



Abteilung I
A-3182/2018

Urteil vom 10. April 2019

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jürg Steiger, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
lic. iur. Michael Hunziker,
Rechtsanwalt, Brunner Hunziker Rechtsanwälte,
Bahnhofstrasse 13, Postfach, 5610 Wohlen AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Recht & Compliance Human Resources,
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:**A.**

A._____, geboren am (...), wurde per 1. Oktober 2011 als Lokomotivführer-Anwärterin bei den Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: die SBB) angestellt. Nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung erhielt sie am 23. März 2013 eine Anstellung als Lokführerin Personenverkehr (Triebfahrzeugführerin Kategorie B) bei der SBB.

B.

Wegen dreier Betriebsereignisse erfolgte am 20. Mai 2016 eine ausserordentliche psychologische Tauglichkeitsuntersuchung, anlässlich welcher die Tauglichkeit von A._____ als Lokführerin bestätigt wurde. Am 2. September 2016 überfuhr A._____ mit dem Zug (...) das Halt zeigende Einfahrsignal (...) von (...). In der Folge wurde sie anderweitig durch die SBB beschäftigt. Zudem entzog man ihr die Zulassungsdokumente (Bescheinigung und Führerausweis). Den Führerausweis übermittelte die SBB dem Bundesamt für Verkehr BAV (nachfolgend: BAV). Mit Schreiben vom 12. Oktober 2016 teilte das BAV A._____ die Massnahmen mit, welche zur Wiedererlangung ihrer Fahrberechtigung zu treffen seien (Erstellung eines Programms nach den Empfehlungen des Vertrauenspsychologen in dessen Bericht vom 24. Mai 2016; praktische Einschulungsphase von 10 Fahrtagen). Zu diesem Zweck habe sie einen Lernfahrausweis mitzuführen, welcher von der SBB beim BAV nach den Vorgaben der Verordnung des UVEK über die Zulassung zum Führen von Triebfahrzeugen der Eisenbahn (VTE, SR 742.141.21) zu beantragen sei. Bei positiver Beurteilung der Massnahmen sei eine vollständige theoretische und praktische Fähigkeitsprüfung abzulegen.

C.

Am 13. Dezember 2016 unterzog sich A._____ einer ausserordentlichen psychologischen Tauglichkeitsuntersuchung. Der Vertrauenspsychologe von der SBB Diagnostik befand sie dabei als untauglich. Das Ergebnis wurde ihr auf dem Formular „Psychologische Tauglichkeitsuntersuchungen für die Zulassung zum Führen von Triebfahrzeugen der Eisenbahn - Anhang 2b zur Richtlinie psychologische Tauglichkeitsuntersuchungen“ (nachfolgend: Formular Anhang 2b) bescheinigt. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 verlangte die mittlerweile anwaltlich vertretene A._____ diesbezüglich eine beschwerdefähige Verfügung beim BAV. Das BAV forderte am 23. Dezember 2016 den Untersuchungsbericht zur

Tauglichkeitsuntersuchung vom 13. Dezember 2016 vom Vertrauenspsychologen ein. Nach dessen Erhalt stellte es diesen A. _____ zur Stellungnahme zu. Per 10. Januar 2017 meldete die SBB A. _____ beim Arbeitsmarktcenter (AMC) an.

D.

A. _____ forderte mit Schreiben vom 13. Februar 2017, dass die entsprechende Einschätzung ihrer psychologischen Tauglichkeit aufzuheben und sie als tauglich zu erklären sei. Sollten hingegen weiterhin Zweifel an ihrer Tauglichkeit bestehen, wäre eine erneute Untersuchung durch neue Gutachter in Auftrag zu geben. Die Unterlagen wurden in der Folge durch die Fachstelle Psychologie des BAV überprüft, welche als Fazit eine Untersuchung bei einem bisher nicht involvierten Vertrauenspsychologen empfahl. Gestützt auf diese Empfehlung ordnete das BAV mit Schreiben vom 3. Mai 2017 eine erneute psychologische Tauglichkeitsuntersuchung bei einem bisher nicht involvierten Vertrauenspsychologen an. Die Untersuchung erfolgte am 8. Juni 2017 bei Dr. X. _____.

E.

Am nächsten Morgen schrieb der Vorgesetzte von A. _____ dem HR-Berater der SBB eine E-Mail. Darin führte er aus, dass A. _____ ihm gestern Abend mitgeteilt habe, dass sie als tauglich eingestuft worden sei bzw. die Untersuchung positiv abgeschlossen habe.

F.

Dr. X. _____ kam mit Gutachten vom 3. Juli 2017 zusammengefasst zum Schluss, dass A. _____ zwar gegen Ende der Untersuchung erkannt habe, dass ihre rasche Irritierbarkeit der Grund für ihre Ablenkung sei. Diese Erkenntnis genüge jedoch nicht für eine sofortige Wiedenzulassung als Lokführerin. Vielmehr bedürfe es einer psychotherapeutischen Intervention. Am effizientesten sei eine kognitive Verhaltenstherapie evtl. verbunden mit einem Entspannungstraining. In der Nachbesprechung habe A. _____ in eine solche eingewilligt. Zudem seien bei ihr die Voraussetzungen für einen raschen Therapieerfolg vorhanden. Sie würden vorschlagen, dass sich A. _____ vor der Wiedenzulassung als Lokführerin nochmals der SBB Diagnostik oder ihnen zur Kontrolle des Therapieerfolgs präsentiere. Dies zu einem Zeitpunkt, wenn sie und der Therapeut davon ausgehen würden, dass sie sich wesentlich weniger irritieren lasse. Das Ergebnis der Untersuchung wurde wiederum auf dem Formular Anhang 2b festgehalten. Darauf wurde das Kästchen, wo daneben „untauglich“ ver-

merkt ist, angekreuzt. Gleichzeitig wurde im Feld „Bemerkungen“ Folgendes festgehalten: *Neubeurteilung in ca. 3 Monaten, gemäss Bericht vom 4.7.2017 [recte 3.7.2017]*. Bezüglich dieses Befunds verlangte A. _____ keine anfechtbare Verfügung beim BAV.

G.

Mit Schreiben vom 8. Dezember 2017 erkundigte sich A. _____ beim BAV über den aktuellen Verfahrensstand. Gleichentags formulierte die SBB an A. _____ ein Schreiben. Darin führte sie aus, dass im BAV-Datensystem Phönix das Resultat der Untersuchung vom 8. Juni 2017 (untauglich) zusammen mit der Zusatzbemerkung betreffend die Neubeurteilung in drei Monaten ersichtlich sei. Sie werde gebeten, ihnen bis zum 18. Dezember 2017 mitzuteilen, ob und wann die Neubeurteilung stattgefunden habe. Sofern diese noch nicht stattgefunden habe, seien sie gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit ihr aufzulösen.

H.

Mit Schreiben vom 16. Januar 2018 antwortete das BAV, dass es das Verfahren als abgeschlossen erachte, nachdem ihrem Antrag mit der Anordnung/Möglichkeit einer erneuten Untersuchung entsprochen worden sei. Die Umsetzung der Massnahmen zur Wiedererlangung der psychologischen Tauglichkeit zum Führen von Triebfahrzeugen läge in der Verantwortung von A. _____. Eine Kopie des Schreibens stellte das BAV der SBB zu. Am 16. Januar 2018 begab sich A. _____ in psychotherapeutische Behandlung bei Dr. phil. Q. _____.

I.

Nachdem die SBB A. _____ das rechtliche Gehör gewährt hatte, löste sie das Arbeitsverhältnis mit ihr mit Verfügung vom 23. April 2018 auf den 31. August 2018 auf. Sie wies darauf hin, dass der Untauglichkeitsentscheid vom 8. Juni 2017 mangels Einwände von A. _____ rechtskräftig geworden sei. Unter diesen Umständen könne man sie nicht mehr als Lokführerin beschäftigen. Infolge Wegfalls einer gesetzlichen Anstellungsbedingung werde ihr ordentlich gekündigt.

J.

Mit Schreiben vom 30. Mai 2018 erhebt A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung vom 23. April 2018 der SBB (nachfolgend: Vorinstanz) beim Bundesverwaltungsgericht. Im Hauptantrag verlangt sie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Weiterbeschäftigung bei der Vorinstanz. Eventualiter sei

ihr eine Entschädigung von 10 Monatslöhnen zuzusprechen. Subeventualiter sei das Arbeitsverhältnis bis zum 30. September 2018 zu erstrecken. In prozessualer Hinsicht ersucht sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

K.

Anlässlich der psychologischen Tauglichkeitsuntersuchung vom 11. Juni 2018 befindet Dr. X. _____ die Beschwerdeführerin als tauglich, was er auf dem Formular Anhang 2b vermerkt. Mit Eingabe vom 13. Juni 2018 teilt die Beschwerdeführerin unter Verweis auf das miteingereichte Formular mit, dass der von der Vorinstanz angeführte Kündigungsgrund somit entfalle, weshalb die Beschwerde antragsgemäss gutzuheissen sei.

L.

Mit Zwischenverfügung vom 24. Juli 2018 weist das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab.

M.

Am 2. August 2018 reicht die Vorinstanz ihre Vernehmlassung ein und ersucht um vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. In ihren Schlussbemerkungen vom 5. September 2018 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

N.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen eines Arbeitgebers im Sinne von Art. 3 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) können gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG und Ziff. 183 des Gesamtarbeitsvertrags der Vorinstanz vom 9. Dezember 2014 (GAV SBB 2015 [nachfolgend: GAV]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung (vgl. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, SR 172.021]), die von einem Arbeitgeber im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. d BPG erlassen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Kündigungsverfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG). Es würdigt die Beweise grundsätzlich frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2). Eine rechtserhebliche Tatsache, für die grundsätzlich der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweismass), gilt als bewiesen, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich; es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-5159/2017 vom 18. Februar 2019 E. 2.2 und A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 2.2).

Bleibt eine entscheidungsrelevante Tatsache unbewiesen, gilt im Bereich des öffentlichen Rechts grundsätzlich die Beweislastregel von Art. 8 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Demnach hat jene Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet (vgl. BGE 133 V 205 E. 5.5; BVGE 2008/24 E. 7.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.150). Im Beschwerdeverfahren betreffend eine Kündigung trägt die kündigende Behörde daher die (objektive) Beweislast für das Vorliegen eines rechtsgenügenden Kündigungsgrundes, die von der Kündigung betroffene Person dagegen jene für die – allenfalls behauptete – Missbräuchlichkeit der Kündigung (Urteile BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2.2 und A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.2).

3.

Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals gelten grundsätzlich auch für das Personal der Vorinstanz (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31] und Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG). Ergänzend ist auf die (Ausführungs-)Bestimmungen des gestützt auf Art. 38 Abs. 1 BPG (vgl. ferner Art. 15 Abs. 2 SBBG) erlassenen GAV abzustellen. Dagegen ist die Bundespersonalverordnung (BPV, SR 172.220.111.3) auf das Personal der Vorinstanz – welche für ihren Bereich stattdessen mit den Personalverbänden den GAV abgeschlossen hat – nicht anwendbar (vgl. Art. 6 Abs. 3 und Art. 37 f. BPG sowie Art. 1 BPV; statt vieler Urteil BVGer A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 3 m.w.H.).

4.

Die Beschwerdeführerin verlangt in ihrem Hauptantrag die Weiterbeschäftigung bei der Vorinstanz.

4.1 Diesbezüglich führt sie in der Beschwerdeschrift aus, sie habe aufgrund des Verhaltens der Vorinstanz darauf vertraut, dass das Tauglichkeitsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. So sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz ihr die Kündigung nicht schon nach der Untersuchung vom 8. Juni 2017, dessen Ergebnis für diese im BAV-Datensystem Phönix ersichtlich gewesen sei, in Aussicht gestellt habe. Dieses Verhalten zeige, dass auch die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass erst mit der noch zu erfolgenden Neu Beurteilung abschliessend über ihre Tauglichkeit befunden würde. Bezeichnenderweise habe sich die Vorinstanz mit Schreiben vom 8. Dezember 2017 selber bei ihr erkundigt, ob und wann die Neu beurteilung stattgefunden habe. Sie sei auch stets davon ausgegangen,

dass die weiteren Schritte (Anordnung einer erneuten Untersuchung, einer Verhaltenstherapie sowie einer Neubeurteilung) im Verlauf des Beschwerdeverfahrens durch das BAV oder zumindest durch die Vorinstanz erfolgen würden. Unter diesen Umständen sei die dadurch eingetretene Verzögerung nicht ihr anzurechnen. Aufgrund ihrer temporären Untauglichkeit sei sie auch vorübergehend in verschiedenen anderen Arbeitsbereichen der Vorinstanz eingesetzt worden, wobei nie Thema gewesen sei oder die Aussicht bestanden habe, dass diese Einsätze zu einer Festanstellung hätten führen sollen. Indem ihr die Vorinstanz dann aber plötzlich die Entlassung ankündigt habe, habe sie dieses Vertrauen in treu- und rechtswidriger Weise verletzt, weshalb die schliesslich ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich zu qualifizieren sei.

4.2 Die Vorinstanz entgegnet, dass sie über die Anordnung der erneuten psychologischen Tauglichkeitsuntersuchung nebenbei via Leitung P-OP-ZF in Kenntnis gesetzt worden sei. Im Anschluss an die Untersuchung habe sich die Beschwerdeführerin bei ihrem Vorgesetzten telefonisch gemeldet und ihm mitgeteilt, dass sie als tauglich eingestuft worden sei bzw. die Untersuchung positiv abgeschlossen habe. Die Ergebnisse der Untersuchung vom 08. Juni 2017 (Formular Anhang 2b sowie Gutachten) seien ihr weder vom BAV noch von der Beschwerdeführerin (auch nicht in Kopie) zugestellt worden. Die SBB Stelle für Gesundheit & Sicherheit, welche für die Erfassung und Bewirtschaftung von Qualifikationen und nachweispflichtigen Kompetenzen zuständig sei und als Schnittstelle zum BAV-Datensystem Phönix agiere, erhalte bei einer Änderung bzw. Eintragung keine automatische Benachrichtigung. Bei über 2'500 Lokführer sei es ihr nicht zumutbar, regelmässige aktive Check-ups der Status der Mitarbeitenden zu machen. Vorliegend habe es vorerst aufgrund der telefonischen Angaben der Beschwerdeführerin auch keinen Anlass dafür gegeben. Nachdem sie jedoch während längerer Zeit keine Informationen vom BAV erhalten habe, habe sie sich bei diesem nach dem Stand der Dinge erkundigt. Mit Telefonat vom 16. November 2017 sei sie durch das BAV über die tatsächlichen Ergebnisse der psychologischen Untersuchung und der Tatsache, dass gegen diese Begutachtung keine anfechtbare Verfügung verlangt worden sei, informiert worden. Zu keinem Zeitpunkt habe sie die Beschwerdeführerin im Glauben gelassen, ein angebliches Beweisverfahren vor dem BAV sei noch hängig. Ebenso wenig habe sie sich widersprüchlich verhalten. Die Kündigung sei erfolgt, nachdem festgestanden sei, dass eine gesetzliche Anstellungsbedingung fehle. Im Übrigen sei die Beschwerdeführerin über ihre Situation und den Hintergrund der Arbeitseinsätze im Klaren gewesen.

4.3 In ihren Schlussbemerkungen bestreitet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz über einen positiven Abschluss der Untersuchung telefonisch informiert zu haben. Der Vorinstanz müsse auch der Tauglichkeitsentscheid vom 8. Juni 2017 bekannt gewesen sei, wonach eindeutig hervorgehe, dass noch eine Neu Beurteilung erfolgen werde. Zumindest wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, sich über das Ergebnis der Tauglichkeitsuntersuchung zu erkundigen und mit ihr das weitere Vorgehen zu erörtern. Da sie nichts von der Vorinstanz vernommen habe, habe sie davon ausgehen dürfen, dass diese über das weitere Vorgehen, nämlich die noch zu absolvierende Neu Beurteilung, informiert und einverstanden gewesen sei.

4.4 Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht unter anderem im Fall einer missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR (Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziff. 185 Abs. 1 Bst. b GAV). Die Aufzählung der Tatbestände in Art. 336 des Obligationenrechts (OR, SR 220) ist nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 134 III 108 E. 7.1 und 132 III 115 E. 2.1 ff.; Urteile BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 3.3 und A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 6.1; PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht [BSK OR], Bd. I, 6. Aufl. 2015, Rz. 21 ff. zu Art. 336 OR). Das Fehlen eines sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG begründet für sich allein noch keine Missbräuchlichkeit der Kündigung (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C_895/2015 vom 8. März 2016 E. 3.2 m.H.). Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 und 125 III 70 E. 2b; Urteil BGer 8C_87/2017 vom 28. April 2017 E. 6.2). Eine missbräuchliche Kündigung kann im widersprüchlichen Verhalten des Arbeitgebers begründet sein (PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR, a.a.O., Rz. 30a zu Art. 336). Die Ausübung eines Rechts ist rechtsmissbräuchlich, wenn damit aufgrund früheren Verhaltens legitime Erwartungen der anderen Seite enttäuscht werden (*venire contra factum proprium*). Ein Verschulden jener Partei, die sich widersprüchlich verhält, ist dabei nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn aus objektiver Sicht Erwartungen zunächst geweckt und anschliessend

enttäuscht werden (BGE 140 III 481 E. 2.3.2 und 133 III 61 E. 4.1; BVGE 2016/11 E. 10.4.1). Das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens bindet die Behörde an einen Standpunkt, den sie innerhalb eines bestehenden Interpretations- oder Ermessensspielraums ausdrücklich oder konkludent in vertrauensbegründender Weise gegenüber einer anderen Partei eingenommen hat (THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, 2005, S. 209).

4.5 Dem eingereichten E-Mail vom 9. Juni 2017 zu Folge ist die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin über die am Vortag stattgefundenene psychologische Tauglichkeitsuntersuchung informiert worden. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz aus objektiver Sicht der Beschwerdeführerin zu verstehen gab, dass sie Kenntnis über die vorgeschlagene Neubeurteilung nach erfolgter Therapie hatte und diese abwarten würde, bevor sie zu einer allfälligen Kündigung schreiten würde. Die Beschwerdeführerin trifft diesbezüglich die Beweislast (vgl. oben E. 2.2). Nachdem eine ausdrückliche Zusicherung nicht behauptet wird, kommt nur ein konkludentes Verhalten in Frage.

4.5.1 Aufgrund der besagten E-Mail ist davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin (zu) positiv über die Untersuchung gegenüber ihrem Vorgesetzten äusserte. Ansonsten hätte dieser keinen Anlass gehabt, diese zu verfassen. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies zwar. Sie legt jedoch nicht substantiiert dar, was sie stattdessen mitgeteilt haben soll. Insbesondere behauptet sie nicht, ihrem Vorgesetzten gesagt zu haben, dass sie sich zuerst in eine Therapie begeben müsse, bevor eine Neubeurteilung überhaupt stattfinden könnte. Aufgrund des Telefonats ist nachvollziehbar, dass die Vorinstanz keinen unmittelbaren Anlass hatte, den Status der Beschwerdeführerin aktiv im BAV-Datensystem Phönix abzufragen. Zudem bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, dass sie es unterliess, das Formular Anhang 2b sowie das Gutachten der Vorinstanz zuzustellen. Zwar hat der Vertrauenspsychologe – und nicht etwa das BAV – die Beurteilung der psychologischen Tauglichkeit innert zehn Tage nach Vorliegen der Untersuchungsergebnisse auch dem Unternehmen auf einem standardisierten Formular mitzuteilen (vgl. Art. 13 Abs. 2 der Verordnung über die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich [STEBV, SR 742.141.2] i.V.m. Art. 14 Abs. 5 VTE; vgl. ferner Rundschreiben des BAV vom 27. Juni 2016 an die User Phönix betreffend Aufbewahrung der Formulare 2a/2b zur medizinischen bzw. psychologischen Tauglichkeitsuntersuchungen, abrufbar unter: www.bav.admin.ch > Themen A-Z > Triebfahrzeugführende > Phoenix > Aufbewahrung Formulare 2a 2b; abgerufen am 04.04.2018). Die Frage, ob die Vorinstanz das Formular erhalten hatte,

kann jedoch offen bleiben, ergibt sich doch die Tragweite der Bemerkung über die Neu Beurteilung erst im Zusammenhang mit dem Inhalt des Gutachtens.

4.5.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann gestützt auf das Gutachten nicht davon ausgegangen werden, dass bei ihr im Zeitpunkt der Untersuchung vom 8. Juni 2017 bloss eine vorübergehende Untauglichkeit bestand. Vielmehr wird darin ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin im Beurteilungszeitpunkt nicht als Lokführerin zugelassen werden könne und es für eine allfällige Wiederzulassung einer psychotherapeutischen Intervention bedürfe. Nachdem ein Therapieerfolg nie sicher ist, konnte auch nicht von einer vorübergehenden Untauglichkeit ausgegangen werden. Die Bemerkung mit der Neu Beurteilung ist unter Zugrundelegung des Gutachtens dahingehend zu verstehen, dass eine solche innert dreier Monaten erfolgen könnte, sofern bis dahin ein zufriedenstellender Therapieerfolg erreicht worden wäre. Die Vorinstanz hätte den Inhalt des Gutachtens somit kennen müssen, damit sie durch ihr Zuwarten berechnete Erwartungen bei der Beschwerdeführerin hätte wecken können.

4.5.3 Anhaltspunkte dafür liegen indes nicht vor. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz vom Inhalt des Gutachtens hätte Kenntnis nehmen sollen. Eine schriftliche Beurteilung der Tauglichkeitsuntersuchung wird nur auf Wunsch des Auftraggebers oder der untersuchten Person erstellt und diesen abgegeben (vgl. Art. 25 Abs. 2 und 4 der Richtlinie des BAV betreffend Psychologische Tauglichkeitsuntersuchungen für Personen mit sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich nach VTE und ZSTEBV vom 1. Juni 2014 [nachfolgend: Richtlinie BAV]; vgl. bezüglich ihrer Verbindlichkeit Urteil BVGer A-3314/2014 vom 20. Januar 2015 E. 3.3). Im Gutachten wird die Beschwerdeführerin als Auftraggeberin genannt, weshalb auch nur sie dieses der Vorinstanz hätte zustellen können. Das BAV wäre dazu nicht berechtigt gewesen, wird es doch in solchen Fällen nur über das konkrete Ergebnis informiert. Gegenüber weiteren Personen besteht Schweigepflicht (vgl. Art. 25 Abs. 4 Richtlinie BAV). Nur falls eine anfechtbare Verfügung verlangt wird, sind dem BAV die vollständigen Akten respektive die vertrauenspsychologischen Unterlagen zukommen zu lassen (vgl. Art. 25 Abs. 5 Richtlinie BAV). Die Rückfrage der Vorinstanz vom 8. Dezember 2017 betreffend die Neu Beurteilung ist ferner kein Indiz dafür, sondern Ausfluss des unbestrittenen Telefonats vom 16. November 2017 mit dem BAV und den daraus gewonnenen Erkenntnissen. Die Rückfrage machte auch Sinn, um über das weitere Vorgehen befinden zu können.

4.5.4 Ferner ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Beschwerdeführerin die berechnete Erwartung hätte haben dürfen, dass die Vorinstanz die Therapie oder eine Neubeurteilung anordnen würde. Die Vorinstanz besitzt in diesem Bereich über keine Verfügungsgewalt. Ausserdem obliegt es allein der Beschwerdeführerin, zu entscheiden, ob sie sich in eine Therapie begeben. Der Vorinstanz ist daher keine Handlungspflichtverletzung vorzuwerfen. Ebenso wenig kann die Beschwerdeführerin etwas aus den temporären Arbeitseinsätzen zu ihren Gunsten ableiten. Die Beschwerdeführerin erhielt unbestrittenermassen über ein Jahr hinweg Betreuung durch das AMC. Aufgrund der Themen der Beratungsgespräche (Standortbestimmung, Aktualisierung Lebenslauf, Laufbahnmosaik, Persönliche Flexibilität, Einrichtung Jobagent, Seminar „Bewerben mit Profil“, Anmeldung bei einer Laufbahn- und Bildungsberatung) muss ihr klar gewesen sein, dass die Vorinstanz sicherheitshalber davon ausging, dass sie wahrscheinlich nicht als Lokführerin weiterarbeiten wird.

4.5.5 Zusammengefasst bringt die Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte vor, aufgrund von welchen aus objektiver Sicht auf ein konkludentes Einverständnis der Vorinstanz, mit einer Kündigung bis zur Neubeurteilung nach erfolgter Therapie zuzuwarten, geschlossen werden könnte. Dementsprechend verhielt sich die Vorinstanz auch nicht widersprüchlich, als sie nach vollständiger Kenntnis der Sachlage die Kündigung aussprach. Eine missbräuchliche Kündigung liegt somit nicht vor, weshalb die Beschwerde im Hauptantrag abzuweisen ist.

5.

Eventualiter verlangt die Beschwerdeführerin eine Entschädigung wegen sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung.

5.1.1 Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich im Wesentlichen aus, dass sie gegen den Untauglichkeitsentscheid vom 13. Dezember 2016 Beschwerde erhoben habe und in der Folge ein Beschwerdeverfahren beim BAV eröffnet worden sei. Dies gehe klar aus dem Schreiben des BAV vom 23. Dezember 2016 hervor, welches ein Aktenzeichen aufführe und als Titel „Beschwerde gegen den psychologischen Untauglichkeitsentscheid vom 13. Dezember 2016“ aufweise. Ab diesem Zeitpunkt habe das BAV die Verfahrensleitung inne gehabt und sei verpflichtet gewesen, entsprechende Verfügungen zu erlassen und das Beschwerdeverfahren mit einem Endentscheid abzuschliessen. Das BAV habe jedoch lediglich eine erneute Untersuchung angeordnet, ohne aber danach weitere verfahrensleitende Verfügungen, wie die Anordnung einer Verhaltenstherapie oder gar einen

Endentscheid zu erlassen. Die Anordnung der erneuten Untersuchung stelle eine verfahrensleitende Verfügung dar, zumal darauf auch keine Rechtsmittelbelehrung angebracht sei. Die zweite Tauglichkeitsuntersuchung vom 8. Juni 2017 sei somit im Rahmen des noch laufenden Beschwerdeverfahrens erfolgt. Auf dem Formular Anhang 2b vom 8. Juni 2017 sei ihr zudem nur eine vorübergehende Untauglichkeit attestiert worden, weshalb sie auch dagegen nicht opponiert habe. Ein Beschwerdeentscheid sei nie ergangen bzw. stellten weder das Schreiben des BAV vom 3. Mai 2017 noch dasjenige vom 16. Januar 2018 einen Entscheid in diesem Sinne dar. Das Beschwerdeverfahren sei immer noch hängig und die Frage ihrer (Un-)Tauglichkeit eben noch nicht abschliessend beantwortet. Eine Anstellungsbedingung – ihre Fahrtauglichkeit – sei somit noch nicht weggefallen. Aus diesem Grund komme auch die sechsmonatige Begleitung nach Anhang 8 Ziff. 12 GAV nicht zur Anwendung, zumal eine solche erst nach der definitiven Feststellung ihrer Untauglichkeit greifen würde. Ausserdem habe es die Vorinstanz unterlassen, ihr gegenüber eine Kündigungsandrohung auszusprechen.

5.1.2 Die Vorinstanz entgegnet, dass ein Beschwerdeverfahren vor dem BAV gar nicht existiere. Das BAV könne lediglich eine anfechtbare Verfügung erlassen, welches die Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechten müsse. Gemäss dem Schreiben des BAV vom 16. Januar 2018 sei eine solche nicht ausgestellt worden, da dem Begehren der Beschwerdeführerin auf eine erneute psychologische Tauglichkeitsuntersuchung bei einer neutralen Stelle mit Schreiben vom 3. Mai 2017 vollumfänglich entsprochen worden sei. Gegen die neue Beurteilung vom 8. Juni 2017 sei keine neue anfechtbare Verfügung verlangt worden. Die Beschwerdeführerin verkenne weiter, dass ihr der Untauglichkeitsentscheid vom 8. Juni 2017 nicht eine vorübergehende sondern vielmehr eine definitive Untauglichkeit attestiert. Es gelte die aktuellste Beurteilung gemäss Formular Anhang 2b vom 8. Juni 2017, welche auf „untauglich“ laute. Gestützt darauf habe sie das Arbeitsverhältnis infolge Wegfalls einer gesetzlichen Anstellungsbedingung (unter anderem Art. 14 VTE) aufgelöst. Es sei vorliegend auch keine Kündigungsandrohung nötig gewesen, da eine solche nur dann einer Kündigung voranzugehen habe, wenn dadurch eine Verbesserung der Leistung oder des Verhaltens herbeigeführt werden könne, was beim Wegfall einer gesetzlichen Anstellungsbedingung keinen Sinn mache. Sie sei beim Wegfall einer gesetzlichen Anstellungsbedingung nicht verpflichtet zuzuwarten, bis der Mitarbeitende die Anstellungsbedingung möglicherweise einmal wieder erlange. Eine Karenz- bzw. Sperrfrist sei nicht vorgesehen.

5.1.3 Der Arbeitgeber kann das unbefristete Arbeitsverhältnis aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen, unter anderem wegen Wegfalls einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung (Art. 10 Abs. 3 Bst. f BPG bzw. Ziff. 174 Abs. 1 Bst. e GAV). Der Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung umfasst eine Mehrzahl von Gründen. Als gesetzliche Bedingungen fallen beispielsweise Ausschlussgründe (z.B. Wahl in den Nationalrat oder Bundesrat), Amtsunfähigkeit oder der Wegfall des Schweizer Bürgerrechts bzw. der Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit in Betracht. Als vertragliche Bedingung fällt jeder Umstand in Betracht, der nach dem individuellen Arbeitsvertrag für das (Weiter-)Bestehen des Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt ist, beispielsweise das Ausscheiden des Vorstehers des Departements (z. B. für persönliche Mitarbeiter des Departements) oder das Nichtbestehen einer Prüfung, die für die mit dem Arbeitsverhältnis verbundene Tätigkeit nötig ist (vgl. Botschaft zum Bundespersonalgesetz [BPG] vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1614 f; Urteile BVGer A-3750/2016 vom 2. Februar 2017 E. 2.3 und A-4973/2012 vom 5. Juni 2013 E. 8.1 m.w.H.). Bei mangelnder Tauglichkeit aufgrund einer psychologisch-diagnostischen Untersuchung löst die SBB das Arbeitsverhältnis auf, wenn keine andere zumutbare Lösung gefunden werden kann. Vor Erlass der Kündigung erhält die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter eine auf sechs Monate befristete Begleitung durch das AMC. Es findet kein Übertritt in die Berufliche Neuorientierung statt (Anhang 8 Ziff. 12 GAV SBB). Kündigt die SBB nach Ablauf der Probezeit, so hat der ordentlichen Kündigung die Kündigungsandrohung voranzugehen, sofern diese Massnahme grundsätzlich dazu geeignet ist, eine Verbesserung der Leistung oder des Verhaltens herbeizuführen (Ziff. 171 Abs. 4 GAV). Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die SBB gut, so spricht sie der beschwerdeführenden Partei eine Entschädigung zu, wenn sachlich hinreichende Gründe für die ordentliche Kündigung fehlen (vgl. Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a GAV).

5.1.4 Nachdem der Beschwerdeführerin die Zulassungsdokumente entzogen worden sind, formulierte das BAV die Bedingungen, welche für das Wiedererlangen des Führerausweises und somit der Fahrberechtigung erfüllt sein müssen. Unter anderem hätte sie wieder einen Lernfahrausweis nach den Vorgaben der VTE beim BAV beantragen müssen, was bedeutete, dass sie im Vorfeld für psychologisch tauglich hätte befunden werden müssen (vgl. nachfolgend E. 5.1.4.1). Vorliegend ist umstritten, ob mit dem Untauglichkeitsbefund vom 8. Juni 2017 eine vertragliche oder gesetzliche Anstellungsbedingung weggefallen ist.

5.1.4.1 Die Anforderungen an das Personal der Eisenbahnunternehmen und weiterer Unternehmen mit sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich sind in der STEBV geregelt (Art. 1 STEBV). Als sicherheitsrelevante Tätigkeit gilt unter anderem die Tätigkeit des Lokführers (Art. 2 Bst. c STEBV i.V.m. Art. 3 Bst. a STEBV). Wer sich um die Ausbildung zum Lokführer der Kategorie B bewirbt, muss sich einer psychologischen Untersuchung der Tauglichkeit unterziehen (vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. b STEBV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 VTE). Die psychologische Tauglichkeit ist eine persönliche Voraussetzung für den Erwerb des Lernfahrausweises (vgl. Art. 11 - 15 VTE; vgl. ferner die Übersicht über den Zulassungsprozess in: Benutzerhandbuch EVU/Unternehmen des BAV, 2010, S. 13, abrufbar unter: www.bav.admin.ch > Themen A - Z > Triebfahrzeugführende > Phoenix > Benutzerhandbuch EVU/Unternehmen [abgerufen am 04.04.2019]). In der psychologischen Untersuchung beurteilt ein Vertrauenspsychologe, ob die untersuchte Person zum Führen von Triebfahrzeugen für psychologisch tauglich erklärt werden kann (Art. 14 Abs. 3 VTE). Der Vertrauenspsychologe teilt die Beurteilung der psychologischen Tauglichkeit, insbesondere allfällige Einschränkungen, innert zehn Tagen nach Vorliegen der Untersuchungsergebnisse auf einem standardisierten Formular der untersuchten Person und dem Unternehmen mit (Formular Anhang 2b). Auf Verlangen der untersuchten Person stellt das BAV eine beschwerdefähige Verfügung aus (Art. 14 Abs. 5 VTE). Eine nicht bestandene psychologische Untersuchung darf frühestens nach einem Jahr und höchstens zweimal, zur Ausbildung für eine höhere Kategorie jedoch nur einmal wiederholt werden (Art. 14 Abs. 7 VTE). Das BAV erlässt Richtlinien über die psychologischen Voraussetzungen (Art. 14 Abs. 10 VTE). Unternehmen müssen alle wesentlichen Änderungen der psychologischen Tauglichkeit von Personen mit einer sicherheitsrelevanten Tätigkeit umgehend dem Vertrauenspsychologen melden (Art. 12 Abs. 4 STEBV). Der Vertrauenspsychologe muss die psychologische Tauglichkeit einer Person nach Art. 12 STEBV prüfen und die Schlussbeurteilung der Tauglichkeit der Person und dem Unternehmen mitteilen (Art. 13 Abs. 2 STEBV). Schlussbeurteilungen der psychologischen Tauglichkeit sowie von deren Einschränkungen werden in einer vom BAV geführten Datenbank gespeichert (Art. 41 Abs. 1 Bst. a STEBV i.V.m. Art. 42 Abs. 1 Bst. c STEBV). Das BAV kann bei begründeten Zweifeln an der Tauglichkeit jederzeit deren Prüfung oder eine vollständige oder teilweise Fähigkeitsprüfung anordnen (Art. 13 Abs. 4 STEBV).

5.1.4.2 Werden im Rahmen der Überprüfung der psychologischen Tauglichkeit die erforderlichen Grenzwerte deutlich unterschritten, so ist die betreffende Person entweder in einer tieferen Kategorie einzusetzen oder

aber es ist von einem weiteren Einsatz als Triebfahrzeugführer abzusehen (Art. 23 Abs. 2 Bst. b und c Richtlinie BAV). Gegebenenfalls ist bei einem deutlichen Unterschreiten der Grenzwerte in Absprache mit der Fachstelle eine zweite Tauglichkeitsuntersuchung bei einem anderen Vertrauenspsychologen vorzunehmen (vgl. Art. 23 Abs. 4 der Richtlinie BAV; zum Ganzen Urteil BVGer A-3314/2014 vom 20. Januar 2015 E. 3.2). Wurde wegen eines Untauglichkeitsentscheids eine beschwerdefähige Verfügung beim BAV verlangt, so kann letzteres gestützt auf Art. 23 Abs. 4 BAV Richtlinie die sofortige Wiederholung der psychologischen Tauglichkeitsuntersuchung anordnen (vgl. Urteil BVGer A-3314/2014 vom 20. Januar 2015 E. 3.4 und E. 4; vgl. ferner Art. 25 Abs. 6 BAV Richtlinie, wonach bei wiederholter Beurteilung bei einem Rekurs dem neuen begutachteten Vertrauenspsychologen die bestehenden Akten inklusive frühere Beurteilungen zugänglich gemacht werden). Hinsichtlich des neuen Ergebnisses besteht wiederum die Möglichkeit, eine anfechtbare Verfügung beim BAV zu verlangen (vgl. Urteil BVGer A-4807/2011 vom 15. März 2012 E. 8.2).

5.1.4.3 Tauglichkeit bezeichnet das Vorhandensein der psychodiagnostisch erfassbaren sicherheitsrelevanten Mindestanforderungen. Entsprechend bedeutet „Untauglichkeit“ das Unterschreiten der festgesetzten Grenzwerte. Die Grenzwerte zwischen „tauglich“ und „untauglich“ sind so definiert, dass beim Unterschreiten einerseits der Ausbildungserfolg fraglich ist, andererseits auch die Sicherheit für den Fahrbetrieb nicht mehr in hinreichendem Masse gewährleistet ist (Art. 4 Abs. 2 BAV Richtlinie). Die eingeschränkte Tauglichkeit definiert vorläufige oder dauernde Einschränkungen der Tauglichkeit mit zu treffenden Einschränkungen bezogen auf den Einsatz der betreffenden Person, beispielsweise durch eine begrenzte Fahr- oder Dienstzeit, das Fahren ausschliesslich in Begleitung oder die Streckenbegrenzung (Art. 4 Abs. 3 BAV Richtlinie). Das Ergebnis der Untersuchung wird dem BAV und der untersuchten Person mittels Formular nach Anhang 2 in der Form von „tauglich“, „untauglich“ oder „bedingt tauglich“ mit Angabe allfälliger Einschränkungen bekannt gegeben (Art. 25 Abs. 1 BAV Richtlinie). Zulassungsdokumente sind zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (vgl. Art. 32 Abs. 1 STEBV). Der Entzug des Führerausweises gilt als Verbot, die ausweispflichtigen Tätigkeiten auszuüben (vgl. Art. 34 Abs. 1 STEBV).

5.1.4.4 Gegenstand einer Verfügung des BAV nach Art. 14 Abs. 5 VTE ist somit das Untersuchungsergebnis eines bestimmten Vertrauens-

psychologen. Dieses hat das BAV, gegebenenfalls unter Beizug der fachlichen Unterstützung der Fachstelle Psychologie (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. f BAV Richtlinie), zu überprüfen (vgl. Urteil BVGer A-4807/2011 vom 15. März 2012 E. 6.6). Wird anstatt eine Verfügung i.S.v. Art. 14 Abs. 5 VTE zu erlassen eine wiederholte Begutachtung angeordnet, so ist diese Anordnung vor dem Hintergrund der Aufsichtsfunktion des BAV (vgl. Art. 10 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes [EBG; SR 742.101]) zu verstehen. Aufgabe des Aufsichtsrechts ist es, sicherzustellen, dass die einschlägige Gesetzgebung eingehalten wird und die Rechte der Beaufsichtigten gewahrt bleiben, darunter nicht zuletzt ihre Grundrechte, wie z.B. die Verfahrensgarantien (GIOVANNI BIAGGINI, Aufsichtsrecht, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 19.4 und 19.102). Zu diesem Zweck kann die Aufsichtsbehörde aufsichtsrechtliche Anordnungen im Einzelfall mit dem Ziel der (Wieder-)herstellung des ordnungsgemässen Zustandes treffen (BIAGGINI, a.a.O., Rz. 19.109). Die Fachstelle Psychologie des BAV hatte bezüglich des Untauglichkeitsentscheids vom 13. Dezember 2016 zusammengefasst festgehalten, dass die rezidiv verursachten Unregelmässigkeiten von A._____ und das erhöhte Sicherheitsrisiko eine Negativbeurteilung nachvollziehbar erscheinen lasse. Aufgrund der für den neutralen Leser nicht ganz eindeutigen Begründung der nicht anforderungskonformen Beurteilung der beiden Persönlichkeitskriterien „Risikosensibilität“ und „Selbststeuerung“ und um das Risiko einer Fehlbeurteilung des vorliegenden Falls möglichst auszuschliessen werde eine Untersuchung bei einem bisher nicht involvierten Vertrauenspsychologen empfohlen. Die gestützt darauf erfolgte Anordnung des BAV diene somit der Sicherstellung eines fairen Verfahrens zugunsten der Beschwerdeführerin. Dies bedeutet, dass die Tauglichkeit der Beschwerdeführerin – wie von ihr beantragt – von Grund auf neu beurteilt wurde.

5.1.4.5 Entgegen ihrer Auffassung handelte es sich daher bei der Anordnung des BAV nicht um eine verfahrensleitende Verfügung im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens. Es trifft zwar zu, dass das BAV die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 23. Dezember 2016 als Beschwerde bezeichnete. Die Bezeichnung ändert jedoch nichts daran, dass es sich – für die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin erkennbar – um ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren auf Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung handelte. Dies ergibt sich unzweideutig aus der Belehrung auf dem Formular Anhang 2a sowie aus Art. 14 Abs. 5 VTE. Zudem musste der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin spätestens, als ihr das Formular Anhang 2b der erneuten Untersuchung ausgehändigt worden ist, klar sein, dass es sich um ein neues Verfahren handelte. Das Formular verwies

wiederum auf die Möglichkeit, beim BAV eine beschwerdefähige Verfügung zu verlangen. Wäre dagegen die Anordnung des BAV zur Beweisbeschaffung i.S.v. Art. 12 Bst. e VwVG (Gutachten von Sachverständigen) gedacht gewesen, so hätte es einen Vertrauenspsychologen selber bestimmt und diesen zur Einreichung eines Gutachtens aufgefordert (vgl. AUER/BINDER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]; 2019 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Rz. 59 und 64 zu Art. 12 VwVG). Stattdessen legte das BAV ihrem Schreiben vom 3. Mai 2017 eine Liste der Vertrauenspsychologen bei, was impliziert, dass es in der Verantwortung der Beschwerdeführerin lag, sich um das weitere Vorgehen zu kümmern. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht nachvollziehbar, wieso die Beschwerdeführerin die berechnete Erwartung hätte haben dürfen, dass das BAV eine Therapie anordnen würde. Wie für sie aus der BAV Richtlinie ersichtlich, wird dem BAV das Gutachten nur zugestellt, wenn eine beschwerdefähige Verfügung verlangt wird (vgl. oben E. 4.5.3). Da die Beschwerdeführerin dies unterlassen hatte, konnte das BAV von der vorgeschlagenen Therapie gar nichts wissen. Unbesehen davon ist es nicht Aufgabe des BAV, die mögliche Wiedererlangung der psychologischen Tauglichkeit aktiv mittels entsprechenden Anordnungen zu fördern. Eine entsprechende Pflicht lässt sich den gesetzlichen Bestimmungen nicht entnehmen.

5.1.4.6 Gemäss Arbeitsvertrag vom 18. März 2013 wurde die Beschwerdeführerin als Lokführerin der Kategorie B angestellt. Ihre Anstellung erfolgte, nachdem sie zuvor die entsprechende Ausbildung erfolgreich absolviert hatte. Der Besitz der Zulassungsdokumente für die Kategorie B war somit eine implizite Anstellungsbedingung. Die Beschwerdeführerin wurde auf dem Formular Anhang 2b der Tauglichkeitsuntersuchung vom 8. Juni 2017 ausdrücklich als untauglich befunden. Wie bereits dargelegt (vgl. oben E. 4.5.2), kann entgegen ihrer Auffassung nicht von einer vorübergehenden Untauglichkeit gesprochen werden. Zudem wäre das Ergebnis auch nicht im Datensystem gespeichert worden, wenn es sich nicht um eine Schlussbeurteilung gehandelt hätte (vgl. oben E. 5.1.4.1). Die Beschwerdeführerin verfügte demnach im Kündigungszeitpunkt nicht über eine persönliche Voraussetzung, welche es nur schon für das Wiedererlangen des Lernfahrausweises benötigt hätte. Mit anderen Worten waren nicht nur die Zulassungsdokumente für die Kategorie B als eigentlich entscheidende Anstellungsbedingung, sondern bereits eine Vorbedingung für deren Wiedererlangen im Kündigungszeitpunkt nicht mehr vorhanden. Ob die Beschwerdeführerin die psychologische Tauglichkeit und in einem nächsten Schritt die Zulassungsdokumente vielleicht eines Tages wiedererlangen würde,

war in diesem Zusammenhang unbeachtlich. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass sie nicht verpflichtet sei, zu warten, bis ein Mitarbeiter eine Anstellungsbedingung möglicherweise wieder erlange. Eine diesbezügliche Bestimmung findet sich nicht im GAV und wäre unverhältnismässig. Insbesondere im vorliegenden Fall, in welchem die Beschwerdeführerin dafür noch die vom BAV verlangten Massnahmen durchführen sowie eine Prüfung erfolgreich hätte ablegen müssen, was zusätzliche Zeit in Anspruch genommen hätte. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass im Kündigungszeitpunkt eine Anstellungsbedingung nicht mehr gegeben war.

5.1.4.7 Im Übrigen kann die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, wonach sie während des Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht für psychologisch tauglich erklärt worden ist, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Massgebend für die Feststellung des Sachverhalts ist zwar der Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids. Neue Beweismittel (sog. echte Noven) müssen jedoch im Rahmen des Streitgegenstands eingebracht werden (BVGE 2009/9 E. 3.3.1; Urteile BVGer A-688/2018 vom 1. Oktober 2018 E. 3.1 und A-4313/2016 vom 25. Januar 2017 E. 3; BENJAMIN SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 31 zu Art. 49 VwVG). Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Rechtmässigkeit der Kündigungsverfügung im Erlasszeitpunkt. Die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Urteilszeitpunkt psychologisch tauglich ist, liegt hingegen ausserhalb des Streitgegenstands. Unbesehen davon wäre mit der psychologischen Tauglichkeit die eigentliche Anstellungsbedingung (Besitz der Zulassungsdokumente) immer noch nicht erfüllt.

5.1.5 Schliesslich weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass der Kündigung keine Kündigungsandrohung habe vorgehen müssen. Eine solche ist nur bei ungenügenden Leistungen oder einem ungenügendem Verhalten und nicht bei einer weggefallenen Anstellungsbedingung vorgesehen (vgl. oben E. 5.1.3). Ob die sechsmonatige Begleitung durch das AMC nach Anhang 8 Ziff. 12 GAV im vorliegenden Fall überhaupt zur Anwendung hätte kommen müssen, scheint ferner eher fraglich. Zumal die Bestimmungen des Anhangs 8 für Mitarbeiter gelten, die ihre Stelle aufgrund eines Reorganisations- oder Rationalisierungsprojektes verlieren (vgl. Anhang 8 Ziff. 2 Abs. 1 GAV), was vorliegend auf die Beschwerdeführerin offensichtlich nicht zutrifft. Die Frage muss jedoch nicht beantwortet werden, da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen weit mehr als die sechs Monate an Unterstützung durch das AMC erhielt und dem Zweck dieser

Bestimmung somit entsprochen wurde. Zudem bestreitet die Beschwerdeführerin die Behauptung der Vorinstanz in der Kündigungsverfügung nicht, wonach es trotz Begleitung durch das AMC, den verschiedenen Temporäreinsätzen und den Bemühungen durch den Vorgesetzten nicht möglich gewesen sei, innerhalb des Unternehmens eine andere feste Stelle zu finden. Sie erweist sich auch als glaubhaft, nachdem die Beschwerdeführerin gemäss ihrem Lebenslauf nach ihrer Schreinerlehre vorwiegend als Servicekraft und Bartender/Köchin tätig gewesen ist.

5.1.6 Zusammengefasst erweist sich die ordentliche Kündigung als sachlich gerechtfertigt. Ein Anspruch auf Zusprechung einer Entschädigung besteht nicht, weshalb die Beschwerde im eventualiter gestellten Antrag abzuweisen ist.

6.

Subeventualiter verlangt die Beschwerdeführerin die Erstreckung des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. September 2018.

6.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Kündigungsverfügung ihrem Rechtsvertreter erst am 1. Mai 2018 zugestellt worden sei. Selbst bei einer wirksamen Kündigung würde somit unter Berücksichtigung der viermonatigen Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis erst per 30. September 2018 enden. Folglich sei dieses nach Ziff. 184 Abs. 1 Bst. c GAV bis zu diesem Zeitpunkt zu erstrecken. Die Vorinstanz äussert sich nicht zu diesem Vorbringen.

6.2 Nach Ablauf der Probezeit oder wenn diese wegbedungen wurde, kann das Arbeitsverhältnis nur auf ein Monatsende gekündigt werden (Ziff. 175 Abs. 2 GAV). Im sechsten bis und mit dem zehnten Anstellungsjahr gilt eine Mindestfrist von vier Monaten (Bst. b). Wenn Vorschriften über die Kündigungsfristen verletzt worden sind, ist das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. c GAV bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu erstrecken. Für die Zustellung der Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses gelten die Regeln über die Zustellung von behördlichen Verfügungen und nicht jene des Arbeitsprivatrechts, welche sich bei eingeschriebenen Sendungen wesentlich unterscheiden (ADRIAN VON KAENEL, Zustellung einer Kündigung/Kündigungsverfügung an den Rechtsvertreter und in den privaten Briefkasten, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2014 S. 24; vgl. Entscheid PB.2008.00052 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2009 E. 4.1.4; ferner Ziff. 181 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2

GAV, wonach sich das Verfahren auf Erlass einer Verfügung bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis nach dem VwVG richtet). Eine Verfügung kann erst mit ihrer Eröffnung Rechtswirksamkeit entfalten. Bei der individuellen Eröffnung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Rechtshandlung. Sie entfaltet ihre Rechtswirkung vom Zeitpunkt der ordnungsgemässen Zustellung an. Massgebend dafür ist das Datum der Eröffnung. Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz gilt eine Sendung als zugestellt, wenn sie in den Macht- bzw. Verfügungsbereich des Empfängers gelangt (KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 1 ff. zu Art. 34 VwVG m.w.H; BGE 142 III 599 E. 2.4.1; Urteile BVGer A-6410/2014 vom 1. September 2015 E. 6.2 und A-38/2014 vom 1. April 2014 E. 1.5.1.). Eine eingeschriebene Sendung gilt als zugestellt, wenn sie einer zur Entgegennahme berechtigten Person direkt gegen Unterschrift übergeben wird. Bei Abwesenheit wird der Empfänger mittels Abholungseinladung avisiert und die Verfügung gilt in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Erfolgt dies nicht innert einer Frist von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle, greift eine Zustellfiktion, sofern der Adressat mit der fraglichen Zustellung rechnen musste (KNEUBÜHLER/PEDRETTI, Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 34 VwVG; VON KAENEL, a.a.O., S. 24; BGE 130 III 396 E. 1.2.3; Urteil BVGer A-4311/2016 vom 22. März 2017 E. 4.3.).

6.3 Die Beschwerdeführerin war seit dem 1. Oktober 2011 bei der Vorinstanz angestellt. Folglich erfolgte die Kündigung vom 23. April 2018 im siebten Dienstjahr der Beschwerdeführerin, weshalb die Kündigungsfrist vier Monate betrug (vgl. oben E. 6.2). Gemäss der Sendungsverfolgung wurde die Kündigungsverfügung per Einschreiben am 23. April 2018 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin verschickt. Nachdem dieser nicht persönlich angetroffen wurde, hinterliess ihm die Post am 24. April 2018 eine Abholungseinladung. Am 1. Mai 2018, dem letzten Tag der Abholfrist, wurde die Kündigungsverfügung am Schalter abgeholt und dadurch eröffnet. Unter Berücksichtigung der viermonatigen Kündigungsfrist hätte somit das Arbeitsverhältnis erst am 30. September 2018 geendet. Nachdem die Kündigungsverfügung den Beendigungszeitpunkt auf den 31. August 2018 festsetzt, erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als begründet.

7.

Zusammengefasst ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin bis

zum 30. September 2018 zu erstrecken. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

8.

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG bzw. Ziff. 186 GAV). Verfahrenskosten sind demnach keine zu erheben.

9.

Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei nur teilweisem Obsiegen ist die Entschädigung entsprechend zu kürzen (vgl. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Eine Kostennote wurde nicht eingereicht, weshalb die Parteientschädigung von Amtes wegen festzusetzen ist (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die gekürzte Parteientschädigung wird in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 500.-- (inkl. Auslagen; vgl. Art. 8 Abs. 1 VGKE) festgelegt. Sie ist von der Vorinstanz zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin wird bis zum 30. September 2018 erstreckt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 500.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Andreas Kunz

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: