

Tarek Naguib, lic. iur.
Jurist, Rechtssoziologe
Viktoriastrasse 51
3013 Bern

Homepage: www.tarek-naguib.ch

E-Mail: tarek@naguib.ch

Tel. ++41 (0)79 350 63 18

Kurzexpertise zuhanden des Fürstentums Liechtenstein, Ressort Soziales

zur Geltung des liechtensteinischen Behindertengleichstellungsgesetz (BGlG)
für Leistungen und für Bauten und Anlagen von Kindertagesstätten, Spielgruppen
und Tagesmüttern

INHALTSVERZEICHNIS

1	FRAGESTELLUNG UND ÜBERSICHT	2
2	KINDERTAGESSTÄTTEN, SPIELGRUPPEN, TAGESMÜTTER	2
2.1	Begriffsklärung	2
2.2	Bewilligungspflicht, Aufsicht	4
2.3	Förderung, staatliche Aufgabe	5
3	AUSNAHMEREGLUNG „ART. 2 ABS. 2 BCHST. D BGLG“	6
3.1	Private Anbieter	6
3.1.1	Private in Erfüllung einer delegierten staatlichen Aufgabe (nach KJG).....	7
3.1.2	Private mit Marktmacht ohne staatlichen Auftrag	9
3.1.3	Staatliches Miteigentum an privaten Betreuungseinrichtungen	9
3.2	Dienstleistungen	10
3.2.1	Allgemeine Bedeutung	10
3.2.2	Bauten und Anlagen.....	10
3.3	Angemessene Vorkehrungen	12
4	ERGEBNIS.....	15
	EXKURS: REGULIERUNGSVORSCHLAG	16

1 Fragestellung und Übersicht

Es ist im Rahmen eines Kurzgutachtens abzuklären, ob bzw. inwiefern Betreuungsangebote von Kindertagesstätten, Spielgruppen und Tagesmüttern (bzw. -vätern, -eltern) in den Geltungsbereich des liechtensteinischen Behindertengleichstellungsgesetzes (BGIG) fallen. Von besonderem Interesse ist, ob die Regelungen betreffend Bauten und Anlagen (Art. 11 ff. BGIG) auf private Betreuungseinrichtungen zur Anwendung gelangen. Somit konzentriert sich die Expertise auf die Frage, ob bzw. – falls ja – inwieweit die Ausnahmeregelung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. d BGIG Bauten und Anlagen, in denen Leistungen von Spielgruppen, Tagesmüttern oder Kindertagesstätten erbracht werden, mit erfasst.

Im Folgenden soll zunächst auf der Grundlage des liechtensteinischen Kinder- und Jugendrechts eine Klärung der Begriffe „Kindertagesstätte“, „Spielgruppe“ und „Tagesmutter“ sowie deren rechtliche Bezug zum Gemeinwesen vorgenommen werden (Kapitel 2). Anschliessend wird analysiert, ob bzw. inwiefern Angebote von Spielgruppen, Kindertagesstätten und Tagesmüttern in den Geltungsbereich des BGIG fallen bzw. der Ausnahmeregelung von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d unterstellt sind (Kapitel 3, 4). Basierend auf den Erkenntnissen macht das Gutachten abschliessend einen Vorschlag zur Revision des Behindertengleichstellungsgesetzes (Exkurs).

2 Kindertagesstätten, Spielgruppen, Tagesmütter

2.1 Begriffsklärung

Kindertagesstätten, Spielgruppen und Tagesmütter leisten – anlehnend an das liechtensteinische Kinder- Jugendgesetz – *ausserhäusliche (bzw. ausserfamiliäre) Betreuung und vorschulische Förderung* für Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren¹. Die Angebote lassen sich in formale Betreuungsformen einerseits und informelle Leistungen andererseits unterscheiden. Zur *formalen* Betreuung und Förderung zählen professionell strukturierte Angebote – geführt nach verwaltungswirtschaftlichen oder betriebswirtschaftlichen Grundsätzen – staatlicher und privater Natur, während die *informelle* ausserhäusliche Betreuung und Förderung keine professionellen Dienste nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen sind.

- Die *staatlich-formalen* Betreuungs- und Förderangebote basieren organisatorisch auf der Grundlage einer staatlichen Trägerschaft oder aber auf einer privaten Trägerschaft, die eine delegierte staatliche Aufgabe wahrnimmt und die unter entsprechender, staatlicher Aufsicht steht („mittelbare Staatsverwaltung“)². Sie sind der ausübende Arm einer staatlich verpflichtenden Aufgabe und dienen ausschliesslich der Erfüllung eines öffentlichen Interesses im Bereich der Sozial- und Wirtschaftsverfassung (insb. Entlastung von Familien bei der Betreuung, vorschulische Förderung der Kinder, Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf³).
- Die *privat-formale* Betreuung und Förderung umfasst professionelle Angebote von privater Seite, die keine delegierte staatliche Aufgabe wahrnehmen. Sie können sowohl auf der Grundlage einer institutionellen Verankerung (z.B. als Verein) oder ohne unmittelbare institutionelle Anbindung (z.B. unabhängige Tagesmütter) angeboten

¹ Vgl. hierzu auch Art. 49 Abs. 1 Kinder- und Jugendgesetz vom 10. Dezember 2008 (KJG, 852.0).

² Zu den mit einer staatlichen Aufgabe betraute privaten Dienste gehören Tagesbetreuungseinrichtungen, die auf der Grundlage von Art. 57 Abs. 1 KJG zur Mitwirkung in der Kinder- und Jugendförderung herangezogen werden. Zur den Voraussetzungen der Ausübung einer staatlichen Aufgabe durch eine private Trägerschaft siehe hinten, 3.1.

³ Siehe hierzu hinten, 3.1.

werden. Neben den damit verbundenen sozialen Interessen spielen in der Regel auch kommerzielle Motive der Anbieter_innen eine Rolle (Generierung von Einkommen). Meist hat das Gemeinwesen ein Interesse an privat-formalen Betreuungs- und Förderungsangeboten, weil diese ergänzend zu den staatlich-formalen Angeboten das in der Regel bestehende Angebotsmanko abbauen helfen; daher unterstützen sie die entsprechenden privaten Betreuungseinrichtungen mit staatlichen Subventionszahlungen⁴, ohne dass damit jedoch staatliche Leistungsaufträge mit strengen Vorgaben verbunden wären. Aus Gründen des Kinderschutzes sind diese ebenso wie die staatlich-formalen Angebote unter staatliche Aufsicht gestellt⁵.

- *Informelle* Betreuungs- und Förderungsangebote bezeichnen unprofessionelle Dienste von privater Seite. Zweck ist nicht der Dienst an der Allgemeinheit, sondern entweder die Entlastung einer bekannten oder verwandten Familie (Verwandschafts- und Bekanntschaftsdienste) oder aber auch das Geldverdienen (z.B. im Kinder- und Jugendalter). Je nach Bedarf sind die Angebote sporadischer oder aber auch regelmässiger Natur. Die informellen Betreuungsdienste stehen in der Regel nicht unter staatlicher Aufsicht⁶.

Die vorliegende Kurzexpertise beurteilt die gestellte Rechtsfrage ausschliesslich mit Bezug auf formale Formen ausserfamiliärer und vorschulischer Kinderbetreuung. Dazu gehören nicht nur staatlich oder privat organisierte Einheiten wie Kindertagesstätten oder Spielgruppen, die auf der Grundlage einer geregelten Struktur regelmässig angeboten werden, sondern auch Dienste von Tagesmüttern, die strukturiert Angebote auf professioneller Basis zur Verfügung stellen⁷. Nicht Gegenstand der Expertise ist eine Übersicht zu den verschiedenen Betreuungseinrichtungen und ihre Einordnung in die hier vorgenommene (rechtliche) Typologisierung.

- *Kindertagesstätten* sind Einrichtungen, in welchen Kinder ab drei Monaten regelmässig während mehreren Tagen oder Halbtagen pro Woche in möglichst konstanten und altersgemischten Gruppen betreut werden. Die Betreuung erfolgt durch pädagogische Fachkräfte und wird von Kindertagesstätten, Tagesstrukturen und Tagesmüttern übernommen⁸. Kindertagesstätten dienen in erster Linie der ausserhäuslichen Kinderbetreuung. Darüber hinaus werden die Kinder individuell gefördert und erlernen dadurch soziale und anderweitige Kompetenzen. Insgesamt gibt es im Liechtenstein – sowie dies dem Verfasser bekannt ist – fünf grössere Organisationen, die allesamt über private Trägerschaften Kindertagesstätten und Tagesmütter organisieren⁹.

Die grösste Organisation ist der private Verein Kindertagesstätten Liechtenstein (Verein KiTa FL). Er betreibt auf der Basis einer privaten Trägerschaft dreizehn Kindertagesstätten in verschiedenen Gemeinden

⁴ Art. 57 Abs. 1 KJG; Verordnung vom 22. September 2009 über die Ausrichtung von Beiträgen an private Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe (KJHBV, 852.014).

⁵ Art. 49-52 KJG (für private Betreuungs- und Pflegeverhältnisse), 53-56 KJG (für Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen), 57-60 KJG (für private Einrichtungen mit finanzieller Unterstützung).

⁶ Daher werden Betreuungsverhältnisse von Verwandten oder Verschwägerten bis und mit dem dritten Grad aus der Bewilligungspflicht nach KJG ausgenommen (Art. 49 Abs. 2 Bchst. a).

⁷ Im Sinne von Art. 49 ff. KJG.

⁸ Kindertagesstätten fallen nach KJG unter Betreuungseinrichtungen gemäss Art. 53 ff.

⁹ Verein Kindertagesstätten Liechtenstein (<http://www.kita.li/>), Verein für Kinderbetreuung Planken (<http://www.schuleplanken.li/KinderbetreuungausserhalbderSchule/tabid/67/Default.aspx>), Verein Kinderoase (Vaduz/Mauren, Bretscha) (<http://www.kinderoase.li/>), SiNi kid'z Highway (<http://www.sini.li/>), Pimbolino Gamprin (<http://www.kindertagesstaette.li/>).

des Fürstentum Liechtensteins¹⁰. Finanziert werden die Strukturen über Gelder von der öffentlichen Hand, Beiträge der Eltern und Erziehungsberechtigten sowie Spenden und Zuwendungen aus der Wirtschaft. Das Betreuungsangebot umfasst – auf der Basis betriebswirtschaftlicher Grundsätze – die Ganz- und Halbtagsbetreuung sowie für Kindergarten- und Schulkinder die Einheiten Frühbetreuung, Mittagsbetreuung und Spätnachmittagsbetreuung. Die Angebote werden auf der Grundlage einer vom Einkommen abhängigen abgestuften Tarifstruktur abgerechnet¹¹.

- *Spielgruppen* „bieten spielerische Förderung und Betreuung für Kinder ab 3 Jahre. Kinder besuchen die Spielgruppe in der Regel zwei bis dreimal pro Woche während 2-3 Stunden. Spielgruppen ermöglichen Kindern vor dem Kindergarteneintritt erste Erfahrungen im Umgang mit anderen Kindern“¹² und dienen daher im Vergleich zu Kindertagesstätten in erster Linie nicht der ausserhäuslichen Kinderbetreuung sondern der vorschulischen Kinderförderung¹³. Spielgruppeneinrichtungen unterstehen dem KJG¹⁴.

Seit Januar 2008 setzt sich der Spielgruppenverein Fürstentum Liechtenstein (SPGV-FL) für die Anliegen und die Qualität der Spielgruppen ein und vertritt die Interessen der Spielgruppenleiterinnen. Spielgruppen gibt es in allen Gemeinden¹⁵.

- *Tagesmütter* sind formelle Betreuungsangebote, in der eine Frau „während einiger Stunden tagsüber bis ganztätig – meist neben ihren eigenen Kindern – zusätzlich ein Kind oder mehrere Kinder verschiedenen Alters“¹⁶ betreut. Eine Tagesmutter erbringt ihre Leistung entgeltlich und während eines längeren Zeitraums mit bestimmtem Pensum¹⁷. Sie braucht eine Bewilligung des Amtes für Soziale Dienste, vorausgesetzt sie erbringt die Leistung während eines Zeitraumes von wenigstens drei Monaten an 40 Stunden pro Monat¹⁸. Entsprechend werden Tagesmütter in der Regel vom Eltern Kind Forum vermittelt, ausgebildet und angestellt¹⁹. Tagesmütter sind von Personen abzugrenzen, die ihre Dienste nicht entgeltlich und/oder nicht mindestens im Zeitraum von wenigstens drei Monaten an 40 Stunden pro Monat anbieten sowie Verwandte oder Schwägernte bis und mit dem dritten Grad; die nicht Teil der formellen ausserhäuslichen Betreuung sind und entsprechend auch nicht unter staatlicher Aufsicht stehen²⁰.

2.2 Bewilligungspflicht, Aufsicht

Der Betrieb von Einrichtungen der formalen ausserhäuslichen Betreuung und Förderung, die Kinder und Jugendliche zur Betreuung oder Pflege aufnehmen, bedarf mit Ausnahme von Kindergärten und schulischen Einrichtungen, die unter spezieller Aufsicht des Staates stehen, einer Bewilligung des Amtes für Soziale Dienste (Art. 53 KJG), deren Erteilung an bestimmte

¹⁰ <http://www.kita.li/?page=4> (Zugriff: 12. Mai 2012), Kleinkinder: <http://www.kita.li/bilder/931.pdf>, Schulkinder: <http://www.kita.li/bilder/932.pdf>.

¹¹ <http://www.kita.li/?page=16> (Zugriff: 12. Mai 2012).

¹² <http://www.familienportal.li/index.php?id=37&L=1%2C> (Zugriff: 12. Mai 2012).

¹³ Spielgruppen werden nach KJG je nach Konstellation unter Betreuungseinrichtungen gemäss Art. 53 ff. oder unter private Betreuungsverhältnisse gemäss Art. 49 ff. subsumiert.

¹⁴ Siehe hinten, 2.2.

¹⁵ Vgl. hierzu <http://www.welcome.li/Spielgruppenverein> und www.familienportal.li/index.php?id=117#c1202 (Zugriff: 12. Mai 2012).

¹⁶ <http://www.familienportal.li/index.php?id=117#c1202> (Zugriff: 12. Mai 2012).

¹⁷ Tagesmütter fallen nach KJG unter private Betreuungseinrichtungen gemäss Art. 49 ff.

¹⁸ Art. 49 Abs. 1 Ziff. B KJG.

¹⁹ <http://www.elternkindforum.li/> (Zugriff: 12. Mai 2012).

²⁰ Art. 49 Abs. 2 Bchst. a KJG.

unter Art. 54 KJG geregelte Voraussetzungen gebunden ist. Darunter fallen sämtliche Angebote von Kindertagesstätten oder Spielgruppen auf der Grundlage einer privaten oder öffentlichen Trägerschaft. Ebenso eine Bewilligung, die jedoch weniger strengen Voraussetzungen unterstellt ist (Art. 50 KJG) benötigen – ebenfalls der formalen ausserhäuslichen Betreuung und Förderung zugeordnete²¹ – private Personen, die in ihrem Haushalt entgeltlich und während eines Zeitraumes von wenigstens drei Monaten an 40 Stunden pro Monat Kinder und Jugendliche aufnehmen. Davon ausgenommen sind – wie bereits erwähnt – gemäss Art. 49 Abs. 2 KJG die informelle Betreuung, d.h. Betreuungs- und Pflegeverhältnisse von Verwandten oder Verschwägerten bis und mit dem dritten Grad (Bchst. a), Pflegeverhältnisse, soweit den Pflegepersonen die Erziehungsrechte durch das Gericht übertragen wurden (Bchst. b) und gerichtlich oder amtlich angeordnete Pflegeverhältnisse (Bchst. c).

2.3 Förderung, staatliche Aufgabe

Gemäss Art. 15 der liechtensteinischen Verfassung²² wendet der Staat seine besondere Sorgfalt dem Erziehungs- und Bildungswesen zu. „Dieses ist so einzurichten und zu verwalten, dass aus dem Zusammenwirken von Familie, Schule und Kirche der heranwachsenden Jugend eine religiös-sittliche Bildung, vaterländische Gesinnung und künftige berufliche Tüchtigkeit zu Eigen wird“. Ausserhalb der allgemeinen Schulpflicht (Art. 16 Abs. 2) ist die Betreuung und Erziehung von Kindern zumindest nicht *explizit* eine verfassungsrechtlich verankerte staatliche Aufgabe. Hingegen unterstützt und fördert der liechtensteinische Staat das Unterrichts- und Bildungswesen (Art. 17 Abs. 1) sowie Gewerbe und Industrie, dies zur Hebung der Erwerbstätigkeit und zur Pflege der wirtschaftlichen Interessen des Landes (Art. 20 Abs. 1).

Aufgrund der vorgegebenen verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung erliess der liechtensteiner Gesetzgeber das Kinder- und Jugendgesetz (KJG). Es soll dazu beitragen, „dass positive Lebensbedingungen für Kinder und Jugendliche und deren Familien sowie eine kinder-, jugend- und familienfreundliche Umwelt erhalten bleiben oder geschaffen werden“ (Art. 1 Abs. 1 Bchst. a). Kinder und Jugendliche sollen psychisch und körperlich gesund aufwachsen und sich zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten entwickeln sowie sich am gesellschaftlichen Leben aktiv beteiligen können (Bchst. b). Weiter sollen Kinder und Jugendliche sowie deren Familien individuelle und kollektive Benachteiligungen überwinden können und soziale Ungleichheiten bei Kindern und Jugendlichen ausgeglichen werden (Bchst. d.). Ziel ist zudem, dass Kinder und Jugendliche insbesondere aufgrund einer Behinderung weder persönlich noch bei der Einbindung in das soziale, politische und kulturelle Leben benachteiligt werden (Bchst. e). Die Kinder- und Jugendhilfe besteht in der Unterstützung „von Familien mit Kindern und Jugendlichen zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf sowie bei besonderen Belastungen“ (Art. 6 Bchst. g). Sie kommt zur Anwendung insbesondere bei „äusserhäuslicher Betreuung (...) von Kindern und Jugendlichen“ (Art. 7 Bchst. k).

Diesen Zielen und Anwendungsbereichen engsprechend können geeignete private Tagesbetreuungseinrichtungen wie Kinderkrippen und Spielgruppen zur Mitwirkung in der Kinder- und Jugendhilfe finanziell unterstützt werden (Art. 57 Abs. 1 KJG)²³. Darüber hinaus kann sämtlichen privaten Einrichtungen, die zur Mitarbeit in der Kinder- und Jugendhilfe geeignet sind, wie Tagesbetreuungseinrichtungen, auf Antrag Jahresbeiträge ausgerichtet werden (Art. 1 KJHBV), unabhängig davon, ob diese zur Mitwirkung explizit bestimmt werden oder aber

²¹ A.a.O.

²² Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921 (101).

²³ I.V.m. Art. 6, 7, 9 Abs. 2 KJG.

einfach ein der Förderung würdiges Betreuungsangebot für die Allgemeinheit leisten. Das Amt für Soziale Dienste schliesst zu diesem Zweck mit den Trägern solcher Einrichtungen Leistungsverträge ab und übt die Aufsichtsfunktion aus (Art. 58 KJG). Neben den geltenden gesetzlichen Bestimmungen werden Einzelheiten im Zusammenhang mit der finanziellen Unterstützung in den Leistungsverträgen geregelt (Art. 6 KJHBV).

Subventionierte private Betreuungseinrichtungen im Sinne von Art. 57 Abs. 1 KJG üben eine vom Staat delegierte Aufgabe aus²⁴. Voraussetzung dafür ist, dass die privaten Einrichtungen gezielt d.h. zwecks Mitwirkung in der ausserhäuslichen Betreuung von Kindern und Jugendlichen im Sinne des KJG zur Erbringung von über mittels Leistungsvertrag mit dem Amt für Soziale Dienste geregelten Konditionen herangezogen werden. Ob und – falls ja – mit welchen Organisationen dies im Liechtenstein derzeit der Fall ist, soll im Rahmen des vorliegenden Kurzgutachtens nicht beurteilt werden. Hierzu sind die allfälligen Leistungsverträge gemäss Art. 57 Abs. 2 KJG zu konsultieren.

3 **Ausnahmeregelung „Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG“**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 BGIG findet das Gesetz vorbehaltlich Abs. 2 auf sämtliche gestalteten Lebensbereiche von Menschen mit Behinderungen Anwendung. Art. 2 Abs. 2 Bchst. d nimmt „Dienstleistungen privater Anbieter, sofern diese ihre Dienstleistung nur deshalb nicht erbringen können, weil sie nicht über die dazu erforderlichen, behindertengerecht eingerichteten Hilfsmittel verfügen“ vom Geltungsbereich des BGIG aus. Die Ausnahmeregelung ist in dreierlei Hinsicht spezifiziert: Erstens betrifft sie ausschliesslich Dienstleistungen (3.2), die zweitens von privaten Anbietern geleistet werden (3.1), welche drittens die Dienstleistungen nur deshalb nicht erbringen können, weil der Anbieter nicht die über dazu erforderlichen, behindertengerecht eingerichteten Hilfsmittel verfügt (3.3).

Folglich werden die drei Voraussetzungen einer separaten Prüfung unterzogen und geklärt, ob und – falls ja – inwieweit Angebote von privaten Kindertagesstätten, Spielgruppen und Tagemütter darunter fallen. Speziell geprüft wird die Frage, ob Bauten und Anlagen (bzw. Wohneinheiten), in denen die entsprechenden Dienstleistungen erbracht werden, als Bestandteil des Dienstleistungsbegriffes zu verstehen sind (3.2.2). Die Ergebnisse fliessen zusammenfassend ein in Teil 4.

3.1 **Private Anbieter**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG ist die private organisierte Betreuungsform unter den erwähnten Voraussetzungen von der Bindung an das Diskriminierungsverbot gemäss § 5 ff. BGIG ausgenommen. Anknüpfungskriterium für die Unterscheidung zwischen privater und staatlicher Tätigkeit sind Rechtsform (Gemeinwesen, privatrechtliche Organisationsform) und die Art des Handelns (privatrechtlicher Vertrag v. öffentlich-rechtlicher Vertrag oder Verfügung)²⁵. Einer grammatikalischen Auslegung folgend fällt eine Einrichtung der ausserhäuslichen Betreuung von Kindern und Jugendlichen unter die Ausnahmeregelung von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG, wenn es sich um eine privatrechtliche Organisation handelt. Dies hätte zur Folge, dass derzeit die Tagemütter und sämtliche privat organisierten Kindertagesstätten und Spielgruppen der Ausnahmeregelung Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG unterstellt sind. Demgegenüber fallen staatliche Betreuungsinstitutionen nicht darunter.

²⁴ Siehe hierzu hinten, 3.1.

²⁵ Kley; Höfling, VII/2, § 230, Rn 22 ff.

3.1.1 Private in Erfüllung einer delegierten staatlichen Aufgabe (nach KJG)

Eine solche ausschliesslich grammatikalische Auslegung entspricht jedoch nach vorliegender Auffassung nicht zwingend der Intention des Gesetzgebers, dies trotz eindeutigem Wortlaut: Zweck des BGIG ist es, die Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen zu beseitigen oder zu verhindern und damit die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen (Art. 1 BGIG)²⁶. Dabei orientiert sich das BGIG nicht an einem sozialrechtlichen Paradigma sondern an den Grund- und Menschenrechten, u.a. am Gleichheitssatz der Liechtensteinischen Verfassung (Art. 31). Diesen Grundsätzen nach ist der Liechtensteinische Staat dazu verpflichtet, im Rahmen seines Handelns das Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung zu respektieren²⁷ (Unterlassungspflicht bzw. duty to respect) und gesetzlichen Schutz vor Diskriminierung Privater zu gewährleisten (Schutzpflicht bzw. duty to protect)²⁸. Dem entsprechend stützt sich auch das schweizerische Behindertengleichstellungsgesetz, an dem sich der Liechtensteinische Gesetzgeber u.a. orientiert, auf den Art. 8 Abs. 4 BV, welcher der Umsetzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes dient²⁹. Ebenso versteht sich das österreichische Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz als Faktor der Umsetzung des Diskriminierungsverbotes sowie der unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/78³⁰. Angesichts dieser normativen Ausgangslage wäre es denkbar, die Auslegung des Begriffes „private Anbieter“ gemäss Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG nach den Kategorien der grundrechtlichen Adressatenlehre vorzunehmen³¹.

Völker- und verfassungskonform ausgelegt ist die öffentliche Gewalt – also die „Gesetzgebung wie ... die Vollstreckung (Gerichtsbarkeit, Verwaltung)“³² – der Grundrechtsbindung unterworfen, wenn die Handhabung der Staatsgewalt im behördlichen Wirkungskreis in Frage steht³³. Demgegenüber soll gemäss Staatsgerichtshof die sog. Privatwirtschaftsverwaltung von der Grundrechtsbindung ausgenommen sein³⁴. Diese Aussage wäre aus verfassungsrechtlicher Perspektive jedoch nach der vorliegend vertretenen Position restriktiv auszulegen. Wird einer privaten Organisation eine staatliche Aufgabe übertragen³⁵, so sind auch für sie die Grundrechte massgebend³⁶. Voraussetzung dafür ist aber ein Delegationsakt durch das staatliche Gemeinwesen. Eine solche Delegation ist zulässig, sofern (1) sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, welche die Art der Aufgabenerfüllung durch die Privaten in den Grundzügen regelt, um sicherzustellen, dass dabei die öffentlichen Interessen ausreichend gewahrt werden, (2) die Privaten der Aufsicht des Staates unterstehen und (3) gewährleistet ist, dass die Privaten bei der Ausübung ihrer Tätigkeit die Verfassung, insbesondere die Grundrechte,

²⁶ Zahlreiche Votant_innen äusserten sich in der Debatte des Landtages zum BGIG.

²⁷ Vgl. hierzu auch die Praxis des Staatsgerichtshofes zum Willkürverbot gemäss Art. 30 Abs. 2: StGH 1998/2, LES 1999, S. 158 (161); Urteil v. 14.12.1999, StGH 1999/2, LES 2003, S. 128 (132). Vgl. zum Ganzen auch Höfling, VII/2, § 230, Rn 63.

²⁸ Die mittlerweile herrschende Dogmatik lehnt sich an ein am Beispiel des Rechts auf Nahrung von Eide entwickeltes Konzept (Eide Asbjorn, *The Right to adequate standard of living including the Right to food*, in: Eide/Krause/Rosas (Hrsg.), *Economic Rights as Human Rights, a Textbook*, 2. überarbeitete Auflage, Dordrecht/Boston/London 2001, S. 138 ff.

²⁹ Vgl. hierzu Jörg Paul Müller/Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Auflage, Bern 2008, S. 754 ff.

³⁰ Vgl. hierzu den Wortlaut im Gesetzeszweck.

³¹ A.a.O.

³² Siehe StGH, E. v. 15.7.1952, ELG 1947-1954, S. 259 (263).

³³ StGH, Ur. V. 28.8.1981, StGH 1981/12, LES 1982, S. 125 (126).

³⁴ Siehe StGH, Ur. V. 28.8.1981, StGH 1981/12, LES 1982, S. 125 (126); zur Kritik siehe Höfling, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Fürstentum Liechtenstein*, LJZ 1995, S. 103 (117 f.).

³⁵ A.a.O.

³⁶ Siehe Höfling, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte*, 117 ff. Für die Schweiz siehe zudem G. Müller, § 204 RN 17 ff.

beachten³⁷. Sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, müsste sich auch das BGIG – als Konkretisierung von Art. 31 der Liechtensteinischen Verfassung – auf Private erstrecken, soweit eine staatliche Kompetenz dazu besteht³⁸.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der liechtensteinische Gesetzgeber private Anbieter von Dienstleistungen vor übermässigen Belastungen schonen wollte bzw. die Privatautonomie als Ausfluss der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 36 der Liechtensteinischen Verfassung) abzusichern beabsichtigte³⁹. Hinzu kommt: Stehen sich Private als Träger staatlicher Aufgaben und die mit ihnen verhandelnden Dritten gleichrangig gegenüber und sind die Dritten nicht auf die Leistungen der privaten Träger staatlicher Aufgaben angewiesen, gelten die Grundrechte nur beschränkt. Für die Grundrechtsbindung entscheidend ist dann die Wirksamkeit des Marktes, in welchem die Leistung angeboten wird⁴⁰. Trotzdem rechtfertigt dies nach vorliegender Position nicht, dass eine gemäss Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG strenge dichotomische Trennung zwischen privaten und staatlichen Anbieter_innen von Dienstleistungen vorgenommen wird⁴¹. Dies umso mehr, als der Gesetzgeber mit Art. 7 den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verankert hat, in dessen Rahmen jeweils einzelfallgerecht die verschiedenen Interessen abgewogen werden können⁴².

Wendet man diese Grundsätze auf die konkrete Sachlage an, heisst dies folgendes:

Wird eine private Betreuungseinrichtung zur Erfüllung von Betreuungspflichten im Sinne des KJG nach dessen Art. 57 Abs. 1 herangezogen, erfüllt diese Einrichtung unter im Einzelfall zu prüfenden Umständen – d.h. im Rahmen des Leistungsvertrages – eine staatliche Aufgabe und fällt unter die strengeren Vorgaben grund- und menschenrechtlicher Unterlassungspflichten⁴³. Entsprechend verfassungskonform bzw. im Sinne der teleologischen Perspektive ausgelegt, lässt sich das wirtschaftliche Wirken der Betreuungseinrichtung nicht mehr in den typischen Bereich eines klassischen privaten Anbieters im Sinne des privaten Handelns, das der Privatautonomie unterstellt ist, subsumieren. D.h. Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG greift hier nicht mehr, ausgenommen die Geltung wurde (leistungsvertraglich) explizit ausgeschlossen. Lässt sich die entsprechende Betreuungseinrichtung aufgrund der nach Treu und Glauben auszuführenden Leistungsvereinbarung nicht verpflichten, ist der Staat – konkret die zuständige Aufsichtsbehörde – nach KJG für die Einhaltung der Vorgaben verantwortlich; d.h. sie subsidiär dazu verpflichtet, die behindertengleichstellungsrechtlichen Vorgaben nach Art. 5 ff. BGIG umfassend zu gewährleisten.

Zwischenfazit 1: Eine private Tagesbetreuungseinrichtung fällt nicht unter die Ausnahmeregelung Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG unter der Voraussetzung, dass die Einrichtung auf der Grundlage von Art. 57 Abs. 1 KJG zur Mitwirkung in der Unterstützung von Familien mit Kindern und Jugendlichen zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf sowie bei besonderen Belastungen (gemäss Art. 6 Bchst. g) durch Massnahmen der äusserhäuslichen Betreuung von Kindern und Jugendlichen (gemäss Art. 7 Bchst. k) herangezogen wurde, und diese aufgrund eines Leistungsvertrags im Sinne von Art. 57 Abs. 2 KJG mit dem Amt für Soziale Dienste zur Erbringung einer bestimmten Leistung verpflichtet ist.

³⁷ Kley.

³⁸ Für die Schweiz siehe Schefer/Hess-Klein.

³⁹ Siehe hinten, 3.2.

⁴⁰ René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht 2003, RN 1070.

⁴¹ Schefer, Dichotomie.

⁴² Siehe hinten, 3.2.

⁴³ A.a.O.

3.1.2 Private mit Marktmacht ohne staatlichen Auftrag

Für sämtliche weitere Fälle privater Betreuung – d.h. wo Private nicht in Erfüllung staatlicher Aufgaben handeln – gilt die Ausnahmeregelung Art. 2 Abs. 2 Bchst. b BGlG grundsätzlich. Dies auch dann, wenn Private freiwillig Aufgaben wahrnehmen, die im öffentlichen Interesse liegen⁴⁴.

Dies entbindet private Anbieter jedoch nicht, auch ausserhalb der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe „die Grundrechte (...) auch in jenen Fällen zu beachten, in denen die Privaten zwar in den Formen des Privatrechts handeln, sich anderen Privaten gegenüber jedoch in einer überlegenen Position befinden, die sie in Vertragsverhandlungen zur Geltung bringen können“⁴⁵. Ob und inwiefern dies auf die Situation im Bereich der ausserhäuslichen Betreuung im Liechtenstein zutrifft wäre abzuklären.

Zwischenfazit 2: Private Tagesbetreuungseinrichtungen, die nicht auf der Grundlage von Art. 9 i.V.m. 57 Abs. 1 KJG zur Mitwirkung herangezogen wurden, die aber über eine Machtstellung verfügen, die eine Ausweichmöglichkeit für Kund_innen auf gleichwertige alternative Angebote verunmöglicht oder erheblich erschwert, fallen unter Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGlG. Es wäre zu prüfen, ob sie allenfalls direkt dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz Art. 31 Abs. 1 unterstellt sind.

3.1.3 Staatliches Miteigentum an privaten Betreuungseinrichtungen

Übt das Gemeinwesen als Miteigentümerin einen bestimmenden Einfluss auf die private Trägerschaft bzw. Organisation aus, so wird sie ungeachtet ihrer Rechtsform dem Gemeinwesen zugeordnet und ist demzufolge grundsätzlich in gleicher Weise wie dieses grundrechtsverpflichtet⁴⁶. Das Schweizer Bundesgericht stellt sich bei der Frage, ob sich gemischt-wirtschaftliche Unternehmen an einem Abstimmungskampf beteiligen dürfen oder ob sie sich wegen ihrer Bindung an die Wahl- und Abstimmungsfreiheit neutral zu verhalten haben, auf das Mass der Beteiligung an bzw. der Beherrschung von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen ab⁴⁷. Dient jedoch die unter bestimmendem Einfluss des Gemeinwesens stehende gemischt-wirtschaftliche Unternehmung nicht nur der Erfüllung von staatlichen Aufgaben, sondern auch oder primär der Gewinnerzielung, so ist die Bindung an die Grundrechte wie beim privatwirtschaftlich tätigen Gemeinwesen eingeschränkt⁴⁸. Entsprechend ist nach den Grundsätzen der delegierten staatlichen Aufgabe vorzugehen⁴⁹.

Zwischenfazit 3: Tagesbetreuungseinrichtungen, die nicht auf der Grundlage von Art. 9 i.V.m. 57 Abs. 1 KJG zur Mitwirkung herangezogen wurden, fallen nicht unter Art. 2 Abs. 2

⁴⁴ Das Handeln kann dann nicht dem Staat zugerechnet werden. Dazu gehören z.B. der Betrieb von Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs und die Durchführung von kulturellen Anlässen (Höfling, Bestand und Bedeutung der Grundrechte; G. Müller, § 204 RN 23; Kley).

⁴⁵ G. Müller, Allgemeine Grundrechtslehren, Schutzwirkung der Grundrechte, in: HGR VII/2, § 204 RN 17.

⁴⁶ Kley; Stefan Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer (Diss. iur. Zürich), 2000, S. 49 f. sowie S. 7.

⁴⁷ ZBI 1993, S. 119 (121 ff.).

⁴⁸ A.a.O.

⁴⁹ Siehe vorne, 3.1.1.

Bchst. d BGIG unter der Voraussetzung, dass zu wesentlichen Teilen das Gemeinwesen an ihnen beteiligt ist.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Allgemeine Bedeutung

Gemäss Wortlaut in Art. 2 Abs. 2 Bchst. d vom BGIG ausgenommen sind *Dienstleistungen* (nicht Dienstleister!). Dienstleistungen gemäss Art. 2 Ziff. 2 Bchst. d BGIG werden weder im Gesetz noch in der Verordnung legaldefiniert. Auch in den begleitenden Dokumenten der Liechtensteinischen Regierung und in der Landtagsdebatte wird der Begriff nicht definiert⁵⁰. Alltagssprachlich gehören „nichtproduktive Leistungen für den gesellschaftlichen und individuellen Konsum“ zu den Dienstleistungen. Im Sinne der Volkswirtschaftslehre ist eine Dienstleistung ein ökonomisches Gut, bei dem im Unterschied zur Ware nicht die materielle Produktion oder der materielle Wert eines Endproduktes im Vordergrund steht, sondern eine von einer natürlichen oder juristischen Person zu einem gewissen Zeitpunkt oder in einem Zeitrahmen erbrachte Leistung zur Deckung eines Bedarfs⁵¹. Gemäss BehiG, an welches sich das BGIG u.a. anlehnt, sind davon nur solche Dienstleistungen erfasst, die „grundsätzlich von jedermann beanspruchbar (...)“ sind. Beispielhaft erwähnt die Botschaft zum schweizerischen BehiG Kinos, Theater, Restaurants, Hotels, des Fernsehens, von Sportstadien, Detailhändlern und Internet Providern⁵². Analoge Beispiele finden sich in der Literatur zu § 2 Abs. 2 des österreichischen Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG)⁵³.

3.2.2 Bauten und Anlagen

Keine Dienstleistungen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG ist das zur Verfügung Stellen von Bauten und Anlagen⁵⁴, soweit nicht deren Herstellung, ihr Gebrauch oder ihre Nutzung im Vordergrund steht, sondern sie als Hilfsmittel zur Erbringung der entsprechenden Dienstleistung dienen. Daher sind Bauten und Anlagen, die für klassische Dienstleistungsangebote wie z.B. das Präsentieren von Theaterstücken, Kinofilmen und Tanzmöglichkeiten notwendig sind, nicht Teil des Dienstleistungsbegriffes gemäss Art. 2 Abs. 2 Bchst. d. Deutlich wird diese Trennung im schweizerischen Behindertengleichstellungsgesetz, das auf den Ebenen Geltung⁵⁵ und Definition von Benachteiligung⁵⁶ sowohl Dienstleistungen als auch Bauten und Anlagen spezifisch regelt. Entsprechend gilt auch im Rahmen des BGIG für Bauten und Anlagen, in denen Betreuungsleistungen von Kindertagesstätten, Kinderkrippen und Tagesmütter erbracht werden, dass diese nicht unter Dienstleistungen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d zu subsumieren sind. Ähnlich ist die Regelung im BehiG, nach dem etwa Bauten und Anlagen,

⁵⁰ Der Artikel wurde in der Debatte des Landtages diskussionslos und einstimmig gutgeheissen. Gesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BGIG) (Nr. 15/2006), 1. Lesung. Schaffung eines Gesetzes über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BGIG) (Nr. 101/2006), 2. Lesung.

⁵¹ <http://de.wikipedia.org/wiki/Dienstleistung> (Zugriff: 17. Mai 2012).

⁵² Botschaft zur Volksinitiative „Gleiche Rechte für Behinderte“ und zum Entwurf eines BG über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000, BBl 2001, S. 1806 und S. 1780.

⁵³ Vgl. hierzu die Beispiele auf www.klagsverband.at (Zugriff: 22. Mai 2012).

⁵⁴ Zur Legaldefinition von Bauten siehe Art. 1 Bchst. c Baugesetz (BauG) vom 11. Dezember 2008 (701.0).

⁵⁵ Während für Bauten und Anlagen Art. 3 Bchst. a und b BehiG zur Anwendung gelangt, ist der Bereich der Dienstleistungen in Bchst. e thematisiert.

⁵⁶ Sowohl die Benachteiligung beim Zugang zu einer Baute oder Anlage (Art. 2 Abs. 3 BehiG) als auch bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung (Abs. 4) werden separat konkretisiert.

in denen Betreuungsleistungen von Kindertagesstätten, Kinderkrippen und Tagesmütter erbracht werden.

Die mit Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIg realisierte Herausnahme von Dienstleistungen privater Anbieter mit entsprechender Einschränkung aus dem Geltungsbereich des BGIg bedeutet daher nicht, dass die grundsätzlich unter „private Anbieter“ im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIg fallenden Dienstleister gänzlich – d.h. alle Lebensbereiche betreffend – vom Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes ausgenommen sind. Eine solche Auslegung entspricht dem klaren Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d („*Dienstleistungen (...)*“ und nicht Dienstleister) und ist zudem im Sinn und Zweck des BGIg⁵⁷: Zweck des BGIg ist es nämlich, Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu beseitigen oder zu verhindern (Art. 1). Würden private Dienstleistungsanbieter, die deshalb nicht in der Lage sind, ihr Dienstleistungsangebot an Menschen mit Behinderung zu erbringen, weil sie nicht über die behindertengerechten Hilfsmittel verfügen, vollständig vom BGIg ausgenommen, wären sie auch vom arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot gemäss Art. 10 BGIg sowie von den baulichen Vorschriften gemäss Art. 12 BGIg entbunden⁵⁸. Eine Verknüpfung des Dienstleistungsangebotes mit baulichen Anforderungen jedoch entbehrt jeglicher vernünftigen sachlogischen Begründung; dies umso mehr als es nicht ausgeschlossen erscheint, dass das Dienstleistungsangebot jederzeit auch für Menschen mit Behinderung zugänglich gemacht oder aber der Dienstleistungsanbieter wechseln kann und sich dadurch auch die rechtliche Situation wiederum anders stellen könnte. Würde man Art. 2 dahingehend verstehen, dass die Kinderkrippen von entsprechenden baulichen Anpassungen ausgenommen wären, wären die entsprechenden Anbieter auf längere Zeit hinaus von einer verpflichtenden behindertengerechten Anpassung im Rahmen der Voraussetzungen von Art. 11 ff. BGIg ausgenommen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich wäre.

Auch eine systematische Auslegung zum selben Ergebnis: So spricht Art. 3 Abs. 1 Bchst. b BGIg von Bauten und Anlagen, „die einem beliebigen Personenkreis offen stehen“ (Ziff. 1) oder „in denen Dienstleistungsanbieter persönliche Dienstleistungen erbringen“ (Ziff. 3). Würde man Art. 2 Abs. 2 Bchst. d so verstehen, dass private Dienstleister, die ihre Angebote nur deshalb nicht erbringen können, weil sie nicht über die dazu erforderlichen, behindertengerecht eingerichteten Hilfsmittel verfügen, von der Pflicht gemäss Art. 12 ausgenommen wären, hätte dies zur Folge, dass auch Anbieter im Sinne von Art. 3 Abs. 2 nicht davon betroffen wären. Damit würden sich Art. 2 Abs. 2 Bchst. d und Art. 3 Abs. 2 widersprechen. Einer solchen Auslegung widerspricht auch nicht Art. 32 Abs. 1 BGIg, der unter Hinweis auf Art. 12 von „Öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen *des Gemeinwesens*“ spricht. Denn dieser bezieht sich ausschliesslich auf einen Teil der von Art. 12 erfassten „öffentlich zugänglichen Bauten und Anlagen, für welche nach Inkrafttreten dieses Gesetzes eine baurechtliche Bewilligung erteilt wird (...)“⁵⁹, nämlich denjenigen des Gemeinwesens, das er mittels Anpassungsfristen (Art. 32 Abs. 1 Bchst. a und b) strengeren Vorgaben unterstellen möchten als private Dienstleistungsanbieter.

3.3 Angemessene Vorkehrungen

Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmung Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIg ist es, private Dienstleistungsanbieter_innen vor übermässigen Belastungen bei der Erbringung gewisser

⁵⁷ Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 3.4.

⁵⁸ Vgl. hierzu auch die zahlreichen Voten während der 1. und 2. Lesung im Landtag.

⁵⁹ Ohne Zusatz „des Gemeinwesens“.

Dienstleistungen auszunehmen⁶⁰. Es soll gesichert werden, dass private Dienstleistungsanbieter_innen im Rahmen ihrer ausschliesslich privatwirtschaftlichen Tätigkeit nicht über Art. 23 Abs. 2 lit. a und b BGIG verpflichtet werden können, ihre Dienstleistungen behindertengerecht anzubieten, wenn dies *zwingend* Anpassungsleistungen erfordert, d.h. wenn „diese ihre Dienstleistung *nur deshalb* nicht erbringen können, weil sie nicht über die dazu erforderlichen, behindertengerecht eingerichteten Hilfsmittel verfügen“. Ebenso soll gewährleistet werden, dass sie unter den entsprechenden Voraussetzungen nicht über Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 gerichtlich auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung wegen Verletzung von Art. 6 f. und 9 BGIG aufgrund einer indirekten Diskriminierung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 belangt werden können. Dies gilt für sämtliche Vorkehrungen, die zwingend notwendigen und geeigneten Hilfsmassnahmen darstellen, auch wenn sie keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen⁶¹.

Ein entsprechendes Beispiel findet sich in den Anträgen und der Stellungnahme der Regierung: „Verfügt das Taxiunternehmen (...) nicht über die erforderlichen Einrichtungen (z.B. behindertengerechtes Taxi), um die Dienstleistung durchzuführen, soll (sic) stellt dies keine Diskriminierung dar“⁶². Vom Geltungsbereich des BGIG ausgenommen wäre z.B. auch die Dienstleistung eines Betreibers eines Seilparkes, Menschen auf einem Hochseil von A nach B zu transportieren, soweit sie z.B. querschnittsgelähmte Kund_innen betreffen, wenn der Betreiber nicht über die hierfür notwendigen speziellen Hilfsmittel (z.B. Hängesitze mit entsprechender Sicherheitsvorkehrung) verfügt. Bezogen auf Betreuungseinrichtungen ebenso von der Ausnahmeregelung gemäss Art. 2 Abs. 2 Bchst. d erfasst sind Leistungen von privaten Kindertagesstätten, z.B. wenn die entsprechende Kindertagesstätte nicht über das dafür notwendige geschulte Personal verfügt, um Kinder mit Behinderung angemessen zu betreuen⁶³. Hingegen nicht vom Geltungsbereich ausgenommen sind Bauten und Anlagen des Betreibers des Seilparks bzw. der Kindertagesstätte.

Es können auch lediglich einzelne Dienstleistungsbereiche eines Dienstleisters von der Ausnahmeregelung erfasst sein.

Denkbar wäre etwa, dass der Seilpark neben dem eigentlichen Kernbetrieb auch noch eine Minigolfanlage betreibt, die für Rollstuhlfahrer_innen zugänglich ist. Während das Angebot des Seilparkes möglicherweise vom Geltungsbereich ausgeschlossen ist, gilt dies für die Minigolfanlage nach vorliegender Konstellation möglicherweise nicht. Ebenso kann die Kindertagesstätte im Nebenbetrieb an Samstagen die Dienstleistung eines Spielkurses für Familien anbieten, die im Gegensatz zum eigentlichen Kernangebot der Kindertagesstätte auch für schwerstbehinderte Kinder nicht vom Geltungsbereich des BGIG ausgenommen ist, da lediglich das Spiel- nicht aber das Betreuungsangebot zur Verfügung gestellt wird.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass ein und dieselbe Dienstleistung für Menschen mit gewissen Behinderungen ausschliesslich mit und solchen mit andern Behinderungen auch ohne Hilfsmittel sein kann und entsprechend jeder Einzelfall hinsichtlich dessen Subsumierbarkeit unter Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG differenziert zu behandeln ist.

So kann beispielsweise das Seilparkangebot, das für schwerbehinderte Kinder nur mit entsprechenden Hilfsmitteln erbracht werden kann, für Kinder mit anderen Behinderungen (z.B. geistige Behinderung, leichte körperliche Behinderung, psychische Behinderung etc.) auch ohne Hilfsmittel in Anspruch ge-

⁶⁰ Vgl. hierzu Antrag und Stellungnahme, S. 27.

⁶¹ Verstanden im Sinne von *angemessenen Vorkehrungen* gemäss Art. 2 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, d.h. „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen, wenn sie in einem bestimmten Fall benötigt werden, um Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen den Genuss und die Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten“.

⁶² S. 27.

⁶³ Eine solche Verpflichtung wäre etwa über Art. 6 KJHBV denkbar.

nommen werden. Ebenso von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d nicht erfasst ist möglicherweise das Angebot der Kindertagesstätten hinsichtlich Kinder mit Behinderungen, die auch ohne entsprechende Hilfsmittel geleistet werden kann – etwa im Rahmen der üblichen Flexibilität, die von Fachpersonen in Betreuungseinrichtungen vernünftigerweise verlangt werden kann.

Die nach vorliegender Auffassung so zu interpretierende Intention des liechtensteinischen Gesetzgebers entspricht derselben wie diejenige des schweizerischen und des österreichischen Gesetzgebers. Hingegen wurde in beiden Nachbarstaaten ein anderer Lösungsansatz gewählt. Während der liechtensteinische Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung für bestimmte Dienstleistungen privater Anbieter schuf, wählte der Schweizer Gesetzgeber den Weg über unterschiedlich strenge Verbote für staatliche Dienstleistungsanbieter einerseits und private Dienstleistungsanbieter andererseits. Nach Art. 3 lit. e erstreckt sich das BehiG auch auf Dienstleistungen Privater. Im Gegensatz zum Gemeinwesen jedoch müssen private Anbieter ihre Dienstleistungen grundsätzlich nicht an die Bedürfnisse behinderter Menschen anpassen⁶⁴. Art. 6 BehiG verpflichtet Private lediglich dazu, ihre Dienstleistungen so anzubieten, dass Menschen mit Behinderung nicht diskriminiert werden. Nach Art. 2 lit. d BehiV liegt eine Diskriminierung dann vor, wenn „Behinderte besonders krass unterschiedlich und benachteiligend behandel(t) (werden) mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen“.

Der österreichische Gesetzgeber wählte eine dritte Variante. Ähnlich wie beim schweizerischen Behindertengleichstellungsgesetz gelten die Bestimmungen des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz für Rechtsverhältnisse einschliesslich deren Anbahnung und Begründung sowie für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen ausserhalb eines Rechtsverhältnisses, soweit es jeweils um den Zugang zu und die Versorgung mit (...) Dienstleistungen geht, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und die unmittelbare Regelungskompetenzen des Bundes sind (§ 1 Abs. 1 BGStG). Unterschiedlich zur schweizerischen Lösung ist die Regelung hinsichtlich der Tragweite des Diskriminierungsverbotes. Im Gegensatz zum Schweizer Gesetzgeber definierte der österreichische Gesetzgeber nicht ein weniger weit gehendes Verbot für private Anbieter im Vergleich zu staatlichen Anbietern, sondern er verankerte einen allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz: Eine mittelbare Diskriminierung im Sinn von § 5 liegt dann nicht vor, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, rechtswidrig oder wegen unverhältnismässiger Belastungen unzumutbar wäre (§ 6 Abs. 1). Bei der Prüfung, ob Belastungen unverhältnismässig sind, sind insbesondere zu berücksichtigen: der mit der Beseitigung der die Benachteiligung begründenden Bedingungen verbundene Aufwand (Abs. 2 Ziff. 1), die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der eine Diskriminierung bestreitende Partei (Ziff. 2), Förderungen aus öffentlichen Mitteln für die entsprechenden Massnahmen (Ziff. 3), die zwischen dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes und der behaupteten Diskriminierung vergangene Zeit (Ziff. 4), die Auswirkung der Benachteiligung auf die allgemeinen Interessen des durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises (Ziff. 5).

Insgesamt bietet die österreichische Lösung am meisten Spielraum für eine wirkliche Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall⁶⁵.

Zwischenfazit 4: Private Tagesbetreuungseinrichtungen sind insoweit von der Ausnahmeregelung von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d erfasst, als die Erbringung von angemessenen Vorkehrun-

⁶⁴ Botschaft BehiG (Anm. 9) S. 1780.

⁶⁵ Zu den problematischen Auswirkungen der schweizerischen Regelung siehe etwa Schefer/Hess-Klein.

gen betroffen ist, die zwingend notwendig sind, damit die Betreuungsleistung für die betroffenen Person überhaupt in Anspruch genommen werden kann.

Zwischenfazit 5: Private Betreuungseinrichtungen, die ihre Dienstleistungen einem beliebigen Personenkreis anbieten, sind den Regelungen von Art. 11 ff. BGIG (insb. Art. 12) unterstellt.

Zwischenfazit 6: Private Betreuungseinrichtungen sind den Regelungen von Art. 10 BGIG unterstellt.

4 Ergebnis

Im Rahmen des vorliegenden Kurzgutachtens war abzuklären, ob bzw. inwiefern Betreuungsangebote von Kindertagesstätten, Spielgruppen und Tagesmütter in den Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes (BGIG) fallen. Die Frage kann wie folgt beantwortet werden:

1. Eine private Tagesbetreuungseinrichtung fällt nicht unter die Ausnahmeregelung Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG unter der Voraussetzung, dass die Einrichtung auf der Grundlage von Art. 57 Abs. 1 KJG zur Mitwirkung in der Unterstützung von Familien mit Kindern und Jugendlichen zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf sowie bei besonderen Belastungen (gemäss Art. 6 Bchst. g) durch Massnahmen der äusserhäuslichen Betreuung von Kindern und Jugendlichen (gemäss Art. 7 Bchst. k) herangezogen wurde, und diese aufgrund eines Leistungsvertrags im Sinne von Art. 57 Abs. 2 KJG mit dem Amt für Soziale Dienste zur Erbringung einer bestimmten Leistung verpflichtet ist.
2. Private Tagesbetreuungseinrichtungen, die nicht auf der Grundlage von Art. 9 i.V.m. 57 Abs. 1 KJG zur Mitwirkung herangezogen wurden, die aber über eine Machtstellung verfügen, die eine Ausweichmöglichkeit für Kund_innen auf gleichwertige alternative Angebote verunmöglicht oder erheblich erschwert, fallen unter Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG. Es wäre zu prüfen, ob sie allenfalls direkt dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz Art. 31 Abs. 1 unterstellt sind.
3. Private Tagesbetreuungseinrichtungen, die nicht auf der Grundlage von Art. 9 i.V.m. 57 Abs. 1 KJG zur Mitwirkung herangezogen wurden, fallen nicht unter Art. 2 Abs. 2 Bchst. d BGIG unter der Voraussetzung, dass zu wesentlichen Teilen das Gemeinwesen an ihnen beteiligt ist.
4. Private Tagesbetreuungseinrichtungen sind insoweit von der Ausnahmeregelung von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d erfasst, als die Erbringung von angemessenen Vorkehrungen betroffen ist, die zwingend notwendig sind, damit die Betreuungsleistung für die betroffenen Person überhaupt in Anspruch genommen werden kann.
5. Private Betreuungseinrichtungen, die ihre Dienstleistungen einem beliebigen Personenkreis anbieten, sind den Regelungen von Art. 11 ff. BGIG (insb. Art. 12) unterstellt.
6. Private Betreuungseinrichtungen sind den Regelungen von Art. 10 BGIG unterstellt.

Exkurs: Regulierungsvorschlag

Die Analyse hat gezeigt, dass Art. 2 Abs. 2 Bchst. d missverständlich ist. Legistisch ist es nicht praktikabel, eine Ausnahmeregelung für bestimmte Dienstleistungen zu schaffen, deren Erbringung angemessene Vorkehrungen erforderlich machen. Zweckmässiger wäre es, Dienstleistungen privater Anbieter insgesamt im Geltungsbereich des BGIG zu erfassen und dann auf der Ebene der Pflichten einschränkende Regelungen zu formulieren. Entsprechend sieht Art. 7 Abs. 1 BGIG vor, dass eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 nicht vorliegt, wenn die Beseitigung von Bedingungen, die eine Benachteiligung begründen, insbesondere von Barrieren, wegen unverhältnismässiger Belastungen unzumutbar wäre. Bei der Prüfung, ob Belastungen unverhältnismässig sind, sind insbesondere zu berücksichtigen „die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ der eine Diskriminierung bestreitenden Partei (Art. 7 Abs. 2 Bchst. b). Der Katalog der Kriterien, die es bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen gilt, sind bewusst offen gehalten, damit eine jeweils einzelfallgerechte Abwägung stattfinden kann. Entsprechend sind in jedem Fall die Interessen beider Seiten abzuwägen.

Vorschlag de lege ferenda: Streichung von Art. 2 Abs. 2 Bchst. d.

Alternativ zu dieser „österreichischen Lösung“ könnte eine Regelung im Sinne des schweizerischen Gesetzgebers geprüft werden. Dies hätte zur Folge, dass in anschliessend an Art. 7 ein spezifisches, enges Diskriminierungsverbot etwa im Sinne von Art. 6 BehiG formuliert würde. Der Nachteil einer solchen Lösung ist, dass dadurch in zahlreichen Einzelfällen sachlich nicht zu rechtfertigende rechtliche Ergebnisse entstünden⁶⁶. Vielmehr ist es sinnvoll, wenn den Gerichten überlassen wird, auf der Grundlage von Art. 7 BGIG jeweils anhand des konkreten Einzelfalles unter Abwägung aller Interessen zu prüfen, welchem Interesse Vorrang zu geben ist. Eine künstliche Dichotomie zwischen privaten Anbietern und staatlichen Anbietern ist einem grund- und menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz kaum angemessen⁶⁷.

⁶⁶ Vgl. hierzu etwa die Zusammenstellung von Beispielen in Naguib; Schefer/Hess-Klein.

⁶⁷ Vgl. hierzu auch Markus Schefer, Der zähe Überlebenswille einer überholten Dichotomie, in: Franz Werro (Hrsg.), Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Basel/Genf 2006, S. 223 ff.

Literatur

Botschaft zur Volksinitiative „Gleiche Rechte für Behinderte“ und zum Entwurf eines BG über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000, BBl 2001, S. 1806 und S. 1780.

HÖFLING WOLFGANG. Die Grundrechtsordnung des Fürstentums Liechtenstein, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, 2007, VII/2, § 230.

DERS. Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Fürstentum Liechtenstein, LJZ 1995, S. 103.

DERS. Die liechtensteinische Grundrechtsordnung, 1994.

KLEY ANDREAS. Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts, 1998.

MARXER WILFRIED/SIMON SILVIA. Zur gesellschaftlichen Lage von Menschen mit Behinderungen. Studie zuhanden der Stabsstelle für Chancengleichheit aus Anlass des „Europäischen Jahres der Chancengleichheit für alle“, 2007.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS. Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, 4. Auflage, 2008.

NAGUIB TAREK. Diskriminierende Verweigerung des Vertragsschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, AJP 8/2009, S. 993-1017.

RHINOW RENÉ. Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrecht, 2003.

SCHEFER MARKUS. Bericht über die Grundlagen einer Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes vom 17. Juli 2009, erstattet zuhanden des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB.

SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE. Die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung bei Dienstleistungen, in der Bildung und in Arbeitsverhältnissen, ZSR 2011.

WALDMANN BERNHARD. Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz – unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003.

WINKLER GÜNTHER. Verfassungsrecht in Liechtenstein, 2001.

Materialien

Vernehmlassungsbericht der Regierung des Fürstentums Liechtenstein zur Schaffung eines Gesetzes über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz BGStG) vom 28. Januar 2005.

2006/15. Bericht und Antrag betreffend die Schaffung eines Gesetzes über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz).

2006/15. Landtagsprotokoll zum Gesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz), 1. Lesung.

2006/101. Stellungnahme zu den anlässlich der ersten Lesung betreffend die Schaffung eines Gesetzes über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BGIG) aufgeworfenen Fragen.

2006/101. Landtagsprotokoll zur Schaffung eines Gesetzes über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz), 2. Lesung.

Bern; Mai 2012, Tarek Naguib, lic. iur.