



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 13.09

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

der Frau Hauptfeldwebel ...,

..., ...,

- Bevollmächtigter:  
Rechtsanwalt ...

...,

..., ...,

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,  
die ehrenamtliche Richterin Oberstabsveterinär Dr. Hartmann und  
den ehrenamtlichen Richter Stabsfeldwebel Scheidges

am 27. April 2010 beschlossen:

Der Bescheid der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 3.  
Juli 2008 wird aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass der Antragstellerin ein Anspruch  
auf Elternzeit in dem in dem Schreiben vom 17. Juni 2008  
beantragten Umfang zusteht.

Im Übrigen wird der Antrag als unzulässig verworfen.

Die der Antragstellerin in dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht einschließlich der im vorgerichtlichen Verfahren erwachsenen notwendigen Aufwendungen werden dem Bund auferlegt.

### G r ü n d e :

#### I

- 1 Die Antragstellerin begehrt die Bewilligung von (restlicher) Elternzeit für einen Zeitraum nach Vollendung des dritten Lebensjahres ihres leiblichen Kindes. Sie wendet sich gegen eine Entscheidung der Stammdienststelle der Bundeswehr, mit der die Übertragung von Elternzeit auf diesen Zeitraum abgelehnt worden ist.
- 2 Die 1967 geborene Antragstellerin ist Berufssoldatin, deren Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des ... 2021 enden wird. Ihre Ernennung zum Hauptfeldwebel erfolgte am ... 2002. Sie war seit dem 1. Oktober 2002 auf dem Dienstposten Wehrdienstberaterfeldwebel beim Zentrum für N... in U... und vom 1. November 2007 bis zum 31. Juli 2008 - im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung - auf dem Dienstposten Sanitätsfeldwebel (ab 1. Januar 2008: Sanitätsfeldwebel Organisation) und Stabsdienstbearbeiter Streitkräfte beim E... / ... in D... eingesetzt. Die Antragstellerin ist verheiratet. Ihre Tochter A... wurde am ... 2005 geboren. Ihr Ehemann ist ebenfalls Soldat bei der Bundeswehr.
- 3 Die (damalige) Stammdienststelle des Heeres bewilligte der Antragstellerin mit Bescheid vom 21. Juni 2005 für die Zeit vom ... 2005 bis zum ... 2008 Elternzeit für die Tochter A....
- 4 Mit Schreiben vom 6. Februar 2007 beantragte die Antragstellerin ihre Versetzung ab 1. November 2007 auf einen Dienstposten als Sanitätsfeldwebel beim E... in Teilzeitbeschäftigung. Die Stammdienststelle der Bundeswehr bewilligte der Antragstellerin mit Bescheid vom 23. Mai 2007 gemäß § 30a SG die beantragte Teilzeitbeschäftigung bis zum 30. September 2009 im Umfang von 50 % der

wöchentlichen Rahmendienstezeit; mit gesondertem Bescheid vom selben Tag verkürzte sie die Elternzeit auf den 31. Oktober 2007. Mit Versetzungsverfügung vom 21. Juni 2007 wurde die Antragstellerin zum 1. November 2007 auf den Dienstposten Sanitätsfeldwebel und Stabsdienstbearbeiter Streitkräfte beim E... versetzt.

- 5 Mit Schreiben vom 17. Juni 2008 beantragte sie die Gewährung restlicher Elternzeit zur Betreuung ihrer Tochter für den Zeitraum vom 1. August 2008 bis zum 25. November 2008. Zur Begründung verwies sie auf die Verwendung ihres Ehemannes in einer integrierten Verwendung in B... ab 1. August 2008 und führte aus, sie wolle ihm mit der Tochter ins Ausland folgen. Da man ihr im Personalgespräch vom 11. Juni 2008 eröffnet habe, dass eine Teilzeitbeschäftigung in räumlicher Nähe ihres Ehemannes nicht möglich sei, bitte sie um Übertragung der Restelternzeit. Dass der Antrag auf Übertragung nach einem Erlass des Bundesministeriums des Innern vom 22. Dezember 2006 bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres ihrer Tochter habe gestellt werden müssen, sei ihr nicht bekannt gewesen.
- 6 Mit Bescheid vom 3. Juli 2008 lehnte die Stammdienststelle der Bundeswehr den Antrag ab. Zur Begründung führte sie aus, ein Anspruch auf Elternzeit bestehe bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des leiblichen Kindes, bei einem angenommenen, in Vollzeitpflege oder in Adoptivpflege genommenen Kind bis zu drei Jahren ab der Aufnahme bei der berechtigten Person, längstens bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes. Soweit ein Anteil der Elternzeit von bis zu zwölf Monaten zu einem späteren Zeitpunkt genommen werden könne, müsse der Betroffene die Übertragung rechtzeitig geltend machen. Da die Antragstellerin während der Zeit, in der ihr Elternzeit zugestanden habe, nicht deren Übertragung über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus beantragt habe, könne eine spätere Inanspruchnahme auch aus Gründen personalwirtschaftlicher Planungen nicht mehr erfolgen. Ihr könne aber auf Antrag Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG bewilligt werden.

- 7 Unter Bezugnahme auf diesen Ablehnungsbescheid beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 8. Juli 2008 für die Zeit vom 1. August 2008 bis zum 30. September 2010 Betreuungsurlaub, der ihr durch Bescheid der Stammdienststelle vom 17. Juli 2008 antragsgemäß bewilligt wurde. Mit gesondertem Bescheid vom selben Tag verkürzte die Stammdienststelle die genehmigte Teilzeitbeschäftigung auf den 31. Juli 2008. Mit Bescheid vom 23. Juli 2008 genehmigte der Bundesminister der Verteidigung der Antragstellerin für die Dauer des Betreuungsurlaubs im Rahmen der Familienzusammenführung die Wohnsitznahme in B....
- 8 Gegen den Ablehnungsbescheid vom 3. Juli 2008, der ihr am 16. Juli 2008 förmlich eröffnet wurde, legte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Juli 2008 Beschwerde ein. Sie trug vor, die Rechtsauffassung der Stammdienststelle finde keine Grundlage in den maßgeblichen Bestimmungen. Darin werde lediglich auf § 28 Abs. 5 SG hingewiesen, und diese Vorschrift enthalte keine Fristen. Sie sei während ihrer genehmigten Elternzeit nie darüber belehrt worden, dass die Inanspruchnahme restlicher Elternzeit fristgebunden sei. Die Begründung der Ablehnungsentscheidung mit personalwirtschaftlichen Planungserwägungen könne sie nicht nachvollziehen, weil ihr Antrag auf Gewährung von Betreuungsurlaub genehmigt worden sei.
- 9 Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 3. Februar 2009 legte die Antragstellerin Untätigkeitsbeschwerde ein, die der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - als Antrag auf gerichtliche Entscheidung gewertet und mit seiner Stellungnahme vom 19. Februar 2009 dem Senat vorgelegt hat.
- 10 Zur Begründung ihres Rechtsschutzbegehrens trägt die Antragstellerin insbesondere vor:  
Die Versagung der Gewährung der Restelternzeit sei rechtswidrig. Sie habe bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes Anspruch auf Elternzeit, wobei nach § 1 Abs. 2 Satz 2 EltZSoldV ein Anteil von bis zu zwölf Monaten zu einem späteren Zeitpunkt genommen werden könne. Sie habe am 3. März 2008 - also innerhalb der Wochenfrist des § 2 Abs. 2 EltZSoldV - schriftlich gegenüber der Stammdienststelle auf die ihr zustehende restliche Elternzeit hingewiesen und

damit konkludent den Übertragungsantrag gestellt. Bis zu diesem Zeitpunkt habe sie nicht gewusst oder wissen müssen, dass der Antrag fristgebunden sei. Die EltZSoldV enthalte die von der Stammdienststelle zugrunde gelegte Frist nicht. Als sie von dem bevorstehenden Ortswechsel ihres Ehemannes erfahren habe, habe sie sofort reagiert. Ihr sei die beantragte Elternzeit nachträglich zu gewähren; sie sei mithin so zu stellen, als wenn sie für den strittigen Zeitraum keinen Betreuungsurlaub hätte nehmen müssen; alternativ sei ihr für einen noch zu benennenden Zeitraum bis zur Vollendung des achten Lebensjahres ihrer Tochter Elternzeit zuzusprechen.

11 Die Antragstellerin beantragt

1. festzustellen, dass der Bescheid der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 3. Juli 2008 rechtswidrig die bereits schriftlich unter dem 3. März 2008 sinngemäß beantragte, mit Schreiben vom 17. Juni 2008 sodann konkretisierte Elternzeitmaßnahme abgelehnt hat,

2. festzustellen, dass die nicht zeitgerechte Bescheidung der Beschwerde vom 21. Juli 2008 rechtswidrig gewesen ist und sie, die Antragstellerin, in ihrem Recht auf eine zeitnahe Prüfung des Beschwerdevorbringens verletzt hat,

3. die Kosten der anwaltlichen Vertretung als notwendig anzuerkennen und diese der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

12 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

13 Er hält den Antrag auf gerichtliche Entscheidung für offensichtlich unbegründet. Es treffe zwar zu, dass die zeitliche Begrenzung der Antragstellung für den Anspruch nach § 1 Abs. 2 Satz 2 EltZSoldV bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes nicht ausdrücklich in der Verordnung festgelegt worden sei. Der Wille des Verordnungsgebers gehe aber dahin, die Möglichkeit des Antrags auf Übertragung eines Teils der Elternzeit in den insoweit gleichlautenden Elternzeitverordnungen für Beamtinnen/Beamte sowie für Soldatinnen/Soldaten auf den Zeitraum bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes zu begrenzen. In der Begründung zu Art. 2 der Verordnung zur Neuregelung mutterschutz- und urlaubsrechtlicher

Vorschriften vom 12. Februar 2009 (BGBl I S. 320) habe der Verordnungsgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Erweiterung des § 1 Abs. 2 EltZSoldV um den neu eingefügten Satz 4 der Klarstellung dienen solle, damit die Bundeswehr nicht nachträglich mit Elternzeitanprüchen konfrontiert werde, die sie als bereits verfallen habe ansehen dürfen. Diese Begründung mache deutlich, dass der vom Verordnungsgeber nunmehr dokumentierte Wille zur zeitlichen Begrenzung des Antrags auf Übertragung eines Teils der Elternzeit auch schon vor Inkrafttreten des § 1 Abs. 2 Satz 4 EltZSoldV n.F. bestanden habe.

- 14 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - Az.: ... und die Personalgrundakte der Antragstellerin, Hauptteile A bis D, haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

## II.

- 15 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.
- 16 A. Der Antrag zu 1. hat Erfolg.
- 17 1. Der Antrag ist zulässig.
- 18 a) Für den Antrag ist der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten eröffnet.
- 19 Für Klagen der Soldaten aus dem Wehrdienstverhältnis ist nach § 82 Abs. 1 SG der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten eröffnet, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gesetzlich vorgeschrieben ist. Dies ist gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO für die Fälle vorgesehen, in denen Gegenstand der Beschwerde des Soldaten eine Verletzung seiner Rechte oder eine Verletzung von Pflichten eines Vorgesetzten ihm gegenüber ist, die im Zweiten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts des Soldatengesetzes mit Ausnahme der §§ 24, 25, 30 und 31 geregelt sind. Die Wehrdienstgerichte haben hiernach über die Verletzung solcher Rechte

und Pflichten zu entscheiden, die auf dem Verhältnis der militärischen Über- und Unterordnung beruhen, also in truppendienstlichen Angelegenheiten (stRspr, vgl. z.B. Beschlüsse vom 6. April 2005 - BVerwG 1 WB 61.04 - m.w.N. <insoweit nicht veröffentlicht in NZWehrr 2005, 212> und vom 9. März 2010 - BVerwG 1 WB 9.09 -).

- 20 Zu den truppendienstlichen Angelegenheiten, die die Rechte eines Soldaten aus dem genannten Vorschriftenbereich des Soldatengesetzes betreffen, gehören auch die Entscheidungen der zuständigen Vorgesetzten über die Gewährung von Erholungsurlaub nach § 28 Abs. 1 SG, von Sonderurlaub nach § 28 Abs. 3 und 4 SG oder von Betreuungsurlaub nach § 28 Abs. 5 SG. Bei Streitigkeiten über die Gewährung dieser Arten des Urlaubs ist deshalb gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten eröffnet (Beschluss vom 27. Januar 2010 - BVerwG 1 WB 38.09 - mit zahlreichen weiteren Nachweisen <zur Veröffentlichung in Buchholz vorgesehen>).
- 21 Diese Rechtswegzuweisung gilt ebenso für Streitigkeiten über die Gewährung von Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG. Mit der Entscheidung über die Bewilligung von Elternzeit legt der zuständige Vorgesetzte bzw. die zuständige Dienststelle der Bundeswehr fest, für welchen Zeitraum der Soldat oder die Soldatin zur Wahrnehmung seines bzw. ihres Elternzeitanpruchs aus § 28 Abs. 7 Satz 1 SG von der individuellen Dienstleistungspflicht auf seinem bzw. ihrem Dienstposten freizustellen ist.
- 22 Durch Art. 1 Nr. 4 Buchst. b und Nr. 6 des Vierzehnten Gesetzes zur Änderung des Soldatengesetzes vom 6. Dezember 1990 (BGBl I S. 2588) wurde § 30 Abs. 5 SG mit der damaligen Regelung des Erziehungsurlaubs geändert und als ausschließlich mutterschutzrechtliche Bestimmung neugefasst; die Vorschrift über den Erziehungsurlaub (nach Art: 8 Nr. 1 des Gesetzes vom 30. November 2000 <BGBl I S. 1638> nunmehr die „Elternzeit“) wurde in § 28 SG in den dort neu eingefügten Abs. 7 verlagert. Seitdem ist die Elternzeit nicht mehr in einer Vorschrift des Soldatengesetzes geregelt, deren Materien aus der Rechtswegzuweisung an die Wehrdienstgerichte in § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO ausgeklammert sind. Daher ist die an die frühere Rechtslage anknüpfende

Rechtsprechung des Senats, die für Streitigkeiten über den Anspruch auf Erziehungsurlaub noch den Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten als eröffnet ansah (Beschluss vom 22. Juli 1987 - BVerwG 1 WB 71.87 - BVerwGE 83, 311 <312>), überholt (zutreffend ebenso: Walz/Eichen/Sohm, SG, 2006, § 28 Fn. 169 zu Rn. 69). Überdies entsprach es einer ausdrücklichen Zielsetzung des Gesetzgebers, mit der Regelung des Erziehungsurlaubs - nunmehr der Elternzeit - in den Vorschriften zum Urlaub in § 28 SG „sicherzustellen, dass bei Beschwerden gegen ablehnende Entscheidungen der Rechtsweg zu den Truppendienstgerichten gegeben ist, vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO“ (Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 11/6906 vom 10. April 1990, S. 14, 15).

- 23 b) Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäß § 21 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 2 WBO sachlich zuständig, weil der Bundesminister der Verteidigung nicht innerhalb eines Monats über die Beschwerde der Antragstellerin entschieden hat.
- 24 c) Der Antrag ist auch im Übrigen zulässig.
- 25 Der Antragstellerin geht es darum, so gestellt zu werden, als wenn sie für den strittigen Zeitraum keinen Betreuungsurlaub hätte nehmen müssen, bzw. ihr alternativ für einen noch zu benennenden Zeitraum bis zur Vollendung des achten Lebensjahres ihrer Tochter Elternzeit zuzusprechen. Ihr Rechtsschutzbegehren ist danach sachgerecht als Antrag auszulegen, den ablehnenden Bescheid der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 3. Juli 2008 aufzuheben (§ 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 WBO) und festzustellen, dass ihr, der Antragstellerin, ein Anspruch auf Elternzeit in dem mit Schreiben vom 17. Juni 2008 beantragten Umfang zusteht. Mit letzterer Feststellung wird der Antragstellerin die Wahl zwischen den beiden Alternativen offengehalten. Der Antrag ist insoweit als Feststellungsantrag gemäß § 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 43 VwGO zulässig. Das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin hat sich insbesondere nicht dadurch erledigt, dass der streitbefangene Elternzeit-Zeitraum inzwischen abgelaufen ist. Der der Antragstellerin gemäß § 28 Abs. 5 SG bewilligte und von ihr wahrgenommene Betreuungsurlaub könnte im Falle ihres



Obsiegens im vorliegenden Verfahren - immer noch - im Wege des Austauschs der maßgeblichen Rechtsgrundlagen in eine anteilige Elternzeit nach § 28 Abs. 7 SG umgewandelt werden (vgl. dazu auch Beschlüsse vom 27. Mai 2004 - BVerwG 1 WDS-VR 2.04 - Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 4 S. 2 = NZWehrr 2005, 166 und vom 1. September 2005 - BVerwG 1 WB 18.05 - juris Rn. 31 <insoweit nicht veröffentlicht in BVerwGE 124, 187 und in Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 7>). Auf der anderen Seite hat die Antragstellerin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung (§ 43 Abs. 1 VwGO), um restliche Elternzeit in dem mit Schreiben vom 17. Juni 2008 beantragten Umfang gegebenenfalls alternativ in einem von ihr noch zu benennenden künftigen Zeitraum nehmen zu können. Da eine Festlegung auf einen bestimmten Zeitraum derzeit noch nicht erforderlich ist, musste die Antragstellerin auch nicht vorrangig mit einem Leistungs- bzw. Verpflichtungsantrag vorgehen (§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

26 2. Der Antrag ist begründet.

27 Der Antragstellerin steht restliche Elternzeit in dem hier strittigen Umfang zu. Der Bescheid der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 3. Juli 2008 ist rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten. Der Bescheid ist deshalb aufzuheben und festzustellen, dass der Antragstellerin ein Anspruch auf Elternzeit in dem mit Schreiben vom 17. Juni 2008 beantragten Umfang zusteht.

28 Die der Ablehnungsentscheidung der Stammdienststelle zugrunde gelegte materielle Ausschlussfrist für Anträge auf Übertragung von (restlicher) Elternzeit in einen Zeitraum nach Vollendung des dritten Lebensjahres eines leiblichen Kindes bedarf einer normativen Grundlage; eine derartige Frist kann nicht allein durch die Verwaltungspraxis des Bundesministeriums der Verteidigung oder einer ihm nachgeordneten Dienststelle der Bundeswehr begründet werden (nachfolgend a). Die Feststellung, dass der Antragstellerin ein Anspruch auf Elternzeit in dem geltend gemachten Umfang zusteht, kann unmittelbar ausgesprochen werden, weil andere Ablehnungsgründe nicht entgegenstehen (nachfolgend b).

29 a) Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch ist die auf Grund der Verordnungsermächtigung in § 28 Abs. 7 Satz 2 und (seinerzeit) § 72 Abs. 1 Nr. 4

SG erlassene „Verordnung über die Elternzeit für Soldatinnen und Soldaten“ (EltZSoldV) in der hier anzuwendenden Fassung der Bekanntmachung vom 18. November 2004 (BGBl I S. 2855), die die mit Wirkung vom 1. Januar 2004 geltende Fassung der Verordnung berücksichtigt (vgl. Art. 5 und Art. 8 Abs. 2 der Fünften Verordnung zur Änderung mutterschutz- und urlaubsrechtlicher Vorschriften vom 9. November 2004 <BGBl. I S. 2806>) - im Folgenden: EltZSoldV (2004).

- 30 Nach § 1 Abs. 1 EltZSoldV (2004) haben Soldatinnen und Soldaten nach Maßgabe des § 15 Abs. 1 des Bundeserziehungsgeldgesetzes (BErzGG) Anspruch auf Elternzeit unter Wegfall der Geld- und Sachbezüge mit Ausnahme der unentgeltlichen truppenärztlichen Versorgung und ohne Leistungen nach dem Unterhaltssicherungsgesetz. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 EltZSoldV (2004) besteht der Anspruch auf Elternzeit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes, bei einem angenommenen, in Vollzeitpflege oder in Adoptivpflege genommenen Kind bis zu drei Jahren ab der Aufnahme bei der berechtigten Person, längstens bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes. Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 EltZSoldV (2004) kann jedoch ein Anteil von bis zu zwölf Monaten zu einem späteren Zeitpunkt nach Maßgabe des § 28 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 SG genommen werden. Insgesamt kann die Elternzeit auf bis zu vier Zeitabschnitte verteilt werden (§ 1 Abs. 2 Satz 3 EltZSoldV <2004>).
- 31 Spätere Fassungen der Verordnung, auch die seit dem 14. Februar 2009 geltende Vorschrift in § 1 Abs. 2 Satz 4 EltZSoldV (eingefügt durch Art. 2 Nr. 2 der Verordnung zur Neuregelung mutterschutz- und elternzeitrechtlicher Vorschriften vom 12. Februar 2009 <BGBl I S. 320>) sind im vorliegenden Verfahren nicht anzuwenden. Nach der genannten neuen Vorschrift muss die Übertragung eines Anteils der Elternzeit rechtzeitig vor Beginn des zu übertragenden Zeitraums beantragt werden. Für ein Verpflichtungsbegehren ist zwar grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich. Dem materiellen Recht ist aber zu entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch erfüllt sein müssen (stRspr, grundlegend: Beschluss vom 25. April 2007 - BVerwG 1 WB 31.06 - BVerwGE 128, 329 = Buchholz 449 § 3 SG Nr. 41 Rn. 46). Dazu bestimmt § 7

EltZSoldV (2004) - ebenso in der Fassung von 2009 -, dass die Vorschriften der Verordnung nur in den Fällen anzuwenden sind, in denen das Kind nach Inkrafttreten dieser Verordnung geboren wird. Aus dieser normativen Anwendungsbeschränkung folgt, dass die Gewährung von Elternzeit für die am ... 2005 geborene Tochter A... ausschließlich nach der Fassung der Verordnung zu beurteilen ist, die vor ihrer Geburt, hier am 1. Januar 2004 in Kraft getreten ist.

- 32 Mit den dargestellten Regelungen in § 1 Abs. 1 und 2 EltZSoldV (2004) und den weiteren Vorschriften dieser Verordnung hat der Verordnungsgeber gemäß § 28 Abs. 7 Satz 2 SG die Voraussetzungen, die Dauer sowie materielle und verfahrensbezogene Maßgaben des in § 28 Abs. 7 Satz 1 SG statuierten Anspruchs der Soldatinnen und Soldaten auf Elternzeit normativ ausgestaltet und näher konkretisiert. Die Verwaltung - hier die Stammdienststelle der Bundeswehr als zuständige Dienststelle - ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an diese Vorschriften über den gesetzlich garantierten, zwingenden und nicht vom Ermessen des Dienstherrn abhängigen Rechtsanspruch auf Elternzeit (vgl. Beschluss vom 27. Mai 2004 - BVerwG 1 WDS-VR 2.04 - Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 4 S. 2 = NZWehrr 2005, 166) gebunden, der im Übrigen die durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Befugnis der Eltern verwirklicht, eigenverantwortlich zu entscheiden, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind überwiegend von einem Elternteil oder von beiden Eltern oder von einem Dritten betreut werden soll (BVerfG, Beschluss vom 10. November 1998 - 2 BvR 1057, 1226, 980/91 - BVerfGE 99, 216 <231>; BAG, Urteil vom 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - NZA 2009, 391 = juris Rn. 30).
- 33 Die Einführung einer Antragsfrist, die als materielle Ausschlussfrist bei ihrer Versäumung den Verlust einer normativ begründeten materiellrechtlichen Rechtsposition zur Folge hat, bedarf einer gesetzlichen bzw. normativen Grundlage (Urteil vom 22. Oktober 1993 - BVerwG 6 C 10.92 - Buchholz 421 Kultur- und Schulwesen Nr. 111; OVG Münster, Urteil vom 26. Februar 2002 - 15 A 527/00 - juris Rn. 7; Neumann, Die Entwicklung des Verfahrensrechts, NVwZ 2000, 1244 <1247>). Dies gilt auch dann, wenn - wie hier - durch eine materielle Ausschlussfrist eine normativ begründete materiellrechtliche Rechtsposition verkürzt wird.

- 34 Eine solche normative Grundlage für die in den angefochtenen Bescheiden zugrunde gelegte Ausschlussfrist enthält § 1 Abs. 2 Satz 2 EltZSoldV (2004) nicht. Die Vorschrift legt nicht fest, bis zu welchem Zeitpunkt ein Antrag auf Übertragung eines restlichen Anteils der Elternzeit zu stellen ist. Die Antragsbestimmungen in § 2 EltZSoldV (2004) regeln diese Konstellation ebenfalls nicht, sondern beschränken ihren Anwendungsbereich auf die - erstmalige - Antragstellung für Elternzeit unmittelbar nach der Geburt des Kindes oder nach Ablauf der Mutterschutzfrist. Auch § 28 Abs. 5 Satz 1 SG und der von § 1 Abs. 1 EltZSoldV (2004) in Bezug genommene § 15 Abs. 1 BErzGG (dieser in der Fassung des Art. 20 Nr. 8 des am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Haushaltsbegleitgesetzes 2004 vom 29. Dezember 2003 <BGBl. I S. 3076>) enthalten keine Bestimmungen über eine Antragsfrist für die Übertragung restlicher Elternzeit.
- 35 Dies stellt der Bundesminister der Verteidigung nicht in Frage. Der von ihm offensichtlich gewünschten Auslegung des § 1 Abs. 2 Satz 2 EltZSoldV (2004) im Sinne der erst am 14. Februar 2009 in Kraft getretenen Bestimmung des § 1 Abs. 2 Satz 4 EltZSoldV n.F. steht das rechtsstaatliche Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit entgegen.
- 36 Dieses Gebot soll die betroffenen Normadressaten befähigen, die Rechtslage anhand einer aus sich heraus verständlichen gesetzlichen bzw. normativen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Die Bestimmtheitsanforderungen dienen auch dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen. Das Gebot der Normenbestimmtheit gilt gerade auch bei der Regelung einer Materie durch das Zusammenspiel von Normen (BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 2004 - 1 BvR 782/94, 957/96 - BVerfGE 114, 1 <53 f.> und Kammerbeschluss vom 3. September 2009 - 2 BvR 1826/09 - EuGRZ 2009, 686 = juris Rn. 22, 23). Unter Beachtung dieser Maßgaben lässt sich den Vorschriften in § 1 Abs. 1 und 2 und § 2 EltZSoldV (2004), die durch ein Zusammenspiel mit Regelungen des § 28 Abs. 5 SG und des § 15 BErzGG geprägt sind, unter keinem Aspekt der anerkannten Auslegungsmethoden für Rechtsnormen, erst recht nicht „aus sich heraus“ die vom Bundesminister der Verteidigung gewünschte Auslegung entnehmen.

- 37 Seiner außerdem dargelegten Auffassung, eine materielle Ausschlussfrist in dem der angefochtenen Entscheidung zugrundeliegenden Sinne müsse „verlangt werden“ und habe für den hier maßgeblichen Zeitpunkt durch Verwaltungspraxis begründet werden können, ist angesichts des ausgeführten Vorrangs einer normativen Regelung ebenfalls nicht zu folgen. Soweit in der Rechtsprechung in Einzelfällen die Begründung einer materiellen Ausschlussfrist - ohne normative Grundlage - ausschließlich durch eine gleichmäßig geübte Verwaltungspraxis für zulässig gehalten wird, gilt dies nur in Rechtsbereichen, in denen die Bewilligung der angestrebten staatlichen Leistung im Ermessen des öffentlich-rechtlichen Trägers steht und nicht auf einem gesetzlichen oder normativen Anspruch beruht (vgl. dazu VGH Mannheim, Beschluss vom 16. Dezember 1993 - 10 S 1508/93 - DÖV 1994, 484 = NVwZ 1995, 278 und Neumann, a.a.O.). Diese Voraussetzungen sind bei dem normativen Rechtsanspruch auf Gewährung von Elternzeit nicht erfüllt.
- 38 Angesichts der dargelegten Rechtslage kommt es auf die Frage, ob den für die Elternzeitbewilligung zuständigen Dienststellen der Bundeswehr aus dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht (§ 31 SG) eine spezifische Belehrungspflicht obliegt, eine Soldatin oder einen Soldaten über Fristen zum Antrag auf Übertragung restlicher Elternzeit zu unterrichten, nicht mehr an (vgl. zur beamtenrechtlichen Belehrungspflicht in besonderen Fallgestaltungen: Urteil vom 30. Januar 1997 - BVerwG 2 C 10.96 - BVerwGE 104, 55 <58> = Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 113 S. 8).
- 39 b) Die Feststellung, dass der Antragstellerin ein Anspruch auf Elternzeit in dem mit Schreiben vom 17. Juni 2008 beantragten Umfang zusteht, kann unmittelbar ausgesprochen werden, weil unter Berücksichtigung der ihr bereits erteilten Elternzeit der Umfang der hier strittigen restlichen Elternzeit den maximal möglichen Anspruchsrahmen von drei Jahren nicht überschreitet.
- 40 Soweit es die eventuelle Umwandlung des von der Antragstellerin in der Vergangenheit wahrgenommenen Betreuungsurlaubs in Elternzeit betrifft, bedarf es vor der Übertragung der restlichen Elternzeit auch nicht mehr der „Abstimmung

mit den dienstlichen Interessen“ (Abschnitt B Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 der Ausführungsbestimmungen zur EltZSoldV in der hier anzuwendenden Fassung vom 27. Juli 2001, VMBl. S. 168). Denn insoweit hatte die Stammdienststelle bereits Gelegenheit, die dienstlichen Interessen einer sachgerechten Personaleinsatzplanung zu prüfen. Mit der Bewilligung von Betreuungsurlaub im Bescheid vom 17. Juli 2008 hat die Stammdienststelle zum Ausdruck gebracht, dass der Wahrnehmung eines Urlaubs durch die Antragstellerin insoweit keine dienstlichen Gründe oder Interessen entgegenstehen (vgl. zu den Kriterien der Ermessensausübung im Rahmen des § 28 Abs. 5 SG: Beschluss vom 10. März 2005 - BVerwG 1 WB 42.04 - Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 5 = NZWehrr 2005, 213; Walz/Eichen/Sohm, SG, 2006, § 28 Rn. 44). Auch im gerichtlichen Verfahren hat der Bundesminister der Verteidigung keine dienstlichen Interessen geltend gemacht, die vor der Übertragung abgestimmt werden müssten.

41 B. Der Antrag zu 2. ist unzulässig.

42 Die Untätigkeit des Bundesministers der Verteidigung als zuständige Beschwerdestelle, die über Beschwerden gegen Entscheidungen der Stammdienststelle der Bundeswehr zu entscheiden hat (§ 9 Abs. 1 WBO), kann nicht isoliert einer wehrdienstgerichtlichen Überprüfung unterzogen werden. Die Art und Weise der Verfahrensbehandlung durch einen Vorgesetzten oder durch eine Dienststelle der Bundeswehr stellt keine anfechtbare truppdienstliche Maßnahme im Sinne des § 17 Abs. 3 WBO dar. Ein Antragsteller ist durch die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit eines Untätigkeitsantrags (§ 17 Abs. 1 Satz 2 WBO) hinreichend geschützt und kann gegebenenfalls zusätzlich die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragen (§ 17 Abs. 6 WBO oder § 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 123 VwGO).

43 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 Satz 1 WBO. Da die Antragstellerin nur zu einem - von der Bedeutung der Sache her - geringen Teil unterlegen ist, wurden die Kosten des Verfahrens dem Bund insgesamt auferlegt (§ 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO).

44

Die Entscheidung über die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Rechtsanwalts ist nicht Teil der vom Gericht zu treffenden Kostengrundentscheidung, sondern gehört in das Verfahren der Kostenfestsetzung, für das der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zuständig ist (§ 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 4 WBO und § 142 Satz 1 WDO). Eine von dieser Zuständigkeitsverteilung abweichende Regelung wie in § 162 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 VwGO kennt die Wehrbeschwerdeordnung nicht.

Golze

Ri'inBVerwG Dr. Frenz  
ist wegen Urlaubs an  
Unterschriftsleistung  
gehindert.

Dr. Langer