OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-651765/3/Bi

Datum:
Linz, 9. Juli 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bissenberger über die Beschwerde des Herrn E D, x, x, vertreten durch G K L S B A Rechtsanwälte OG, x, x, vom „3. Jänner 2020“ gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 29. Mai 2020, BHPEVerk-2019-542959/12-VerkR21-519-2019-FB, wegen Entziehung der Lenkberechtigung bis zum Nachweis der gesundheitlichen Eignung nach dem FSG und Aberkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde,

zu Recht:

I.
Der Beschwerde wird Folge gegeben und der in Beschwerde gezogene Bescheid aufgehoben.

II.
Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit dem oben bezeichneten, laut Rückschein am 3. Juni 2020 zugestellten Bescheid wurde dem Beschwerdeführer (in Folge: Bf) in Bestätigung des Mandatsbescheides vom 19.12.2019, BHPEVerk-2019-542959/3-VerkR21-519-2019-FB, gemäß §§ 24 Abs 1 Z 1 und 25 Abs 2 FSG die – bis 12. Juni 2020 befristet gewesene – Lenkberechtigung für die Klassen AM und B – Führerschein ausgestellt von der BH Perg am 12. Juni 2019 zu Zl. 19218629 – ab Zustellung des Mandatsbescheides, dh ab 31. Dezember 2019, bis zum Nachweis seiner gesundheitlichen Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen entzogen und ausgesprochen, dass ihm in dieser Zeit keine neue Lenkberechtigung erteilt werden dürfe.
Gemäß § 13 Abs 2 VwGVG wurde die aufschiebende Wirkung einer allfällig gegen den Bescheid erhobenen Beschwerde im Interesse des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzug aberkannt.

2. Dagegen hat der Bf fristgerecht Beschwerde gemäß § 7 VwGVG iVm Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG eingebracht, die von der belangten Behörde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt wurde, das darüber gemäß Art 131 B-VG zu entscheiden hat. Die Anberaumung einer (beantragten) öffentlichen mündlichen Verhandlung erübrigte sich gemäß § 24 VwGVG.

3. Der Bf macht im Wesentlichen geltend, er habe der Abgabe einer Haarprobe Folge geleistet, weshalb die „Formalentziehung“ gemäß § 24 Abs 4 letzter Satz FSG ausgeschlossen sei. Die Beurteilung der belangten Behörde, wegen aktuell bestehender Bedenken ob seiner uneingeschränkten gesundheitlichen Eignung sei der Aufforderungsbescheid, eine Haaranalyse beizubringen, zu bestätigen, erweise sich deshalb als rechtswidrig. Dazu fehle es an jeglicher Verpflichtung, sodass das Argument, er sei seiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen, verfehlt sei. Der Mitwirkungspflicht habe er durch sein Erscheinen zur Untersuchung entsprochen.
Die belangte Behörde stütze sich ausschließlich darauf, die gewünschte Untersuchung sei wegen zu geringer Haarlänge zu unrepräsentativ gewesen.
Um eine fehlende Eignung annehmen zu können, bedürfe es auf einem ärztlichen Sachverständigengutachten beruhender konkreter Sachverhaltsfeststellungen darüber, dass die gesundheitliche Eignung nicht mehr bestehe und warum. Solche Feststellungen fehlen überhaupt, sodass der Bescheidspruch keine (ausreichende) Deckung im festgestellten Sachverhalt finde.
Angesichts des erheblichen Ausmaßes des Eingriffs in verfassungsrechtlich geschützte Rechte könne eine Haaranalyse stets nur freiwillig in voller Kenntnis der Sach- und Rechtslage durch den Betroffenen erfolgen und von Freiwilligkeit

könne bei ihm keine Rede sein; vielmehr habe ihn die belangte Behörde zum Abstinenznachweis mittels dieser Analysemethode verpflichtet.
Die Haaranalyse sei als unzulässiger Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte anzusehen, sei gesetzlich nicht vorgesehen und daher als Anordnung unzulässig. Ein allfälliges Gesetz zur Einführung einer verpflichtenden Haaranalyse wäre nur unter sehr engen und exakt definierten Rahmenbedingungen grundrechtskonform. Der Schutz des Grundrechts auf Achtung der privaten Lebensführung verlange, dass sich dessen Einschränkungen auf das absolut Notwendigste beschränkten.
Abgesehen von deren Rechtmäßigkeit werde die Genauigkeit und Fehleranfälligkeit von Haaranalysen in den Medien von Fachleuten äußerst kritisch beurteilt.
Die Anordnung, die Haare mindestens 6 cm lang wachsen lassen zu müssen und nicht färben zu dürfen, sei ein aus rechtsstaatlicher Sicht nicht erforderlicher und gerechtfertigter Eingriff in die private Lebensführung, die als Grundrecht in der EMRK verbürgt sei. Der Kernbereich dieses Grundrechts sei es, die Haartracht frei wählen zu dürfen.
Das menschliche Haar sei mit einer Computerfestplatte vergleichbar, da im Haar, je nach Haarlänge, über mehrere Jahre alles gespeichert sei, was dem Körper von außen zugeführt werde. Daher könne man mittels Haarproben den Gesundheitszustand, Medikamentenkonsum, Ernährungsgewohnheiten, Umweltbelastungen usw eines Menschen problemlos feststellen. Eine gesetzlich eingeführte Haaranalyse würde ähnliche legistische und verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen wie die vom VfGH aufgehobene Vorratsdatenspeicherung.
Ein Drogenscreening mittels Haaranalytik würde auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen, weil die Art und Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte von genetischen Gegebenheiten abhänge – so könnten Personen mit nicht ausreichendem Haarwuchs zu keiner Haaranalyse verpflichtet werden. Die Eingriffsintensität hänge von den körperlichen Merkmalen und der Willkür der Behörde ab.
Haaranalysen seien wesentlich eingriffsintensiver als zB Urintests, da Haaranalysen Rückschlüsse auf einen längeren Konsum zuließen – dies versuchten manche Behörden zu umgehen, indem sie 6 cm Haarlänge anordnen und die Abgabe der Haarprobe erst 6 Monate nach Rechtskraft des Aufforderungsbescheides erfolge – und auch den Konsum sämtlicher Substanzen nachzuweisen vermögen, wegen derer der Betroffene aber zumeist nicht betreten/angezeigt/verdächtigt worden sei. Insofern sei eine Sammlung von Daten möglich, deren Verwendung aber nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten Mitteln zu erfolgen habe.
Mit der Haaranalyse würden aber auch weitere sensible Daten, die in keinem Zusammenhang mit dem Drogenkonsum stünden, etwa Essverhalten aber auch Gesundheitsdaten, gesammelt werden, für deren Verwendung keine gesetzliche Basis gegeben und die jedenfalls als rechtswidrig zu qualifizieren sei. Dazu ergeht sich die Beschwerde in Bestimmungen des Datenschutzgesetzes und ihrer Auslegung.

Des Weiteren verweist die Beschwerde auf das Spannungsverhältnis von Drogenscreenings mit der Rechtsprechung des VwGH zum gelegentlichen Konsum, der nicht ausreiche, um die gesundheitliche Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen in Zweifel zu ziehen. Haaranalysen lieferten keine Ergebnisse darüber, in welcher Intensität und in welchem Zeitraum ein Konsum stattgefunden habe. Dem VwGH sei nach ständiger Judikatur ein Abstinenzgebot fremd.
Die Nachweisbarkeit durch Harnuntersuchungen seien gerade bei Kokain äußerst zielführend und die belangte Behörde setze sich nicht mit der Frage auseinander, ob die aufgetragene Haaranalyse die einzige Möglichkeit sei, Suchtgiftkonsum gesichert verifizieren oder falsifizieren zu können oder ob nicht Blut- oder Harnanalysen ebenso möglich seien oder ob mit einer Haarlänge von 3 cm nicht ebenso das Auslangen gefunden werden könne, zumal dadurch eine Rückverfolgbarkeit für drei Monate, also einen repräsentativen Zeitraum, möglich sei.
Beantragt wird die Aufhebung des Bescheides.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde sowie Anforderung von weiteren Verfahrensunterlagen, insbesondere des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 12. Juni 2019, BHPEBSS-2019-306239/2-Bl, mit dem die Lenkberechtigung eingeschränkt worden war, samt den dazu geführt habenden beiden Haaranalyse-Gutachten vom 26. März 2019 und vom 27. Mai 2019 und der Facharzt-Stellungnahme von DDr. P S, Facharzt für Psychiatrie in x, vom 9. Juni 2019.

Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Der 1987 geborene Bf hat im Jahr 2006 eine unbefristete Lenkberechtigung für die Klassen AM und B erworben. Diese wurde ihm von 1. März 2019 bis 11. Juni 2019 wegen gesundheitlicher Nichteignung (Drogenkonsum) entzogen.

Zum Nachweis der Wiedererlangung der gesundheitlichen Eignung hat er zwei Gutachten des FTC-Instituts Wien über Haaranalysen auf Drogen vorgelegt. Aufgrund seiner fehlenden Kopfhaare wurde Barthaar zur Analyse herangezogen. Dabei wurde berücksichtigt, dass die mittlere Haarwachstumsgeschwindigkeit bei 1 cm pro Monat liegt, es bei Barthaar allerdings zu individuell deutlichen Abweichungen von dieser Wachstumsrate kommen kann, sodass zB intensiver Substanzkonsum in den letzten Monaten vor dem bei 1 cm Wachstum errechneten Zeitraum noch zu erfassbaren Substanzkonzentrationen führen kann.

Laut Gutachten vom 26. März 2019 – Haarabnahme am 7. März 2019 von 5,5 cm Barthaar – wurde festgestellt, dass die Haarprobe auf Cocain mit dem Wert von 1,2 ng/mg (Cut-off 0,10 ng/mg) und auf Benzoylecgonin mit 0,13 ng/mg (Cut-off

0,05 ng/mg) positiv war; die festgestellten Werte für Norcocain und Cocaethylen lagen im Cut-off-Bereich bis 0,1 ng/mg.
Laut Gutachten umfasste der überprüfte Zeitraum etwa 5,5 Monate, dh einen Zeitraum vom 7. März 2019 zurück bis ca Mitte/Ende September 2018.
Benzoylecgonin, Norcocain und Cocaethylen sind Stoffwechselprodukte von Cocain, dh der Wert zeigt, dass der Bf in diesem Zeitraum Cocain konsumiert hat, wobei Cocaethylen nur bei zeitlich naher Aufnahme von Cocain zusammen mit Alkohol entsteht. Laut Gutachten sprach die Konzentrationen der Stoffwechselprodukte für einen gelegentlichen, mitunter einmaligen Konsum von Cocain mit zeitlich naher Aufnahme von Alkohol.

Laut Gutachten vom 27. Mai 2019 – Haarabnahme am 8. Mai 2019 von 6 cm Barthaar – wurde festgestellt, dass die Haarprobe auf Cocain mit dem Wert von 0,23 ng/mg (Cut-off 0,10 ng/mg) positiv war und auf Benzoylecgonin mit 0,05 ng/mg im Cut-off-Bereich lag. Norcocain und Cocaethylen waren nicht nachweisbar, jedoch lag der Wert für THC im Cut-off-Bereich von 0,02 ng/mg.
Laut Gutachten ergibt sich daraus für einen Zeitraum von sechs Monaten, dh vom 8. Mai 2019 zurück bis Anfang November 2018, zum einen wiederholter Kontakt mit bzw Konsum von THC-hältigen Produkten wie Haschisch oder Marihuana, zum anderen gelegentlicher, mitunter einmaliger Konsum von Cocain, wobei zwar Benzoylecgonin ein Stoffwechselprodukt von Cocain ist, aber auch durch Zersetzung von Cocain bei Kontakt mit Wasser entstehen kann, sodass wegen der Nichtnachweisbarkeit von Norcocain und Cocaethylen auch eine bloße Kontamination des Haares mit Cocain nicht sicher ausgeschlossen werden kann.

Zusammenfassend kann aus der Sicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich mit der erforderlichen Sicherheit nur gesagt werden, dass der Bf in den letzten ca 5,5 Monaten vor dem 7. März 2019 gelegentlich Cocain (zusammen mit Alkohol) konsumiert hat. In den letzten ca 6 Monaten vor dem 8. Mai 2019 kann er möglicherweise auch nur mit Cocain im selben Raum gewesen sein, das sich dann in seinen Haaren abgelagert hat; ein Konsum von Cocain ist ebenso wie ein Konsum von THC zwar nicht ganz auszuschließen, wäre aber nur in geringer Intensität gegeben gewesen, dh zweifellos als gelegentlich einzustufen.

Laut FA-Stellungnahme Dris. S besteht beim Bf die Diagnose „schädlicher Gebrauch von Cocain“ auf der Grundlage der beiden Haaranalysen und der Angaben des Bf ihm gegenüber bei der Untersuchung. Die Aussage des Bf, er werde nie mehr in seinem Leben Cocain oder andere illegale Drogen konsumieren, wurde von ihm aufgrund der beim Bf festgestellten psychischen Stabilität als glaubhaft qualifiziert. Empfohlen wurde die Erteilung einer auf 12 Monate befristeten Lenkberechtigung mit Haaranalysen zur Abstinenzkontrolle; bei unauffälligen Befunden erübrige sich eine erneute psychiatrische Befundaufnahme bei Fristablauf.

Auf dieser Grundlage und des die eingeschränkte gesundheitliche Eignung des Bf bestätigenden amtsärztlichen Gutachtens gemäß § 8 FSG vom 12. Juni 2019 erging der Bescheid vom 12. Juni 2019, mit dem dem Bf eine eingeschränkte Lenkberechtigung durch Befristung auf 12 Monate, dh bis 12. Juni 2020, erteilt wurde unter der Auflage, in Abständen von 6 Monaten Haaranalysen auf Drogen nach Verständigung durch den Sanitätsdienst vorzulegen. Begründend wird ua ausgeführt:
„Führerscheinuntersuchung nach Führerscheinentzug 2/19, da Aufforderung zur amtsärztlichen Untersuchung wegen eines Polizeiberichtes von 9/18 nicht Folge geleistet wird, in der Vorgeschichte Konsum von Kokain.
Anamnestisch gibt er an, dass er ca seit 2-3 Jahren 1x/Monat Kokain konsumiert habe, zuletzt im November 2018. THC habe er nie konsumiert. ...“

Die erste auflagenrelevante Verständigung des Bf durch den Sanitätsdienst der belangten Behörde erfolgte im Dezember 2019 zu einem Termin für die Haarproben-Abnahme am 10. Dezember 2019. Der Bf kam auch am 10. Dezember 2019, seine Barthaare wiesen aber nur eine Länge von 3 cm auf und er erklärte, er habe nicht gewusst, dass er für die Haaranalyse 6 cm brauche.
Die Amtsärztin der belangten Behörde ging von „eingeschränkter Mitarbeit“ aus, erklärte den Bf für gesundheitlich nicht geeignet zum Lenken von Kraftfahrzeugen der Gruppe 1 und verständigte die Verkehrsabteilung der belangten Behörde, die dem Bf mit Mandatsbescheid vom 19.Dezember 2019 die Lenkberechtigung für die Klassen AM und B für die Dauer der gesundheitlichen Nichteignung ab Bescheidzustellung, dh laut Rückschein ab 31. Dezember 2019, entzog.

Nach der Vorstellung des Bf vom 3. Jänner 2020 wurde die Amtsärztin der belangten Behörde zur Abgabe eines ergänzenden Gutachtens ersucht, die aber am 29. Jänner 2020 nur mitteilte, ihre Entscheidung bleibe bestehen.
Laut Bericht der PI P vom 4. Februar 2020 kam der Bf mit seinem Rechtsvertreter am 30. Jänner 2020 wegen einer Einvernahme im Zuge strafrechtlicher Ermittlungen zur PI, wo der von ihm vorgewiesene Führerschein eingezogen wurde.
Nach Wahrung des Parteiengehörs erging der nunmehr angefochtene Bescheid, in dem die Begründung der Amtsärztin für das amtsärztliche Gutachten vom 12. Juni 2019 wiedergegeben wird.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

Gemäß § 3 Abs 1 Z 3 FSG bildet die gesundheitliche Eignung eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung der Lenkberechtigung.

Gemäß § 24 Abs 1 FSG ist Besitzern einer Lenkberechtigung, bei denen die Voraussetzungen für die Erteilung der Lenkberechtigung (§ 3 Abs 1 Z 2 bis 4) nicht

mehr gegeben sind, von der Behörde entsprechend den Erfordernissen der Verkehrssicherheit
1. die Lenkberechtigung zu entziehen oder
2. die Gültigkeit der Lenkberechtigung durch Auflagen, Befristungen oder zeitliche, örtliche oder sachliche Beschränkungen einzuschränken. Diesfalls ist gemäß § 13 Abs 5 ein neuer Führerschein auszustellen. ...

Gemäß § 8 Abs 1 FSG hat der Antragsteller vor der Erteilung einer Lenkberechtigung der Behörde ein ärztliches Gutachten vorzulegen, dass er zum Lenken von Kraftfahrzeugen gesundheitlich geeignet ist. Das ärztliche Gutachten hat auszusprechen, für welche Gruppe(n) von Lenkberechtigungen der Antragsteller gesundheitlich geeignet ist, darf im Zeitpunkt der Entscheidung nicht älter als 18 Monate sein und ist von einem in die Ärzteliste eingetragenen sachverständigen Arzt gemäß § 34 zu erstellen.

Sind zur Erstattung des ärztlichen Gutachtens besondere Befunde oder im Hinblick auf ein verkehrspsychologisch auffälliges Verhalten eine Stellungnahme einer verkehrspsychologischen Untersuchungsstelle erforderlich, so ist gemäß § 8 Abs 2 FSG das ärztliche Gutachten von einem Amtsarzt zu erstellen; der Antragsteller hat diese Befunde oder Stellungnahmen zu erbringen.

Gemäß § 8 Abs 3 FSG hat das ärztliche Gutachten abschließend „geeignet", „bedingt geeignet", „beschränkt geeignet" oder „nicht geeignet" auszusprechen. Ist der Begutachtete nach dem ärztlichen Befund gemäß § 8 Abs 3 Z 2 FSG zum Lenken von Kraftfahrzeugen einer oder mehrerer Klassen nur unter der Voraussetzung geeignet, dass er ... sich ärztlichen Kontrolluntersuchungen unterzieht, so hat das Gutachten „bedingt geeignet" für die entsprechenden Klassen zu lauten und Befristungen, Auflagen oder zeitliche, örtliche oder sachliche Beschränkungen der Gültigkeit anzuführen, unter denen eine Lenkberechtigung ohne Gefährdung der Verkehrssicherheit erteilt werden kann; dies gilt auch für Personen, deren Eignung nur für eine bestimmte Zeit angenommen werden kann und bei denen amtsärztliche Nachuntersuchungen erforderlich sind.

Gemäß § 8 Abs 3a FSG ist die Dauer der Befristung vom Zeitpunkt der Ausfertigung des amtsärztlichen Gutachtens zu berechnen.

Gemäß § 2 Abs 1 FSG-GV hat das ärztliche Gutachten gegebenenfalls auszusprechen:
1. ob und nach welchem Zeitraum eine amtsärztliche Nachuntersuchung erforderlich ist,
2. ob und in welchen Zeitabständen ärztliche Kontrolluntersuchungen erforderlich sind, [...]
Werden in den Fällen der §§ 5 bis 16 ärztliche Kontrolluntersuchungen als Auflage vorgeschrieben, so dürfen diese niemals alleine, sondern immer nur in Verbindung

mit einer Befristung der Lenkberechtigung und einer amtsärztlichen Nachuntersuchung bei Ablauf dieser Befristung verfügt werden.

Im Falle, dass das ärztliche Gutachten eine amtsärztliche Nachuntersuchung oder ärztliche Kontrolluntersuchungen ... vorschreibt, ist gemäß § 2 Abs 3 FSG-GV die Lenkberechtigung nur bis zu dem Zeitpunkt der nächsten amtsärztlichen Nachuntersuchung befristet, erforderlichenfalls unter der Auflage ärztlicher Kontrolluntersuchungen, ... zu erteilen. Die Befristung oder Auflage ist gemäß § 13 Abs 2 FSG in den Führerschein einzutragen. Werden ärztliche Kontrolluntersuchungen als Auflage vorgeschrieben, so ist der Befund oder das Gutachten in den vorgeschriebenen Zeitabständen gemeinsam mit dem Führerschein der Behörde vorzulegen.

Gemäß § 14 Abs 5 FSG-GV ist Personen, die alkohol-, suchtmittel- oder arzneimittelabhängig waren oder damit gehäuften Missbrauch begangen haben, nach einer befürwortenden fachärztlichen Stellungnahme und unter der Auflage ärztlicher Kontrolluntersuchungen eine Lenkberechtigung der Gruppe 1 zu erteilen oder wiederzuerteilen.

Nach Erlassung des Bescheides der belangten Behörde vom 12. Juni 2019, mit dem Kontrolluntersuchungen in Form von „Haaranalysen auf Drogen in sechs Monaten nach Verständigung durch den Sanitätsdienst“ als Auflage vorgesehen wurden, ist der Bf gemäß der Vorladung des Sanitätsdienstes bei der belangten Behörde erschienen.
Zwar enthält der Bescheid vom 12. Juni 2019 auch in der Begründung keine Hinweise zu einer Haarlänge bei einer beabsichtigten Haaranalyse auf Drogen, jedoch ist davon auszugehen, dass dem Bf bei den bisherigen Haarprobennahmen, bei denen er Haarlängen von 5,5 cm bzw 6 cm aufwies, Informationen dazu gegeben wurden, bei denen er nach sachlichen Kriterien davon ausgehen musste, dass diese bei einer weiteren Haaranalyse auf Drogen nach wie vor gültig sind. Bei Unklarheiten hätte auch die Möglichkeit bestanden, bei der belangten Behörde entsprechend nachzufragen oder auf der Homepage des FTC-Instituts (www.ftc-wien.at) nachzusehen, auf der die „organisatorischen“ Erfordernisse für die Gültigkeit einer Haaranalyse auf Drogen dezidiert und leicht verständlich erklärt werden.

Die Formal-Entziehung der Lenkberechtigung auf der Grundlage des § 24 Abs 1 Z 1 iVm § 3 Abs 1 Z 3 FSG ist nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich als letzte Konsequenz nur dann gerechtfertigt, wenn tatsächlich feststeht, dass keine Möglichkeit einer Kontrolluntersuchung besteht und damit Bedenken an der weiteren gesundheitlichen Eignung des Bf nicht ausgeräumt werden können. Da der in Rechtskraft erwachsene Bescheid keine explizite Vorschreibung einer Barthaarlänge von 6 cm enthielt, hat der Bf mit den bei seinem vereinbarungsgemäßen Erscheinen zur Haarprobennahme vorhandenen 3

cm Barthaarlänge zumindest die Möglichkeit einer Haaranalyse auf Drogen eröffnet, die für etwa die letzten drei Monate vorher aussagekräftig ist. Eine durchgehende „Überwachung“ des Befristungszeitraumes durch die Anordnung sechsmonatlicher Drogenhaaranalysen im Sinne einer „Abstinenzkontrolle“ ist nicht Zweck einer Kontrolluntersuchung, weil nach der Rechtsprechung des VwGH die Auferlegung einer völligen Abstinenz nicht zulässig ist (vgl VwGH 26.4.2018, Ra 2018/11/0031, in Bezug auf Alkohol und Erk 24.5.2011, 2011/11/0026, in Bezug auf Suchtmittel, in dem er die Auffassung vertritt, wie sich aus § 14 FSG-GV ergebe, berühre ein geringfügiger Suchtmittelgenuss die gesundheitliche Eignung (noch) nicht. Erst dann, wenn der Konsum zu einer Abhängigkeit zu führen geeignet sei oder wenn die Gefahr bestehe, dass die betreffende Person nicht in der Lage sein könnte, den Konsum so weit einzuschränken, dass ihre Fähigkeit zum Lenken von Kraftfahrzeugen nicht (mehr) beeinträchtigt sei, läge ein Grund vor, unter dem Aspekt eines festgestellten - wenn auch verbotenen - Suchtmittelkonsums die gesundheitliche Eignung begründeterweise in Zweifel zu ziehen (vgl E 25.5.2004, 2003/11/0310).

Laut VwGH 8.9.2016, Ra 2014/11/0087, darf dem Betroffenen, auch wenn Bedenken an der gesundheitlichen Eignung bestehen, die Lenkberechtigung erst entzogen (und damit ein Lenken von Kraftfahrzeugen durch ihn verhindert) werden, wenn sich die Bedenken im Zuge des Verfahrens erhärten (wenn also die gesundheitliche Nichteignung festgestellt wird) bzw. wenn der Betroffene die Erhärtung bzw. Zerstreuung der Bedenken selbst dadurch unmöglich macht, dass er einer entsprechenden rechtskräftigen Aufforderung nicht nachkommt (Formalentziehung).

Der Bf hat mit den in 3 cm Länge vorhandenen Barthaaren die Haaranalyse auf Drogen nicht unmöglich gemacht, sondern war nur eine Begutachtung für den Zeitraum von etwa drei Monaten, vom Abnahmezeitpunkt 10. Dezember 2019 zurückgerechnet bis ca Mitte September 2019. Das daraus resultierende Haaranalyse-Gutachten wäre von der Amtsärztin im Rahmen der Kontrolluntersuchung auf das weitere Vorliegen der gesundheitlichen Eignung des Bf innerhalb des Befristungszeitraumes zu prüfen gewesen.

Die Entscheidung, dem Bf „wegen eingeschränkter Mitarbeit“ keine Haare für die vorgeschriebene Analyse abzunehmen, dh nicht die rechtskräftig angeordnete Kontrolluntersuchung durchzuführen (mit der Konsequenz einer darauffolgenden Formalentziehung der Lenkberechtigung), war nicht gerechtfertigt.

Damit war spruchgemäß zu entscheiden.

Zum Beschwerdevorbringen ist weiters zu bemerken, dass der Bescheid der belangten Behörde vom 12. Juni 2019, BHPEBSS-2019-306239/2-Bl, mit dem dem Bf eine Lenkberechtigung unter Auflagen befristet erteilt wurde, in Rechtskraft

erwachsen ist, dh der Bf ihn gegen sich gelten lassen muss, was den Rückschluss zulässt, dass er sich nach Durchführung zweier Haaranalysen im März und Mai 2019 der weiteren Konsequenzen im Hinblick auf seine Haartracht vorher bewusst war. Im Übrigen wäre auch die Auflage dreimonatlicher Haaranalysen bei kürzeren Barthaaren möglich gewesen.

Auf die genetischen Gegebenheiten des Bf wurde sehr wohl Rücksicht genommen, indem ihm wegen des offenbar fehlenden Kopfhaars die Haaranalyse der Barthaare ermöglicht wurde. Im Übrigen hat er der Behörde seine gesundheitliche Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen nachzuweisen, was im Hinblick auf seinen (früheren) Suchtmittelkonsum naturgemäß aufwändiger und kostenintensiver ist.

Zum Einwand von ausreichend aussagekräftigen Harnproben anstelle der Haaranalyse ist darauf zu verweisen, dass der VwGH im Erkenntnis vom 19.12.2017, Ra 2017/11/0287, ausgesprochen hat, dass „das vom VwG monierte Fehlen einer ‚gesicherten höchstgerichtlichen Judikatur zur Frage der alternativlosen Anordnung einer Haaranalyse zum Abstinenznachweis' schon deshalb keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung begründet, weil es sich dabei um eine Frage der Beweiswürdigung handelt, somit um eine solche, der regelmäßig als nicht über den Einzelfall hinausreichend keine grundsätzliche Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG zukommt“ (Hinweis Beschlüsse vom 16.6.2014, Ro 2014/11/0069, und vom 25.11.2015, Ra 2015/11/0095).

Dass der Haaranalyse der Vorzug vor Harnuntersuchungen zu geben ist, liegt darin, dass Harnproben nur für einen sehr eingeschränkten Zeitraum aussagekräftig sind, bei Haaren hingegen, wie der Bf richtig erkannt hat, zum einen für einen längeren Zeitraum Nachweise eines ev Drogenkonsums möglich sind – Drogen sind in Haaren ca 6 Monate lang nachweisbar, Alkohol nur 3 Monate, daher die angeführten Haarlängen – und zum anderen keine falsch positiven Ergebnisse erzielt werden können.

Zu betonen ist aber, dass es nicht im Interesse der Behörde liegt, andere Daten des Bf als die im Zusammenhang mit einem ev aktuellen Suchtmittelkonsum, der seiner gesundheitlichen Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen entgegenstehen könnte, in Erfahrung zu bringen. Schon gar nicht ist die Behörde an Daten bezüglich seiner sonstigen Lebensführung, Ernährung oä oder gar deren Speicherung interessiert.

Eine Haaranalyse beschränkt sich auf die in Auftrag gegebene Analyse von Haaren auf Alkohol oder Drogen (auch eingeschränkt auf bestimmte Drogen). „Nebenergebnisse“, wie sie der Bf in der Beschwerde anführt, sind daher ausgeschlossen, abgesehen davon, dass sich auch die Kosten für die jeweilige Haaranalyse nach dem konkreten Auftrag richten und vom Bf im Rahmen seines

Nachweises seiner gesundheitlichen Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen zu tragen sind.
Ob ein Personen zu einer Haaranalyse verpflichtendes Gesetz verfassungswidrig wäre bzw dem Datenschutzgesetz widerspräche, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Zu II.:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bissenberger