

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

BVerwG 1 WB 18.05

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

der Frau Stabsveterinär ... ,

..., ... ,

- Bevollmächtigte:
Rechtsanwälte ... ,
..., ... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz als Vorsitzende,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Widmaier,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth

sowie

Oberstarzt Dr. Kollmann und
Hauptmann Petzold
als ehrenamtliche Richter

am 1. September 2005

b e s c h l o s s e n :

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Gründe:

I

Die 1969 geborene Antragstellerin ist Soldatin auf Zeit mit einer Verpflichtungszeit von 16 Jahren, die voraussichtlich mit Ablauf des 8. August 2011 enden wird.

Mit Wirkung ab 1. Januar 1993 war die Antragstellerin als Anwärtlerin für die Laufbahn der Offiziere des Sanitätsdienstes in die Bundeswehr eingestellt worden. Für die Zeit vom 8. Oktober 1993 bis 31. März 1999 wurde sie zum Studium der Veterinärmedizin beurlaubt. Während des Studiums erhielt sie vom Dienstherrn Ausbildungsgeld sowie während eines Truppenpraktikums vom 13. April bis 24. Mai 1998 Dienstbezüge. Sie legte am 4. März 1999 erfolgreich die Tierärztliche Prüfung ab. Am 9. März 1999 erhielt sie die Approbation als Tierarzt. Sie ist mit dem Diplom-Finanzwirt R. W. verheiratet und hat zwei Kinder: C. M. (geboren am 13. Oktober 1999) und K. L. (geboren am 2. September 2003).

Auf ihren Antrag wurde ihr mit Bescheid vom 8. November 1999 für die Zeit vom 9. Dezember 1999 bis 13. April 2000 für die Tochter C. M. Erziehungsurlaub nach § 28 Abs. 7 SG i.V.m. § 1 Abs. 1 der Verordnung über den Erziehungsurlaub für Soldaten in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. April 1995 (VMBl S. 358) unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge gewährt, der mit Bescheid vom 19. September 2000 für die Zeit vom 1. Oktober 2000 bis zum 30. September 2001 antragsgemäß verlängert wurde. Mit Bescheid vom 27. August 2001 wurde ihr anschließend unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge über den 30. September 2001 hinaus bis zum 12. Oktober 2002 Elternzeit gemäß § 28 Abs. 7 SG gewährt, der auf ihren Antrag hin später auf den 30. April 2002 verkürzt wurde. Für die Zeit vom 1. Januar bis 2. September 2004 wurde ihr mit Bescheid vom 11. Dezember 2003 des Weiteren Elternzeit gemäß § 28 Abs. 7 SG (für ihre Tochter K. L.) gewährt. Auf den Antrag der Antragstellerin vom 23. September 2003 stimmte das Personalamt der Bundeswehr (PersABw) mit Bescheid vom 7. Mai 2004 einer Übertragung von zwölf Monaten Elternzeit für ihre Tochter K. L. gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 der Elternzeitverordnung für Soldaten (in der Fassung vom 27. August 2001) zu.

Den im vorliegenden Verfahren streitbefangenen Antrag der Antragstellerin auf Gewährung von Betreuungsurlaub (unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge) gemäß § 28 Abs. 5 SG für die Zeit vom 3. September 2004 bis einschließlich 1. September 2006 lehnte das PersABw mit Bescheid vom 7. Mai 2004, ihr ausgehändigt am 18. Mai 2004, ab. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass sie keinen Rechtsanspruch auf Gewährung von Betreuungsurlaub habe; die Gewährung liege im dienstlichen Ermessen des PersABw. Einer Bewilligung stünden besonders gewichtige dienstliche Interessen entgegen, da der tatsächliche Verwendungszeitraum der Antragstellerin nach Abschluss ihrer Ausbildung sonst in keinem angemessenen Verhältnis zu den vom Dienstherrn in die Ausbildung investierten Kosten stehe. Eine Gewährung von Betreuungsurlaub gemäß § 28 Abs. 5 SG ziehe - anders als gemäß § 40 Abs. 4 SG die Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG - keine so genannte Nachdienverpflichtung nach sich. Bei einer Gewährung von Betreuungsurlaub verschiebe sich das Verhältnis zwischen den aufgewendeten Investitionen in die Ausbildung und dem erzielten Nutzen in Form des tatsächlichen Verwendungszeitraumes zum Nachteil des Dienstherrn. Die um die Dauer der gewährten Elternzeit verlängerte Dienstzeit sei eine vom Gesetzgeber gewollte Folge in Form einer Nachdienverpflichtung, um auf diese Weise sicherzustellen, dass der zeitliche Nutzen einer auf Kosten der Bundeswehr ausgebildeten Soldatin für den Dienstherrn in vollem Umfang erhalten bleibe. Darüber hinaus sei die Gewährung des beantragten Betreuungsurlaubs vor dem Hintergrund der derzeit und mittelfristig zu erwartenden militärischen Personalbedarfslage im Veterinärdienst aus dienstlichen Gründen nicht zu vertreten.

Gegen diesen Bescheid legte die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. Mai 2004, eingegangen beim Bundesminister der Verteidigung (BMVg) am 1. Juni 2004, Beschwerde ein.

Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 8. Juli 2004, ihr für den Fall der Nichtgewährung von Betreuungsurlaub für ihre Tochter K. über den 2. September 2004 hinaus bis einschließlich 2. September 2005 Elternzeit zu gewähren. Dabei wies sie daraufhin, dass dieser Antrag für den Fall einer positiven Entscheidung des BMVg über ihre Beschwerde vom 26. Mai 2004 gegen die Ablehnung ihres primär gestellten Antrages auf Betreuungsurlaub als gegenstandslos zu betrachten sei. Diesem Antrag gab das PersABw mit Bescheid vom 23. August 2004 statt und verlängerte die Elternzeit in dem von ihr begehrten zeitlichen Umfang über den 2. September 2004 hinaus bis zum 2. September 2005. Auf ihren weiteren (Hilfs-)Antrag vom 18. April 2005 gewährte das PersABw der Antragstellerin mit Bescheid vom 25. April 2005 Elternzeit für die Zeit vom 3. September 2005 bis zum 1. September 2006.

Mit Bescheid vom 16. Dezember 2004, der Antragstellerin zugestellt am 21. Dezember 2004, wies der BMVg - PSZ I 7 - die Beschwerde vom 26. Mai 2004 als unbegründet zurück. Zur Begründung bezog er sich im Wesentlichen auf die Darlegungen im Bescheid des PersABw vom 7. Mai 2004.

Gegen diesen Bescheid hat die Antragstellerin unter dem 27. Dezember 2004 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts - Wehrdienstsenate - beantragt. Diesen Antrag hat der BMVg - PSZ I 7 - mit seiner Stellungnahme vom 13. April 2005 dem Senat vorgelegt.

Zur Begründung trägt die Antragstellerin insbesondere vor:

Die im Beschwerdebescheid angeführte Kosten-Nutzen-Relation könne nicht als Ablehnungsgrund für die Versagung von Betreuungsurlaub herangezogen werden. Bereits aus dem Wortlaut des § 28 Abs. 2 SG ergebe sich, dass der (Betreuungs-)Urlaub nur versagt werden dürfe, soweit und solange „zwingende dienstliche Erfordernisse“ einer Urlaubsgewährung entgegenstünden. Wirtschaftlichkeits-erwägungen des Dienstherrn seien keine derartig zwingenden dienstlichen Erfordernisse. Der Gesetzgeber habe die Besonderheiten eines Soldaten auf Zeit durchaus gesehen und, soweit Besonderheiten bestünden, dies auch gesetzlich geregelt. So sei in § 28 Abs. 5 Satz 2 SG normiert, dass bei einem Soldaten auf Zeit die Gewährung von Betreuungsurlaub nur insoweit zulässig sei, als er nicht

mehr verpflichtet sei, aufgrund der Wehrpflicht Grundwehrdienst zu leisten. Dieser Ausschlussstatbestand sei abschließend. Obwohl bei einem Soldaten auf Zeit regelmäßig eine Aus- und Weiterbildung erfolge, habe der Gesetzgeber die so genannte Kosten-Nutzen-Relation als Ausschlussgrund nicht in das Gesetz aufgenommen. Dieser im Ablehnungsbescheid zugrunde gelegte Ablehnungsgrund schränke die Grundrechte der Antragstellerin aus Art. 6 Abs. 2 und 3 GG in unzulässiger Weise ein, da sie nicht mehr frei darüber entscheiden könne, in welchem Ausmaß und mit welcher Intensität sie sich selbst der Pflege und Erziehung ihrer Kinder widmen wolle. Eine Einschränkung dieses Rechts sei nur durch Gesetz möglich. Dies sei hier insoweit aber gerade nicht geschehen.

Es möge zwar so sein, dass der Dienstherr entsprechend der von ihm herangezogenen Richtlinie die von ihm für wünschenswert erachtete Kosten-Nutzen-Relation als „besonders gewichtiges Interesse“ ansehe. Sie stelle jedoch kein „zwingendes dienstliches Erfordernis“ im Sinne des § 28 Abs. 5 Abs. 2 SG dar.

Darüber hinaus verstoße die Ablehnung des Antrages auf Gewährung von Betreuungsurlaub gegen Art. 3 GG, da sie, die Antragstellerin, als Soldatin im Vergleich zu den Beamtinnen/Beamten schlechter gestellt werde. Nach § 72 a Abs. 4 BBG bestehe für Beamtinnen/Beamte ein Rechtsanspruch auf Betreuungsurlaub. Soldatinnen/Soldaten, die wie sie, die Antragstellerin, während der Dienstzeit eine Ausbildung erhalten hätten, werde hingegen generell nicht Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG, sondern lediglich Elternzeit gemäß § 28 Abs. 7 SG gewährt. Hierin sei eine unzulässige Benachteiligung zu erblicken, wenn - wie in ihrem Fall - über die bewilligte Elternzeit hinaus eine Betreuung und Pflege des Kindes angestrebt werde. Vor dem Hintergrund der nunmehr bis zum 2. September 2005 gewährten Elternzeit seien auch die Ausführungen des BMVg zur angespannten Personalbedarfslage bei den Sanitätsstabsoffizieren (SanStOffz) Veterinär nicht nachvollziehbar und widersprüchlich. Denn auch bei der Gewährung von Elternzeit sei eine Vakanz des Dienstpostens gegeben.

Soweit der beschließende Senat in einem vergleichbaren Fall mit Beschluss vom 1. März 2005 - BVerwG 1 WB 42.04 - die Versagung des beantragten Betreuungsurlaubes abgelehnt habe, überzeuge die Begründung nicht. Denn die Entscheidung stehe in Widerspruch zum klaren Wortlaut von § 28 Abs. 2 SG und zu den Vorschriften des Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsdurchsetzungsgesetzes (SDGleiG). Art. 1 § 12 SDGleiG bestimme, dass die Dienststelle Rahmen-

bedingungen anzubieten habe, die die Vereinbarkeit von Familie und Dienst erleichterten, „soweit wichtige dienstliche Gründe nicht entgegenstehen“. In Art. 1 § 13 Abs. 1 SDGleiG werde ferner bestimmt, dass familienbedingte Beurlaubung „nach Maßgabe des § 28 Abs. 5 SG“ zu ermöglichen sei. § 28 Abs. 5 Satz 2 SG erfasse als Ausschlusstatbestand nur den Fall, dass noch Grundwehrdienst aufgrund der Wehrpflicht zu leisten sei.

Zudem enthalte Art. 1 § 15 SDGleiG ein Benachteiligungsverbot für wegen Familienpflichten beurlaubter Soldatinnen und Soldaten. Dagegen werde verstoßen, soweit die in dem Beschluss des Senats genannten „gewichtigen Interessen“ des Bundes zur Begründung der Versagung von Betreuungsurlaub herangezogen würden. Denn von der Versagung von Betreuungsurlaub seien überwiegend Soldatinnen betroffen, die eine Ausbildung durch den Dienstherrn erhalten hätten. Diese Soldatinnen würden gehindert, sich der Betreuung ihrer Familie gemäß Art. 6 GG im selben Umfang annehmen zu können wie Soldatinnen, die eine Ausbildung nicht genossen hätten. Denn durch die (bei Gewährung von Elternzeit erfolgende) Verlängerung der Dienstzeit werde sie, die Antragstellerin, nach Ablauf der Maximalbeurlaubungszeit gezwungen, den Dienst aufzunehmen, sodass sie ihren Verpflichtungen hinsichtlich der Betreuung der Familie nicht mehr nachkommen könne. Zudem sei auch zu berücksichtigen, dass die gesetzlichen Regelungen zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer, der Antragstellerin, Verpflichtungserklärung in keiner Weise hätten erkennen lassen, „dass veränderte, insbesondere familienrechtliche Veränderungen“ für die Frage der Dienstzeit ohne Berücksichtigung blieben. Insoweit sei die Verpflichtungserklärung sittenwidrig, weil die Antragstellerin keine Möglichkeit habe, „sich von dem Vertrag zu lösen“. Der im Jahre 1993 abgeschlossene „Vertrag, welchem damals noch als Vertragsgrundlage auch die persönlichen Voraussetzungen, nämlich ledig und kinderlos, zugrunde“ gelegen hätten, wäre von ihr, der Antragstellerin, „bei anderen Geschäftsgrundlagen“ nicht abgeschlossen worden. „Das Festhalten an diesen statischen Vorgaben ... ohne jegliche Lösungsmöglichkeit von dem Vertrag, wie dies regelmäßig bei Ausbildungsverhältnissen durch beispielsweise Rückforderung von Anwärterzuschlägen“ möglich sei, sei nicht nur sittenwidrig, sondern verstoße auch gegen Art. 2 und 6 GG.

Entgegen den Ausführungen im Beschluss des Senats sei nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 5 SG demgemäß das pflichtgemäße Ermessen des Dienstherrn auf

„zwingende dienstliche Gründe“ zu reduzieren. Denn bei der Auslegung sei auch Art. 1 § 12 SDGleiG heranzuziehen, „wo eben wichtige dienstliche Gründe und nicht zwingende Gründe der Verteidigung genannt sind“. Im Übrigen könne der Personalbestand und Personalbedarf weder als zwingender dienstlicher Grund noch als zwingender Grund der Verteidigung anerkannt werden, weil sie, die Antragstellerin, ohnehin statt Betreuungsurlaub Elternzeit erhalte, sodass sich die vom Dienstherrn vorgeschobenen Gründe nicht verwirklichten. Ob dann, wenn sie, die Antragstellerin, „nach der höchstmöglichen Ausschöpfung der Elternzeit“ wieder Dienst ausüben könne, die nunmehr beim Dienstherrn behaupteten zwingenden Gründe noch vorlägen, sei „völlig unbekannt“. Der Personalstand und der Personalbedarf lägen in der Entscheidungskompetenz des Dienstherrn und seien daher ohne weiteres „abänderbar“. Zwingend könne ein solcher Grund schon daher nicht sein.

Der angefochtene Bescheid sei im Übrigen auch bereits deshalb aufzuheben, weil entgegen Art. 1 § 19 SDGleiG die Gleichstellungsbeauftragte am Verfahren nicht beteiligt worden sei.

Die Antragstellerin beantragt,

den Bescheid des PersABw vom 7. Mai 2004 in der Fassung des Beschwerdebescheides des BMVg vom 16. Dezember 2004 aufzuheben und den BMVg zu verpflichten, ihr für die Zeit vom 3. September 2004 bis zum 1. September 2006 Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG für die Tochter K. L. zu gewähren.

Der BMVg beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die in Art. 1 § 12 SDGleiG normierte Forderung an militärische Dienststellen, Rahmenbedingungen zur besseren Vereinbarkeit von Dienst und Familie zu schaffen, sei im Falle der Antragstellerin erfüllt worden. Ihren familienpolitischen Belangen sei in ausreichendem Maße Rechnung getragen worden, weil ihr zur Betreuung und Pflege ihrer beiden Töchter C. M. und K. L. Elternzeit gewährt worden sei. Die Berücksichtigung familiärer Gründe gelte nach Art. 1 § 12 SDGleiG nicht uneingeschränkt, sondern entstehe unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass „wichtige

dienstliche Gründe nicht entgegenstehen“. Von daher könne die personalbearbeitende Stelle nach wie vor einen Antrag auf Betreuungsurlaub gemäß § 28 Abs. 5 SG nach pflichtgemäßem Ermessen ablehnen, wenn der Urlaub wegen entgegenstehender, besonders gewichtiger dienstlicher Interessen nicht gewährt werden könne.

In der Ablehnung könne auch kein Verstoß gegen Art. 1 § 13 Abs. 1 SDGleiG gesehen werden, da nach dieser Vorschrift Soldatinnen und Soldaten nach Maßgabe des § 28 Abs. 5 SG eine familienbedingte Beurlaubung zu ermöglichen sei. Insoweit seien für die Ermessensentscheidung der personalbearbeitenden Stelle weiterhin allein die Vorgaben der gesetzlichen „Kann“-Bestimmung des § 28 Abs. 5 SG und damit die in der amtlichen Begründung zum Vierzehnten Gesetz zur Änderung des Soldatengesetzes (BTDrucks 11/6906 S. 14) als zulässig erachteten Ablehnungsgründe maßgeblich, die mit den familiären Belangen der Soldatinnen/Soldaten abzuwägen seien.

In der Ablehnung der Gewährung von Betreuungsurlaub und in dem Verweis auf die Inanspruchnahme von Elternzeit liege auch kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach Art. 1 § 15 SDGleiG. Dieses Verbot beschränke sich auf Benachteiligungen von Soldatinnen und Soldaten in ihrer weiteren Förderung (Versetzung auf höherwertige Dienstposten, Beförderung) im Falle einer familienbedingten Beurlaubung. Der von der Antragstellerin vorgetragene Sachverhalt werde von dem Anwendungsbereich dieser Bestimmung nicht erfasst.

Unabhängig hiervon sei nicht nachvollziehbar, worin eine Benachteiligung der Antragstellerin liegen solle, wenn man sie auf die Inanspruchnahme von Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG verweise. Die mit der Gewährung von Elternzeit einhergehende Verlängerung der Dienstzeit der Soldatin um die Dauer der Elternzeit gemäß § 40 Abs. 4 SG sei eine vom Gesetzgeber gewollte Folge, um im dienstlichen Interesse sicherzustellen, dass die vom Dienstherrn in die Soldatin investierten Ausbildungskosten in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Nutzung als fachlich qualifizierte SanStOffz Veterinär blieben. Dabei bilde die abgegebene Verpflichtungserklärung der Antragstellerin, als Soldatin auf Zeit freiwillig 16 Jahre Wehrdienst ableisten zu wollen, die Grundlage für den Dienstherrn, sie nach Abschluss ihrer Ausbildung in der Bundeswehr als fachlich qualifizierte SanStOffz Veterinär auf einem entsprechenden Dienstposten bedarfsgerecht einsetzen zu können.

Die Argumentation der Antragstellerin hinsichtlich eines vermeintlichen „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ der Verpflichtungserklärung könne nicht nachvollzogen werden, zumal die Rechtmäßigkeit der Dienstzeitfestsetzung bislang nicht in Zweifel gezogen worden sei.

Auch die von der Antragstellerin geforderte Aufhebung des Beschwerdebescheides wegen Missachtung der Beteiligungsrechte der Gleichstellungsbeauftragten nach Art. 1 § 19 SDGleiG sei nicht begründet. Denn die Beschwerdeentscheidung des BMVg sei unter dem 16. Dezember 2004 und damit vor dem am 1. Januar 2005 erfolgten In-Kraft-Treten des SDGleiG ergangen. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Gleichstellungsbeauftragten-Wahlverordnung Soldatinnen (SGleibWV) erst zum 1. Juni 2005 in Kraft getreten sei und die Gleichstellungsbeauftragten und ihre Stellvertreterinnen aus dem Kreis der Soldatinnen in den militärischen Dienststellen noch nicht gewählt seien.

Unter dem 23. Mai 2005 hat die Antragstellerin zwischenzeitlich einen neuen Antrag auf Betreuungsurlaub für den Zeitraum vom 2. September 2006 bis einschließlich 2. September 2009 gestellt. Der BMVg hat dem Senat mitgeteilt, dass PersABw habe die Antragstellerin mit Zwischenbescheid vom 13. Juli 2005 darüber in Kenntnis gesetzt, dass es die Entscheidung über den Antrag bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens ausgesetzt habe.

Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des BMVg - PSZ I 7 - 1140/04 - sowie die Personalgrundakte der Antragstellerin, Hauptteile A bis C, haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

1. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist zulässig.

Die Entscheidung über die Gewährung von Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG stellt eine truppendienstliche Maßnahme im Sinne des § 17 Abs. 3 WBO dar,

für deren gerichtliche Überprüfung der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten und damit gemäß § 21 Abs. 2 WBO zum Bundesverwaltungsgericht - 1. Wehrdienstsenat - eröffnet ist (Beschlüsse vom 12. Juni 1996 - BVerwG 1 WB 94.95 - <Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 2 = NzWehrr 1996, 211> und vom 10. März 2005 - BVerwG 1 WB 42.04 - jeweils m.w.N.).

Das Verpflichtungsbegehren der Antragstellerin ist auch weiterhin zulässig und nicht durch Zeitablauf oder durch die der Antragstellerin auf ihren (Hilfs-)Antrag vom 8. Juli 2004 mit Bescheid vom 23. August 2004 für die Zeit vom 3. September 2004 bis zum 2. September 2005 sowie auf ihren (Hilfs-)Antrag vom 18. April 2005 mit Bescheid vom 25. April 2005 für die Zeit vom 3. September 2005 bis zum 1. September 2006 gewährte Elternzeit in der Hauptsache erledigt. Die der Antragstellerin gemäß § 28 Abs. 7 SG bewilligte Elternzeit könnte im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache rechtlich in einen anteiligen Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG für diese Zeiträume umgewandelt werden (vgl. Beschlüsse vom 27. Mai 2004 - BVerwG 1 WDS-VR 2.04 - <Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 4 = NZWehrr 2005, 166> und vom 10. März 2005 - BVerwG 1 WB 42.04 -).

2. Das auf die Gewährung von Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG (an Stelle der nach § 28 Abs. 7 SG bewilligten Elternzeit) gerichtete Verpflichtungsbegehren ist jedoch unbegründet.

Der Bescheid des PersABw vom 7. Mai 2004 in der Gestalt des am 21. Dezember 2004 zugestellten Beschwerdebescheides des BMVg - PSZ I 7 - vom 16. Dezember 2004 ist rechtmäßig und verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten. Diese hat für den Zeitraum vom 3. September 2004 bis 1. September 2006 keinen Rechtsanspruch auf Bewilligung von Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG (an Stelle der für diesen Zeitraum gewährten Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG).

a) Zur Rechtslage hinsichtlich der Gewährung von Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG hat der Senat in seinem Beschluss vom 10. März 2005 im Verfahren BVerwG 1 WB 42.04 - bereits Folgendes ausgeführt:

„Nach § 28 Abs. 5 Satz 1 SG kann einem Berufssoldaten oder Soldaten auf Zeit auf Antrag unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge mit Ausnahme der unentgeltlichen truppenärztlichen Versorgung Urlaub bis zur Dauer von drei Jahren mit der Möglichkeit der Verlängerung auf längstens zwölf Jahre gewährt werden, wenn er mindestens ein Kind unter 18 Jahren oder einen nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftigen sonstigen Angehörigen tatsächlich betreut oder pflegt. Die Gewährung des Betreuungsurlaubes steht nach dem Wortlaut der Norm im Ermessen der zuständigen Stelle. Ein Rechtsanspruch auf Gewährung von Betreuungsurlaub lässt sich unmittelbar weder aus der gesetzlichen Regelung noch aus der Fürsorgepflicht des Vorgesetzten ableiten. Vielmehr entscheidet der zuständige militärische Vorgesetzte über den Antrag auf Bewilligung von Betreuungsurlaub nach Maßgabe des dienstlichen Bedürfnisses in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens (so auch Vogelgesang in GKÖD I 2005, Yk § 28 SG, RNr. 11).

Diese Ermessensentscheidung kann der Senat nur daraufhin überprüfen, ob der zuständige Vorgesetzte den Antragsteller mit der Ablehnung des Betreuungsurlaubes durch Überschreitung oder Missbrauch dienstlicher Befugnisse in seinen Rechten verletzt hat (§ 17 Abs. 3 Satz 2 WBO), bzw. ob er dabei die gesetzlichen Grenzen des ihm insoweit eingeräumten Ermessens überschritten oder von diesem in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 VwGO analog; Beschlüsse vom 30. Juli 1980 - BVerwG 1 WB 79.79 - <BVerwGE 73, 51 [f.]> und vom 24. Juni 2003 - BVerwG 1 WB 5.03 -). ...

Die Kriterien für die Versagung eines beantragten Betreuungsurlaubes innerhalb seiner Ermessensausübung hat der BMVg dahin festgelegt, dass besonders gewichtige Interessen des Dienstherrn der Bewilligung des Betreuungsurlaubes entgegenstehen können. Besonders gewichtige Interessen sind nach Darlegung des BMVg betroffen, wenn durch die Gewährung von Betreuungsurlaub schwerwiegende Nachteile für die Erfüllung der militärischen Aufgaben zu erwarten sind, einerseits in Gestalt einer äußerst angespannten Personallage und andererseits dann, wenn der tatsächliche Verwendungszeitraum des Soldaten nach Abschluss seiner Ausbildung in keinem angemessenen Verhältnis zur Ausbildungszeit und zu den vom Dienstherrn in seine Ausbildung investierten Kosten steht.

Diese Kriterien der Ermessensausübung sind rechtlich nicht zu beanstanden. Sie stehen im Einklang mit der gesetzgeberischen Intention, die der Neufassung des § 28 Abs. 5 SG durch das Vierzehnte Gesetz zur Änderung des Soldatengesetzes vom 6. Dezember 1990 (BGBl I S. 2588) zugrunde lag. Insoweit betont die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Soldatengesetzes, die Formulierung in § 28 Abs. 5 SG als Kann-Vorschrift stelle sicher, „dass bei der Bewilligung oder dem Versagen von Betreuungsurlaub Gründen des militärischen Bedarfs ebenso Rechnung getragen werden kann, wie auch Gesichtspunkten einer Nutzen-Kosten-Relation

bei demjenigen Soldaten, der während der Dienstzeit nach Durchlaufen eines Studiums oder einer Fachausbildung Betreuungsurlaub in Anspruch nimmt' (BTDrucks 11/6906, S. 14). Diese Intention ist im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht in Frage gestellt worden. Die gesetzgeberische Zielsetzung, 'jederzeit die Einsatzbereitschaft der Streitkräfte sicherzustellen' (BTDrucks 11/6906, S. 14), rechtfertigt danach die Berücksichtigung des jeweiligen militärischen Bedarfs bzw. der militärischen Erfordernisse, die mit den Belangen des Soldaten abzuwägen sind (so auch Vogelgesang in: GKÖD, a.a.O.).

Angesichts des Wortlauts des § 28 Abs. 5 Satz 1 SG als ‚reguläre‘ Ermessensvorschrift und seiner historisch-teleologischen Auslegung ist entgegen der Auffassung des Antragstellers kein Raum für eine Reduzierung des pflichtgemäßen Ermessens auf ‚zwingende dienstliche Gründe‘, die der Bewilligung eines Betreuungsurlaubes entgegenstehen könnten. Das Kriterium der zwingenden dienstlichen Gründe bzw. der ‚zwingenden Gründe der Verteidigung‘ prägt nach der ausdrücklichen gesetzgeberischen Entscheidung allein die Frage der Gewährung der Elternzeit. Auf Elternzeit unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge mit Ausnahme der unentgeltlichen truppenärztlichen Versorgung besteht nach Maßgabe des § 28 Abs. 7 Satz 1 SG ein rechtlicher Anspruch. Insofern bestimmt aber § 28 Abs. 7 Satz 2 SG i.V.m. § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 der Verordnung über die Elternzeit für Soldaten (EltZSoldV) i.d.F. der Bekanntmachung vom 27. August 2001 (BGBl I S. 2287 = VMBl S. 183) sowie gemäß Nrn. 1 und 13 der dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen vom 27. Juli 2001 (VMBl S. 168), dass die Erteilung der beantragten Elternzeit trotz Erfüllung aller Voraussetzungen abgelehnt werden kann, wenn zwingende Gründe der Verteidigung vorliegen. Hieran hält § 3 Abs. 2 EltZSoldV i.d.F. der Bekanntmachung vom 18. November 2004 (BGBl I S. 2855) fest.“

Das Vorbringen der Antragstellerin gibt dem Senat - auch nach erneuter Prüfung - keine Veranlassung zu einer anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage.

Gegenteiliges folgt insbesondere nicht aus § 28 Abs. 2 SG, wonach „der Urlaub“ versagt werden darf, soweit und solange zwingende dienstliche Erfordernisse einer Urlaubserteilung entgegenstehen. Wie sich vor allem aus dem Regelungszusammenhang ergibt, bezieht sich diese Vorschrift, die nach ihrer systematischen Stellung unmittelbar an Abs. 1 anknüpft, lediglich auf den im vorhergehenden Abs. 1 geregelten „Erholungsurlaub“. Während in Abs. 1 normiert ist, dass jedem Soldaten alljährlich ein Erholungsurlaub unter Belassung der Geld- und Sachbezüge zusteht, werden in Abs. 2 die (besonderen) Gründe bestimmt, bei deren Vorliegen - ausnahmsweise - „der Urlaub“, also der in der vorgehenden Regelung normierte (Erholungs-)Urlaub versagt werden darf. Dagegen findet § 28 Abs. 2 SG

auf die in den nachfolgenden Absätzen geregelten Urlaubsarten keine Anwendung, und zwar weder auf „Urlaub aus besonderen Anlässen“ (§ 28 Abs. 3 und 4 SG) noch auf Betreuungsurlaub (§ 28 Abs. 5 SG), Wahlbewerber-Urlaub (§ 28 Abs. 6 SG) oder Elternzeit (§ 28 Abs. 7 SG i.d.F. von Art. 8 Nr. 1 i.V.m. Art. 37 des Gesetzes vom 30. November 2000 <BGBl I S. 1638>, durch den mit Wirkung ab dem 2. Januar 2001 in § 28 Abs. 7 SG das Wort „Erziehungsurlaub“ durch das Wort „Elternzeit“ ersetzt wurde). Sowohl die rechtlichen Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen jener Urlaubsarten unterscheiden sich von denjenigen des in § 28 Abs. 1 SG geregelten und in Abs. 2 in Bezug genommenen Erholungsurlaubs. Die Gewährung von „Urlaub aus besonderen Anlässen“ („Sonderurlaub“) ist nach § 28 Abs. 3 SG abhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen, die im Einzelnen für abschließend aufgeführte „besondere Anlässe“ in den Vorschriften der gemäß § 28 Abs. 4 SG erlassenen Soldatenurlaubsverordnung - SUV - geregelt sind; die Urlaubsversagungsgründe in § 28 Abs. 2 SG (für den Erholungsurlaub) finden darauf keine Anwendung. Gleiches gilt für die in § 28 Abs. 5 bis 7 SG aufgeführten Urlaubsarten. Anders als § 28 Abs. 1 und 2 SG stellt § 28 Abs. 5 Satz 1 SG die Gewährung von „Betreuungsurlaub“ bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen in das Ermessen („kann“) der zuständigen Stelle und sieht zudem vor, dass die Gewährung dieser Urlaubsart - anders als beim Erholungsurlaub und bei einzelnen Arten von „Sonderurlaub“ - nicht „unter Belassung“, sondern unter „Wegfall der Geld- und Sachbezüge“ (mit Ausnahme der „unentgeltlichen truppenärztlichen Versorgung“) erfolgt. Auch in den in § 28 Abs. 6 (Wahlbewerber-Urlaub) und Abs. 7 („Elternzeit“) SG geregelten Fällen erfolgt die Urlaubsgewährung (nur) unter Wegfall der Dienstbezüge. Zudem ist in § 40 Abs. 4 SG geregelt, dass sich die Dienstzeit eines Soldaten auf Zeit, dessen militärische Ausbildung mit einem Studium oder einer Fachausbildung von mehr als sechs Monaten Dauer verbunden war und der danach „Elternzeit“ nach § 28 Abs. 7 SG in Anspruch genommen hat, um die Dauer der „Elternzeit“ verlängert. Diese differenzierten Sonderregelungen für die in § 28 Abs. 3 bis 7 SG normierten Urlaubsarten schließen es sowohl nach ihrer systematischen Stellung als auch nach ihrem Regelungsgehalt aus, auf die in § 28 Abs. 1 und 2 SG - (nur) für den Erholungsurlaub - getroffenen Regelungen zurück zu greifen. Gegenteiliges wird auch im Fachschrifttum nicht vertreten.

Auch aus § 28 Abs. 5 Satz 2 SG ergibt sich entgegen der Auffassung der - anwaltlich vertretenen - Antragstellerin nichts Anderes. Danach ist die Gewährung von Betreuungsurlaub bei einem Soldaten auf Zeit nur insoweit zulässig, als er nicht mehr verpflichtet ist, auf Grund der Wehrpflicht Grundwehrdienst zu leisten. Die Regelung schränkt damit die im vorhergehenden Satz 1 vorgesehene Möglichkeit („kann“) der Bewilligung von Betreuungsurlaub bei einem Soldaten auf Zeit (nur) für den Sonderfall ein, dass dieser auf Grund der Wehrpflicht noch Grundwehrdienst zu leisten hat. Weder aus dem Normtext noch aus dem Regelungszusammenhang oder der Entstehungsgeschichte der Vorschrift findet sich ein hinreichender Anhaltspunkt für die Annahme, bei Soldaten auf Zeit, die nicht mehr verpflichtet sind, den Grundwehrdienst zu leisten, bestehe ein Rechtsanspruch auf Gewährung von Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 Satz 1 SG.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin wird die für die Gewährung von Betreuungsurlaub in § 28 Abs. 5 SG getroffene Regelung auch nicht durch Art. 1 § 13 des am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsdurchsetzungsgesetzes (SDGleiG) vom 27. Dezember 2004 (BGBl S. 3822) modifiziert. Die Bestimmung normiert das gesetzliche Gebot, für Soldatinnen und Soldaten familienbedingte Beurlaubung „nach Maßgabe des § 28 Abs. 5 SG“ (oder - hier nicht einschlägig - Teilzeitbeschäftigung nach Maßgabe des § 30 a SG) zu ermöglichen. Die Regelung verweist auf die „Maßgabe(n)“ des § 28 Abs. 5 SG, stellt jedoch von diesen gerade nicht frei. Insbesondere ändert Art. 1 § 13 SDGleiG nichts daran, dass die personalbearbeitende Stelle berechtigt und verpflichtet ist, ihre diesbezügliche Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Anders wäre es nur dann, wenn Art. 1 § 13 SDGleiG lediglich auf die Rechtsfolgen des § 28 Abs. 5 SG verweisen würde, und zwar unabhängig vom Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der in Bezug genommenen Norm. Dies ist aber - wie vor allem der Normtext („nach Maßgabe des § 28 Abs. 5 SG“) belegt - gerade nicht der Fall.

Ein von den Voraussetzungen des § 28 Abs. 5 SG losgelöster Anspruch auf Betreuungsurlaub ergibt sich auch nicht aus Art. 1 § 12 SDGleiG. Nach dieser Bestimmung hat die Dienststelle Arbeitszeiten und sonstige Rahmenbedingungen anzubieten, die Soldatinnen und Soldaten die Vereinbarkeit von Familie und

Dienst erleichtern, soweit wichtige dienstliche Gründe nicht entgegenstehen. Daraus folgt unmittelbar, dass ein Antrag auf Gewährung von Betreuungsurlaub nach der Ermessensvorschrift des § 28 Abs. 5 SG jedenfalls dann - ohne Abweichung von Art. 1 § 12 SDGleiG - abgelehnt werden darf, wenn „wichtige dienstliche Gründe“ dies erfordern. Es ist nicht ersichtlich, dass mit der Regelung des Art. 1 § 12 SDGleiG die Ermessensvorschrift des § 28 Abs. 5 SG hinsichtlich des Betreuungsurlaubs in eine zwingende Anspruchsnorm umgewandelt werden sollte. Dem Gebot, Soldatinnen und Soldaten die Vereinbarkeit von Familie und Dienst zu erleichtern, wird dadurch Rechnung getragen, dass auf Antrag (unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge) eine zeitlich befristete Freistellung vom Dienst durch Beurlaubung gewährt wird, und zwar entsprechend den gesetzlichen Regelungen entweder durch Betreuungsurlaub (§ 28 Abs. 5 SG) oder durch Elternzeit (§ 28 Abs. 7 SG).

Aus § 28 Abs. 7 SG ergibt sich, dass jedenfalls durch die Gewährung von Elternzeit dem (in Art. 1 § 12 SDGleiG normierten) Gebot zur Elternzeit der Vereinbarkeit von Familie und Dienst Rechnung getragen werden kann. Das durch Art. 1 § 12 SDGleiG normierte Gebot wird nicht dadurch aufgehoben oder auch nur in Frage gestellt, dass sich im Falle der Gewährung von Elternzeit die Dienstzeit eines Soldaten oder einer Soldatin auf Zeit nach Maßgabe des § 40 Abs. 4 SG um die Dauer der Elternzeit verlängert. Denn der in § 28 Abs. 5 SG für die Gewährung von Betreuungsurlaub vorausgesetzte Zweck der Betreuung eines unter 18 Jahre alten Kindes (oder eines pflegebedürftigen Angehörigen) wird auch bei Gewährung von Elternzeit für den in Rede stehenden Zeitraum erreicht. Es ist nicht erkennbar, aus welchem Grunde das in Art. 1 § 12 SDGleiG normierte Ziel einer Erleichterung der Vereinbarkeit von Familie und Dienst dadurch verfehlt würde, dass sich im Falle der Inanspruchnahme von Elternzeit die Dienstzeit eines Soldaten oder einer Soldatin auf Zeit, dessen/deren militärische Ausbildung mit einem Studium oder einer Fachausbildung von mehr als sechs Monaten verbunden war, um die Dauer der Elternzeit verlängert. Insoweit geht es lediglich um das Interesse des betreffenden Soldaten oder der betreffenden Soldatin an einer Nichtverlängerung der festgesetzten Dienstzeit. Diesem persönlichen oder wirtschaftlichen Interesse steht das öffentliche Interesse des Dienstherrn gegenüber, dass eine aus Haushaltsmitteln des Dienstherrn finanzierte und während der

Dienstzeit erfolgte Ausbildung (Studium oder Fachausbildung) für die Streitkräfte nicht - teilweise - nutzlos bleibt (vgl. dazu u.a. Scherer/Alff, SG, 7. Aufl. 2003, § 40 RNr. 12 m.w.N.). Es ist Sache des Gesetzgebers, diesen Konflikt zwischen dem privaten (persönlichen, wirtschaftlichen o.ä.) Interesse des Soldaten oder der Soldatin einerseits und dem genannten öffentlichen Interesse andererseits innerhalb der vom Grundgesetz gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen zu regeln.

Anhaltspunkte dafür, dass die für die Gewährung von Betreuungsurlaub in § 28 Abs. 5 SG oder von Elternzeit in § 28 Abs. 7 i.V.m. § 40 Abs. 4 SG getroffenen Regelungen mit dem in Art. 1 § 15 SDGleiG normierten Benachteiligungsverbot nicht in Einklang stehen oder gar gegen Art. 3 und/oder Art. 6 GG verstoßen würden, sind nicht ersichtlich.

Nach Art. 1 § 15 Abs. 2 SDGleiG gilt das in Abs. 1 der Regelung normierte Benachteiligungsverbot „entsprechend für wegen Familienpflichten beurlaubte Soldatinnen und Soldaten“. Jenes sieht, wie sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, vor, dass sich eine Teilzeitbeschäftigung (Abs. 1) - und damit nach Abs. 2 auch eine familienbedingte Beurlaubung - „nicht nachteilig auf das berufliche Fortkommen und die dienstliche Beurteilung auswirken“ dürfen. Die Regelung untersagt damit Benachteiligungen von Soldatinnen und Soldaten in ihrer weiteren Förderung (z.B. Versetzung auf höherwertige Dienstposten, Beförderung etc. als Folge einer familienbedingten Beurlaubung. Weder eine Teilzeitbeschäftigung noch eine familienbedingte Beurlaubung dürfen als Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung gegenüber Vollzeitbeschäftigten oder Nichtbeurlaubten herangezogen werden. Dies ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. So heißt es in der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, die sich der bei den parlamentarischen Beratungen des Deutschen Bundestages federführende Verteidigungsausschuss zu Eigen gemacht hat, mit dem Benachteiligungsverbot des Art. 1 § 15 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 SDGleiG solle „bei ... familienbedingter Beurlaubung nach § 28 Abs. 5 Satz 1 oder nach § 28 Abs. 7 des Soldatengesetzes“ zum Ausdruck gebracht werden, dass „nicht jeder sachliche Grund eine unterschiedliche Behandlung ... wegen Familienpflichten Beurlaubter gegenüber Vollzeitbeschäftigten“ rechtfertigt (vgl. Begründung der Bundesregierung vom 14. Oktober 2004 zum Entwurf eines SDGleiG,

<BTDrucks 15/3918, S. 22>; Beschlussempfehlung und Bericht des Verteidigungsausschusses vom 24. November 2004 <BTDrucks 15/4255, Abschnitt II, 1. Absatz, S. 6>). Die Vorschrift regelt jedoch nicht, unter welchen Voraussetzungen einerseits Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG und andererseits Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG gewährt werden darf bzw. muss. Insoweit sind allein die in den beiden genannten Vorschriften normierten Anspruchsvoraussetzungen maßgeblich. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Gewährung von Elternzeit und damit eine nach § 28 Abs. 7 SG erfolgte Beurlaubung zur Erfüllung familienbedingter Betreuungs- und Pflegeaufgaben (an Stelle von Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG) eine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes darstellen sollte. Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des Art. 1 § 15 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 SDGleiG beziehen sich auf (benachteiligungsrelevante) Vorgänge, die an die Bewilligung einer familienbedingten Beurlaubung - sei es als Elternzeit, sei es als Betreuungsurlaub - anknüpfen. Aus diesem Benachteiligungsverbot lässt sich jedoch nicht ableiten, wann Elternzeit und wann Betreuungsurlaub zu gewähren ist.

Auch ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) ist nicht ersichtlich. Die unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen, die für die Gewährung von Betreuungsurlaub einerseits und von Elternzeit andererseits normiert sind, sind ersichtlich nicht willkürlich. Auch wenn sich im Falle der Gewährung von Elternzeit (§ 28 Abs. 7 SG) bei Soldatinnen und Soldaten auf Zeit gemäß § 40 Abs. 4 SG die Dienstzeit um die Dauer der Elternzeit verlängert, während eine solche Dienstzeitverlängerung bei der Bewilligung von Betreuungsurlaub (§ 28 Abs. 5 SG) nicht eintritt, gibt es dafür sachliche Gründe. Die „Besserstellung“ des Betreuungsurlaubs gegenüber der Elternzeit korrespondiert mit den unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen. Während auf Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG in Verbindung mit den Vorschriften der Verordnung über die Elternzeit für Soldatinnen und Soldaten (in der Fassung vom 18. November 2004 <BGBl I S. 2855> [EltZSoldV]) ein Rechtsanspruch besteht, steht die Gewährung von Betreuungsurlaub nach Maßgabe des § 28 Abs. 5 SG im pflichtgemäßen Ermessen der personalbearbeitenden Stelle. Dadurch soll - wie sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt - gerade erreicht werden, dass bei der Bewilligung oder dem Versagen von Betreuungsurlaub

„Gründen des militärischen Bedarfs ebenso Rechnung getragen werden kann, wie auch Gesichtspunkten einer Nutzen-Kosten-Relation bei demjenigen Soldaten, der während der Dienstzeit nach Durchlaufen eines Studiums oder einer Fachausbildung Betreuungsurlaub in Anspruch nimmt“ (vgl. Beschluss des Senats vom 10. März 2005 - BVerwG 1 WB 42.04 -; Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Vierzehnten Gesetzes zur Änderung des Soldatengesetzes <BTDrucks 11/6906, S. 14>). Stehen „Gründe des militärischen Bedarfs“ oder „Gesichtspunkte einer Kosten-Nutzen-Relation“ der Bewilligung von Betreuungsurlaub (§ 28 Abs. 5 SG) entgegen, so wird auf Antrag - dennoch - nach Maßgabe der EltZSoldV Elternzeit (§ 28 Abs. 7 SG) gewährt. Die dafür maßgeblichen Gründe (des „militärischen Bedarfs“) und/oder Gesichtspunkte (einer „Kosten-Nutzen-Relation“) sind sachliche Differenzierungskriterien, die von solcher Art und solchem Gewicht sind, dass sie die unterschiedliche Behandlung durch den dazu legitimierten Gesetzgeber rechtfertigen können (vgl. zu diesem Prüfungsmaßstab u.a. Beschluss vom 7. Oktober 1980 - 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79 - <BVerfGE 55, 72 [88 f.] m.w.N.>). Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergeben sich keine Anhaltspunkte, die eine gegenteilige Schlussfolgerung zu tragen vermögen.

Es ist auch nicht erkennbar, dass die unterschiedlichen Regelungen zum Betreuungsurlaub (§ 28 Abs. 5 SG) einerseits und zur Elternzeit (§ 28 Abs. 7 SG) andererseits gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG) oder gegen das verfassungsrechtliche Verbot einer Benachteiligung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) verstoßen. Die Regelungen gelten unmittelbar sowohl für Soldaten als auch für Soldatinnen. Es fehlt an jedem Anhaltspunkt dafür, dass etwa Soldatinnen auf Grund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als Soldaten erfahren (unmittelbare Diskriminierung) oder dass eine mittelbare Diskriminierung von Soldatinnen vorliegt, die dadurch gekennzeichnet ist, dass dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Soldatinnen in besonderer Weise gegenüber Soldaten benachteiligen. Gegenteiliges hat auch die - anwaltlich vertretene - Antragstellerin nicht vorgetragen.

Die von der Antragstellerin geltend gemachten Verstöße gegen ihre Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2 und 3 GG liegen ebenfalls nicht vor. Es trifft nicht zu, dass die Gewährung von Elternzeit (§ 28 Abs. 7 SG) an Stelle von Betreuungsurlaub (§ 28 Abs. 5 SG) die Antragstellerin in ihrem durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Recht in verfassungswidriger Weise verletzt, über die Pflege und Erziehung ihrer Kinder und insbesondere darüber selbst zu entscheiden, in welchem Ausmaß und mit welcher Intensität sie sich selbst der Pflege und Erziehung widmen will. Denn die genannten Regelungen sehen gerade vor, dass eine Soldatin oder ein Soldat für die Betreuung eines minderjährigen Kindes jedenfalls Elternzeit beanspruchen kann und damit unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge (mit Ausnahme der truppenärztlichen Versorgung) zur Erfüllung familienbedingter Aufgaben beurlaubt wird. Es fehlt an jedem Anhaltspunkt dafür, dass der Dienstherr bei Soldatinnen oder Soldaten auf Zeit durch Art. 6 Abs. 2 GG verpflichtet wird, im Falle der Gewährung von Elternzeit nach Maßgabe des § 28 Abs. 7 SG von den sich aus § 40 Abs. 4 SG ergebenden Konsequenzen für die Dauer der Dienstzeit Abstand zu nehmen oder die beantragte familienbedingte Beurlaubung ausschließlich durch Bewilligung von Betreuungsurlaub unter Absehung der in § 28 Abs. 5 SG und in den Vorschriften der EltZSoldV normierten Voraussetzungen zu gewähren. Da bei Bewilligung von Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG der jeweilige Soldat oder die jeweilige Soldatin beurlaubt wird und damit frei von den Belastungen des Dienstes ihren Aufgaben der Pflege und Erziehung ihrer Kinder nachgehen kann, ist auch nicht erkennbar, dass die Kinder - wie die Antragstellerin vortragen lässt - unter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 GG „entgegen dem Willen der Erziehungsberechtigten ... von der Familie getrennt werden“. Dafür fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

Darüber hinaus verstößt eine nach § 28 Abs. 5 SG erfolgende Ablehnung des Antrages auf Gewährung von Betreuungsurlaub auch nicht deshalb gegen Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 3 Satz 1 GG, weil eine Soldatin auf Zeit im Vergleich zu den Beamtinnen schlechter gestellt werde. Nach Maßgabe des § 72 a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BBG besteht für Beamtinnen/Beamte ein Rechtsanspruch auf Betreuungsurlaub. Soldatinnen/Soldaten, die wie die Antragstellerin während der Dienstzeit auf Kosten des Dienstherrn ein Studium oder eine Fachausbildung von mehr als sechs Monaten absolviert haben, wird zwar Betreuungsurlaub nur unter

den in § 28 Abs. 5 SG normierten Voraussetzungen im Ermessenswege („kann“) gewährt. Hierin liegt jedoch keine mit den genannten Verfassungsbestimmungen unzulässige Benachteiligung.

Mit den Regelungen über den Betreuungsurlaub (§ 28 Abs. 5 SG) und die Elternzeit (§ 28 Abs. 7 SG i.V.m. den Vorschriften der EltZSoldV hat der Gesetzgeber ersichtlich den aus seiner Sicht bestehenden Besonderheiten der militärischen Organisationsstruktur, der militärischen Personalführung und des militärischen Dienstes Rechnung getragen, die Abweichungen von den für den zivilen Bereich geltenden Regelungen des Bundesgleichstellungsgesetzes und von anderen Regelungen für den öffentlichen Dienst (z.B. von § 72 a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BBG) erfordern (vgl. dazu auch die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines SDGleiG <BTDrucks 15/3918, S. 15>). Sinn und Zweck der in § 40 Abs. 4 SG getroffenen Regelung über die Verlängerung der Dienstzeit im Falle der Bewilligung von Elternzeit ist, „dass eine vom Dienstherrn finanzierte Ausbildung einer Soldatin oder eines Soldaten sich auch für die Streitkräfte auszahlt, d.h. nutzbar sein muss. Soldaten und Soldatinnen wird eine kostspielige und zeitaufwändige Ausbildung nur insoweit gewährt, als die nach der Ausbildung verbleibende Dienstzeit die Kosten der Ausbildung rechtfertigt. Diese Zwecksetzung ist geradezu geboten, da anderenfalls Steuergelder für Ausbildungszwecke eingesetzt würden, die dem Gemeinwohl nicht mehr zu Gute kämen“ (so ausdrücklich die amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines SDGleiG, <BTDrucks 15/3918, S. 28>). Die Zielsetzung des Gesetzes ist ersichtlich darauf gerichtet, im Rahmen der staatlichen Daseinsvorsorge die Verfügbarkeit der Soldatinnen und Soldaten zu sichern und dem Dienstherrn mit der entsprechenden Dienstzeitverlängerung einen Verlust an vorfinanzierter Fachkompetenz zu ersparen, um insoweit nicht die Einsatzbereitschaft der Truppe negativ zu beeinflussen (so ausdrücklich auch die amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung der §§ 30 a, 30 b und 40 SG, BTDrucks 15/3918 S. 27, 28). Die damit vom Gesetz im Hinblick auf die Eigenart des militärischen Dienstes vorgenommene Differenzierung steht der von der Antragstellerin verlangten voraussetzungslosen Gleichstellung von Soldaten/Soldatinnen und Beamten/Beamtinnen bei der Gewährung des Betreuungsurlaubs und von Elternzeit entgegen (ebenso Beschluss vom 10. März 2005 - BVerwG 1 WB 42.04 -).

b) Die Gründe, mit denen das PersABw und der BMVg unter Heranziehung der genannten Kriterien im Ermessenswege die Gewährung des Betreuungsurlaubes nach § 28 Abs. 5 SG abgelehnt haben, weisen Ermessensfehler nicht auf.

In den angefochtenen Bescheiden sowie in der Senatsvorlage des BMVg - PSZ I 7 - ist im Einzelnen dargelegt, dass derzeit im Bereich der Sanitätsoffiziere mit der Approbation Veterinärmedizin von den insgesamt 51 Dienstposten der Vergütungsgruppe A 14/A 13 langfristig acht Dienstposten nicht mit qualifizierten SanStOffz Veterinär besetzt werden können. Seit dem Beginn ihrer Beurlaubung wegen Elternzeit am 1. Januar 2004 kann der Dienstposten der Antragstellerin im Zentralen Institut des Sanitätsdienstes der Bundeswehr (ZInstSanDstBw), K. - Außenstelle B. -, wegen des bundesweit bestehenden Defizits an SanStOffz Veterinär nur durch zeitlich befristete Zukommandierungen anderer SanStOffz Veterinär aus anderen Standorten unter Inkaufnahme von Vakanzen in diesen Dienststellen qualifiziert besetzt werden. Nach dem derzeitigen - von der Antragstellerin nicht substantiiert in Zweifel gezogenen - Sachstand müssen seit dem 1. Januar 2005 die Aufgaben ihres Dienstpostens im Beurlaubungszeitraum von der im ZInstSanBw K. - Außenstelle B. - noch tätigen SanStOffz Veterinär, die auf einem A 15-wertigen Dienstposten verwendet wird, mit übernommen werden. Wegen der nur geringen Zahl an Dienstposten wirkt sich die derzeitige Nichtbesetzung des Dienstpostens der Antragstellerin nach dem insoweit unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des BMVg nachhaltig und spürbar auf die Aufgabenerfüllung der Veterinärmedizin - Trinkwasseruntersuchung - Bereich O. aus. Dieser personelle Engpass wird nach den auch insoweit nicht in Zweifel gezogenen Darlegungen des BMVg bis zum Ende der der Antragstellerin gewährten Elternzeit fortbestehen. Aufgrund der gemäß § 40 Abs. 4 SG eintretenden Verlängerung der Dienstzeit und der damit verbundenen Nachdienverpflichtung der Antragstellerin wird der Dienstherr angesichts der - nach dem weiteren unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des BMVg - auch danach weiterhin zu erwartenden angespannten Personallage die Antragstellerin als SanStOffz Veterinär jedenfalls im Anschluss an die Elternzeit noch für einen angemessenen Zeitraum einsetzen und verwenden können. Im Falle der Gewährung von Betreuungsurlaub wäre dies insoweit nicht der Fall.

Auch die vom PersABw und vom BMVg ermittelte und herangezogene Kosten-Nutzen-Relation zwischen dem tatsächlichen Verwendungszeitraum der Antragstellerin als SanStOffz Veterinär und den Zeiten ihrer Ausbildung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die veterinärmedizinische Ausbildung der Antragstellerin dauerte von Anfang April 1993 bis Anfang März 1999. Im Falle der Gewährung des von ihr beantragten Betreuungsurlaubs von zirka zwei Jahren (für die Zeit vom 3. September 2004 bis 1. September 2006) hätte die Antragstellerin unter Berücksichtigung der Zeit ihrer veterinärmedizinischen Ausbildung (von zirka sechs Jahren) und der bis zum 2. September 2004 schon wahrgenommenen Elternzeit (von zirka zwei Jahren und sieben Monaten) seit ihrem Dienstantritt am 1. Januar 1993 als Soldatin auf Zeit, die sich zur Dienstleistung für 16 Jahre verpflichtet hatte, bis zum 1. September 2006 während der bis dahin verstrichenen Dienstzeit (von 13 Jahren und acht Monaten) insgesamt lediglich etwa drei Jahre und einen Monat als SanStOffz Veterinärin Dienst geleistet. Nach dem 1. September 2006 stünden dann noch zirka weitere fünf Jahre bis zum Ende der (um die bis zum 2. September 2004 wahrgenommene Elternzeit verlängerten) Dienstzeit am 8. August 2011 zur Dienstleistung in dieser Funktion zur Verfügung. Damit würde der Dauer ihrer veterinärmedizinischen Ausbildung (von sechs Jahren) lediglich ein tatsächlicher Verwendungszeitraum der Antragstellerin von zirka acht Jahren als SanStOffz Veterinär gegenüber stehen.

Die angesichts dessen vom PersABw und vom BMVg in den angefochtenen Bescheiden getroffene Ermessensentscheidung im Rahmen des § 28 Abs. 5 SG orientiert sich an der vom BMVg im Wege der Selbstbindung in Abschnitt II Nr. 2 (3) Satz 2 der „Richtlinien für die Einstellung, Aus- und Weiterbildung der Sanitätsoffizier-Anwärter und Sanitätsoffiziere“ - BMVg InSan II 3 - Az 16-05-13 - vom 3. März 1997 getroffenen Regelung, wonach bei Sanitätsoffizieren im Status eines Soldaten auf Zeit ein „ausgewogenes Verhältnis“ zwischen Ausbildungs- und Nutzungszeiten sicherzustellen ist. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Regelung mit höherrangigem Recht nicht in Einklang stünde. Denn sie konkretisiert bei Soldatinnen und Soldaten auf Zeit in nachvollziehbarer Weise im Hinblick auf die beantragte Gewährung von Betreuungsurlaub die vom Gesetzgeber aus den oben dargelegten Gründen in verfassungsmäßiger Weise für eine Entscheidung nach

§ 28 Abs. 5 SG herangezogene „Nutzen-Kosten-Relation“ zwischen der Dauer der tatsächlichen Dienstleistung und der Dauer (und damit auch der Höhe der Aufwendungen) für ein Studium oder eine Fachausbildung. Dass das PersABw und der BMVg in Umsetzung dieser im Wege der Selbstbindung getroffenen Ermessensvorgabe in der von der Antragstellerin im vorliegenden Verfahren angefochtenen Ablehnungsentscheidung eine ausgewogene „Nutzen-Kosten-Relation“ bei einer Soldatin und einem Soldaten mit einer Dienstzeit von 16 Jahren nur dann als gegeben ansehen, wenn (bei einem Verhältnis von „Ausbildung“ und „Nutzung“ von eins zu zwei) nach Abschluss der Ausbildung eine tatsächliche Dienstzeit von mindestens zehn Jahren erreicht wird, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Insofern haben das PersABw und der BMVg die gesetzlichen und verfassungsmäßigen Grenzen des ihnen eingeräumten Ermessens nicht überschritten und von diesem auch nicht in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht. Es ist nicht Sache des Wehrdienstsenats, diese von der zuständigen Stelle getroffene Ermessensentscheidung durch eine anderweitige eigene zu ersetzen.

Soweit die Antragstellerin meint, mit der angefochtenen Entscheidung und dem Ergehen dieser zugrunde liegenden Rechtsvorschriften sei die „Geschäftsgrundlage“ ihrer seinerzeitigen Abgabe der Verpflichtungserklärung für eine Dienstzeit von 16 Jahren nunmehr weggefallen, ist dies nicht nachvollziehbar. Die erfolgte Dienstzeitfestsetzung ist bestandskräftig. Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich.

Soweit schließlich die Antragstellerin rügt, vor der Entscheidung des BMVg vom 16. Dezember 2004 über ihre Beschwerde sei die zuständige Gleichstellungsbeauftragte entgegen Art. 1 § 19 SDGleiG nicht beteiligt worden, begründet dies keinen Verfahrensverstoß. Denn das Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsdurchsetzungsgesetz ist gemäß seinem Art. 10 erst am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Zu diesem Zeitpunkt war der Beschwerdebescheid des BMVg durch seine am 21. Dezember 2004 erfolgte Zustellung an die Antragstellerin bereits wirksam geworden. Eine Pflicht zur Wiederholung eines vor dem PersABw und dem BMVg abgeschlossenen Beschwerdeverfahrens normiert Art. 10 SDGleiG gerade nicht. Angesichts dessen kann auch dahinstehen, ob - was der BMVg in

Abrede gestellt hat - zwischenzeitlich Gleichstellungsbeauftragte überhaupt gewählt worden sind und ihre Funktion ausüben.

Dr. Frenz

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Deiseroth

Dr. Kollmann

Petzold