noch seien dafür Präzedenzfälle vorhanden. Alle bisherigen Fälle ließen sich einwandfrei an den Weber-Kriterien messen, auch die im schulischen Kontext.⁷⁶ Der neue externe Fokus gehe viel zu weit und nehme den Weber-Kriterien ihren Sinn. Erstens: Verlangt man eine vorhandene Unausgewogenheit innerhalb der gesamten Gesellschaft, so ist für das einzelne *Affirmative Action*-Programm keine Grenze in Reichweite und Dauer in Sicht. Jeder könnte sich auf irgendeine in der Gesellschaft vorhandene Unausgewogenheit berufen, um zu diskriminieren. Zweitens: Wenn man bei der Frage, ob die Zulassungsbeschränkung die nicht-bevorzugte Rasse ungebührlich behindert, wiederum nicht nur die Schule selbst, sondern die Gesamtheit der Schulen als Maßstab nimmt, würde das im Ergebnis bedeuten, dass die Diskriminierung eines Einzelnen nicht so gravierend wäre, da es genügend andere Schulen/Arbeitsstätten gebe. Auch hier wäre neuer Diskriminierung Tür und Tor geöffnet. Drittens wäre es einer einzelnen Institution schlichtweg unmöglich, für eine Ausgewogenheit innerhalb der ganzen relevanten Gesellschaft zu sorgen. Daher sei auch bei diesem letzten Kriterium der externe Fokus verfehlt.

Das Gericht habe außerdem bei der Anwendung der neuen Kriterien auf die Schulen Fehler gemacht. Trotz anderer guter Schulen auf Hawaii gebe es kaum gleichwertige Alternativen zu den Kamehameha Schulen, die ein herausragendes Alumni-Netzwerk und einen großen Einfluss auf die Gesellschaft Hawaiis hätten. Sie böten exzellente Bildung für vergleichsweise niedrige Schulgebühren. Andere

⁷⁵ *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).

⁷⁶ Wobei Richter Bybee hier die Fälle *Taxman v. Board of Education of Twp. of Piscataway*, 91 F.3d 1547 (3rd Cir. 1996 [en banc]) und *Cunico v. Pueblo School District No. 60*, 917 F.2d 431 (10th Cir. 1990) zitiert, die die Anstellung von Lehrern bzw. von Schulpersonal betrafen, also eher arbeitsrechtlichen Charakter haben, als bildungspolitischen.

in ihrer Qualität vergleichbare Schulen seien erheblich teurer, da ihnen ein reicher und mächtiger Trust wie der Bishop Trust im Hintergrund fehle. Demnach würde die Zulassungsbeschränkung die nicht-bevorzugte Rasse – also jede außer den Hawaiianern – ungebührlich behindern.

Schließlich habe der Kongress die Hawaiianer nicht durch seine Gesetzgebung konkludent von der Anwendung des 42 U.S.C. § 1981 ausnehmen wollen; hätte er dies gewollt, hätte er es ausdrücklich tun können. Ebenso wenig sei der Meinung von Richter Fletcher zu folgen, der Hawaiianer als politische Klassifizierung statt als Rasse begreifen will, da die Hawaiianer noch nicht als Stamm anerkannt worden seien.

Die zweite abweichende Meinung unter Richter R y m e r sieht ebenfalls mangels vorhandener Präzedenzfälle keinen Raum für eine Modifikation der Weber-Kriterien, wie sie die Mehrheitsmeinung vorgenommen hat. Gemessen an den engen Weber-Kriterien würde das *Affirmative Action*-Programm der Kamehameha Schulen scheitern: Ein akzeptables Ziel für ein auf Rassen basiertes *Affirmative Action*-Programm unter Weber sei es, eine ethnische Vielfalt in der Schülerschaft zu erreichen⁷⁷, und dies sei gerade das Gegenteil dessen, was die Kamehameha Schulen mit ihrer Zugangsklausel bezwecken. Sie stelle daher eine Rassendiskriminierung im Sinne von 42 U.S.C. § 1981 dar.

Die dritte abweichende Meinung, geschrieben von Richter Kleinfeld, ist der Auffassung, es sei überhaupt der falsche Überprüfungsmaßstab angewendet worden. Richtigerweise hätte *strict scrutiny* zur Anwendung kommen müssen. Der Titel VII-Standard komme aus dem Arbeitsrecht und habe mit der Aufnahme an Schulen nichts zu tun. Vielmehr müssten die jüngsten U.S. Supreme Court-Entscheidungen herangezogen werden, *Gratz*⁷⁸ und *Grutter*⁷⁹, die über die *Equal Protection*-Klausel des 14. Zusatzartikels *strict scrutiny* angewandt hätten. Dass diese Fälle die öffentliche Universität von Michigan betrafen, hier aber eine private Schule der Akteur ist, sei für die Anwendung des Überprüfungsmaßstabes irrelevant. Im Ergebnis sei die Nichtaufnahme des weißen Jungen daher genauso Rassendiskriminierung wie damals die Nichtaufnahme des farbigen Jungen in *Runyon*⁸⁰.

Die vierte separat geschriebene Meinung, die von Richter Kozinski, regt eine mögliche Alternative für die Kamehameha Schulen an, um auch in zukünftigen Gerichtsprozessen um ihre Zulassungskriterien zu obsiegen: Sie dürften einfach kein Schulgeld nehmen. Dann würde mit den einzelnen Schülern kein entgeltlicher Vertrag über die Aufnahme in die Schule geschlossen und das Versagen einer Aufnahme könnte nicht mehr mit 42 U.S.C. § 1981 wegen Rassendiskriminierung überprüft werden. Als rein philanthropisches Unternehmen unterläge es nicht den strengen Anforderungen der *Affirmative Action*-Rechtsprechung, da es hier noch

⁷⁷ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (325) (2003).

⁷⁸ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

⁷⁹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁸⁰ *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).

keinen Beispielsfall gibt, in dem einer rein gemeinnützigen Organisation die Operation wegen Diskriminierung untersagt worden wäre. Im Gegensatz zu vielen anderen Privatschulen könne sich der Bishop Trust dies auch leisten, da die derzeit erhobenen Schulgebühren nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten pro Schüler decken und ein Großteil der Schüler selbst für diesen verbleibenden Teil mit Stipendien ausgestattet wird.

Schlussbemerkung

Es mutet schon ein wenig seltsam an, wenn die zum Schutz eines bedrohten Volkes geschaffenen Zulassungskriterien einer privaten, aus einem Trust finanzierten Schule, deren Gründung auf eine Zeit zurückgeht, in der die USA weder gesetzgeberische noch gerichtliche Hoheit über Hawaii hatten, nun als Diskriminierung an den Civil Rights Gesetzen gemessen werden, die einst die Diskriminierung von Farbigen verhindern sollten. In den USA, in denen so viel Wert auf das Engagement der Einzelnen gelegt wird, kann doch nicht das über hundert Jahre währende großzügige Engagement einer Prinzessin als ausgrenzend und diskriminierend pervertiert werden.

So ist die nunmehr getroffene Entscheidung zugunsten der Kamehameha Schulen sachlich richtig und insbesondere für den Fortbestand der Schulen in ihrer jetzigen Form wichtig und wünschenswert. Mitentscheidend für den Erfolg der Kamehameha Schulen ist, dass sich hier Hawaiianer für Hawaiianer engagieren. Schließlich ist es gerade der gemeinsame ethnische Hintergrund, von dem ein Interesse an den eigenen kulturellen Wurzeln ausgeht und der ein motiviertes Lernen fördert. Über Jahre hinweg war die hawaiianische Kultur kaum beachtet, ihre Sprache verpönt, Handwerkskünste vernachlässigt, Lieder und Tänze fast vergessen. Erst durch das jahrzehntelange Engagement von Institutionen wie den Kamehameha Schulen kann man heute wieder von einer lebendigen Kultur sprechen. Ihre Lehrer bewahren das alte Wissen und geben es an die neue Generation weiter.

Da diese Tatsache selbst der amerikanische Kongress erkannte und die Schulen aufforderte, ihre Aktivitäten zu verstärken und auszubauen, kann es weder das rechtlich noch rechtspolitisch Gewollte sein, die Schulen, wie sie heute existieren, nachhaltig zu verändern. Eine solche Veränderung würde die Abschaffung der Zulassungsbeschränkung zugunsten der Hawaiianer zwangsläufig bewirken, da sie das Bild der Schülerschaft verändern würde. Auch heute bieten die Schulen bereits ethnische Vielfalt – mit einem gemeinsamen Nenner: sie sind alle auch Hawaiianer. Eine Öffnung der Schulen würde also keine ethnische Vielfalt – die ohnehin existiert – bringen, sie würde aber den gemeinsamen Nenner und damit die Grundlage des Lernens, Verstehens und Praktizierens der eigenen Kultur vernichten.

So positiv das tatsächliche Resultat der Entscheidung zu bewerten ist, so kritisch muss die Begründung des Gerichts gesehen werden. Mit seiner neuen Auslegung der Kriterien für *Affirmative Action*-Programme mag das Gericht für diesen Fall das Richtige gewollt haben. Problematisch ist aber, dass das Gericht gerade bei so

einem heiklen und emotional besetzten Fall von der gefestigten Rechtsprechung bei *Affirmative Action*-Programmen abrückt. Das macht die Entscheidung angreifbar und ist auch der entscheidende Gesichtspunkt für die abweichenden Meinungen innerhalb des Gerichts. Es hat den Anschein, als wolle man die Rechtsprechung dem Zulassungskriterium anpassen, um es aufrecht erhalten zu können, und nicht das Zulassungskriterium am bestehenden Recht messen.

Generell ist der neue externe Fokus gerade im Schulwesen nicht von der Hand zu weisen. Die Förderung einer bestimmten, ansonsten benachteiligten Gruppe ist dann nicht unangemessen, wenn die übrigen Schüler ebenfalls Zugang zu qualifizierter Schulbildung haben. Dies ist essenziell, um gleiche Chancen im späteren Berufsleben zu haben. Nimmt man die hier verwendete Formel aber zur generellen Überprüfung von *Affirmative Action*-Programmen, so hieße das, dass wesentlich mehr Programme diesen Test bestehen, als es nach der alten Formel oder gar der *strict scrutiny* des 14. Zusatzartikels wären. Tatsächlich ist der neue externe Fokus keine Weiterentwicklung der Weber-Kriterien – er hebt sie geradezu aus. Die bisherige restriktive Anerkennung von *Affirmative Action*-Plänen könnte damit gefährdet sein, und somit ist es fraglich, ob diese Interpretation noch im Einklang mit der Supreme Court-Rechtsprechung liegt.

Sinnvoller wäre es gewesen, wenn das Gericht stärker auf den Sinn und Zweck der Civil Rights-Normen eingegangen wäre. Gerade weil die Weber-Kriterien für den Bereich des Arbeitsrechts geschaffen wurden und im Rahmen von 42 U.S.C. § 1981 kein vergleichbares Schema für den Schulbereich existiert, wäre es hier dogmatisch leichter gewesen, Akzente zu setzen, ohne von der bisherigen Rechtsprechung explizit abzuweichen. Die Civil Rights-Gesetze sind geschaffen worden, um bestehende Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft auszugleichen – und genau das wollen auch die Kamehameha Schulen. Das Zulassungskriterium ist also keine Verletzung der Civil Rights-Gesetze – es füllt sie eher aus.

Diesmal haben die Kamehameha Schulen die gerichtlichen Hürden noch knapp genommen, aber bei dieser richterlichen Argumentation scheint es nur eine Frage der Zeit zu sein, wann der letzte Wille der hawaiianischen Prinzessin gebrochen wird.

Summary⁸¹

Recognizing the Last Will of a Princess

A Hawaiian Affirmative Action Case Before the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit

In December 2006, the Court of Appeals for the 9th Circuit in San Francisco decided the case *Doe v. Kamehameha Schools/Bernice Pauahi Bishop Estate*. The main issue of this case is whether a Hawaiian private, non-profit school, which was founded before Hawaii became part of the United States, that receives no federal funds, may give preference to Native Hawaiians in its admissions policy. The Court found that it may.

Given the interest in and the importance of the case, the Circuit Court granted a rare re-hearing en banc of the 3-judge decision issued earlier by the same court.

The Kamehameha Schools were created through a charitable testamentary trust, established by the last direct descendent of the Hawaiian monarchy, Princess Bernice Pauahi Bishop, the great-granddaughter of King Kamehameha I., the first king of Hawaii. As she had no children of her own, she left all her property and her royal land in trust for a school for the children of Hawaii dedicated to the education and upbringing of the children of her people. Today the Kamehameha Schools comprise a whole educational system with three campuses on the Hawaiian Islands, offering quality primary and secondary education as well as cultural competence in Native Hawaiian traditions. Part of the Kamehameha Schools admissions policy is to “give preference to children of Native Hawaiian ancestry, defined to include any person descended from the original people who exercised sovereignty in the Hawaiian Islands prior to 1778”. This admissions policy operates to admit students who have no Hawaiian ancestry only after all qualified students with Native Hawaiian roots have been admitted, which means in practice that in the 118 years of its operation no other students have been admitted.

John Doe, a white boy with no Hawaiian ancestry challenged this admissions policy on the ground that it violated a federal statute, 42 U.S.C. § 1981, which forbids discrimination in contractual relationships. In applying for admission he intended to enter into a contractual relationship with the Kamehameha schools as they provide education for tuition. Title 42 U.S.C. § 1981 provides that “all persons ... shall have the same right ... to make and enforce contracts ... as enjoyed by white citizens”. Having its roots in civil rights legislation, the statute was later also applied to cases where whites sought protection against discrimination, mostly in affirmative action cases.

The Court was not challenged with any constitutional question since the actor was a private rather than a public school, so that the Equal Protection Clause of the 14th Amendment was not at question. Consequently, the Court decided not to employ the standard of *strict scrutiny* used in the 14th Amendment affirmative action cases but rather the less strict standard used in the Title VII employment cases. In the employment sector, the U.S. Supreme Court in *United Steelworkers v. Weber* set out some principles on how to evaluate affirmative action programs: (1) the plan must respond to a manifest imbalance in the work

⁸¹ Summary by the author.

force, (2) it must not unnecessarily trammel the rights of the non-preferred class or create an absolute bar to their advancement, and (3) it must not do more than necessary to attain the balance. In evaluating the Kamehameha Schools admissions policy, the Circuit Court adopted these principles, but changed their meaning: Instead of focusing on a manifest imbalance within the school or workplace, the Court looked at the relevant group within the whole community, i.e. the whole state of Hawaii. It did so with all three requirements and in the end decided that the schools' admissions policy did not discriminate against white pupils because there are enough other educational opportunities for whites within the state of Hawaii. As long as Native Hawaiians are an ethnic group with fewer opportunities for educational advancement, the Court held that the Kamehameha Schools may give them further preferential treatment because of their race.

In addition, because of the sad role of the United States in the overthrow of the Hawaiian monarchy in 1893, and the special trust relationship of the United States to the Hawaiian people, as defined by the U.S. Congress, the Kamehameha Schools' admissions policy accords with federal law.

With 8-7, the decision was very close. The four dissenting opinions criticized mainly the majority's new focus, which was seen as a rejection long-standing precedent in affirmative action cases.