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-652176/10/MS

Datum:
Linz, 25. Oktober 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des F Sch, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. M St, Dr. R H, Mag. P St, W, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 6. Juli 2021, GZ: BHWLVerk-2021-223736/6-ZM, betreffend die Vorschreibung der Vorlage von Befunden nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen als Punkt 1 - Haaranalyse auf Drogen, Probennahme beim Sanitätsdienst oder beim FTC in Wien durch die Wortfolge „(Haarlänge 6 cm)“ ergänzt wird und die Frist für die Vorlage der im bekämpften Bescheid angeführten Befunde mit „innerhalb 4 Monaten ab Zustellung dieses Erkenntnisses“ festgesetzt wird.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 6. Juli 2021, GZ: BHWLVerk-2021-223736/6-ZM, wurde Herr F Sch (im Folgenden: Beschwerdeführer) auf der Grundlage des § 24 Abs. 4 FSG aufgefordert, der belangten Behörde innerhalb von 6 Wochen ab Zustellung des Bescheides, die zur Erstattung des amtsärztlichen Gutachtens erforderlichen Befunde, nämlich eine Haaranalyse auf Drogen, Probennahme beim Sanitätsdienst oder beim FTC in Wien und eine psychiatrische Stellungnahme, vorzulegen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die am 3. August 2021 rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der beantragt wurde, den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass die im Spruch angeordnete Haaranalyse auf Drogen, Probennahme beim Sanitätsdienst oder beim FTC in Wien sowie die psychiatrische Stellungnahme für unzulässig erklärt und aufgehoben wird; in eventu den angefochtenen Bescheid vom 6. Juli 2021 wegen formeller und inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides bzw. neuer Bescheide nach Ergänzung des Verfahrens an die Behörde zurückzuverweisen; eine mündliche Verhandlung durchzuführen und der Beschwerde jedenfalls die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Begründend wurde Folgendes ausgeführt:
„Ich wurde mit Bescheid vom 04.05.2021 gemäß § 24 Abs. 4 FSG aufgefordert, mich - binnen zwei Monaten ab Zustellung des Bescheides - zur Feststellung meiner gesundheitlichen Eignung zum Lenken eines Kraftfahrzeuges amtsärztlich untersuchen zu lassen; in diesem Bescheid ist in keinster Weise angeführt, wie und in welcher Form ich untersucht werden soll, sondern wurde mir nur aufgetragen, mich einer amtsärztlichen Untersuchung in der vorgegebenen Frist grundsätzlich zu unterziehen. In der Begründung des Bescheides erging lediglich der Hinweis, dass bei Nichterfüllung der Aufforderung die Lenkerberechtigung bis zur Befolgung der Anordnung entzogen werden muss.
Ich habe meiner Verpflichtung, binnen der gesetzten zweimonatigen Frist ab Zustellung des Aufforderungsschreibens, mich einer amtsärztlichen Untersuchung zur Feststellung meiner gesundheitlichen Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen zu unterziehen, Folge geleistet. Dieser Verpflichtung bin ich nachgekommen und war auch bereit alle erforderlichen Befunde beizubringen. Der Amtsarzt verlangte - ohne weitere bzw. irgendeine Aufklärung - eine Haaranalyse, obwohl eine solche gesetzlich nicht vorgesehen ist und es sich hierbei auch nicht um einen ‚erforderlichen Befund' im Sinne des § 24 Abs. 4 FSG handelt. Wenn ein Gesetz, eine Verordnung oder wie hier ein rechtskräftiger Bescheid gegen verfassungsrechtlich geschützte subjektive Rechte verstößt, so ist das jeweilige Gesetz, die jeweilige Verordnung oder hier der Bescheid verfassungskonform auszulegen.
Im rechtskräftigen Bescheid ist die Haaranalyse nicht (zwingend) vorgesehen, sodass dieser - gemeint ist der Bescheid vom 04.05.2021 - nicht ausreichend konkret ist, um mir eine Haaranalyse vorzuschreiben bzw. aufzutragen, trotzdem hat die Behörde im

angefochtenen Bescheid vom 06.07.2021, gestützt auf den rechtskräftigen Spruch des Bescheides vom 04.05.2021, eine Haaranalyse aufgetragen, obwohl von einer Haaranalyse im rechtskräftigen Bescheid vom 04.05.2021 keine Rede ist, sodass der Bescheid vom 04.05.2021 mangels Vorschreibung einer Haaranalyse logischerweise auch keine darauf gestützte ausreichende Rechtsgrundlage für einen Bescheid mit auferlegter Haaranalyse sein kann. Vielmehr entpuppt sich der hier angefochtene Bescheid vom 06.07.2021 als Sanierungsversuch des aus Sicht der belangten Behörde missglückten Bescheides vom 04.05.2021, um dem Determinierungsgebot zu entsprechen.
Tatsache ist aber, dass der Bescheid vom 04.05.2021 derart mangelhaft verfasst und begründet ist, dass die belangte Behörde mir keine (einzige) der im angefochtenen Aufforderungsbescheid vom 06.07.2021 enthaltene konkrete Vorschreibung (Haaranalyse und psychiatrische Stellungnahme) mit dem Hinweis auf die Rechtskraft des Bescheides vom 04.05.2021 auferlegen kann.
Mangels ausreichender Determinierung im Bescheid vom 04.05.2021, welche Befunde konkret erforderlich sind bzw. verlangt werden, entpuppt sich der rechtskräftige Bescheid vom 04.05.2021 und in Folge dessen auch der hier angefochtene und bekämpfte Bescheid vom 06.07.2021 als ‚inhaltsleere Hülle'.
Sowohl der Bescheid vom 04.05.2021, als auch der hier angefochtene Aufforderungsbescheid vom 06.07.2021 sind in diesem wesentlichen Punkt - Aufforderung zur Haaranalyse - erkennbar bewusst völlig unbestimmt.
Die belangte Behörde gibt hier ihre Entscheidungskompetenz gänzlich aus der Hand und überlässt es praktisch dem Amtsarzt willkürlich zu bestimmen, welche Haarlänge untersucht wird. Dieserart wird es dem Amtsarzt - entgegen der Bestimmungen in § 2 FSG-GV ermöglicht - in gesetzwidriger Weise ein umfassendes ‚Screening in die Vergangenheit' vorzunehmen.
Damit verstößt die belangte Behörde - abgesehen davon, dass Haaranalysen gegen meinen Willen mangels gesetzlicher Regelungen derzeit illegal sind - eindeutig gegen das Legalitätsprinzip und das Determinierungsgebot.
Selbst wenn Haaranalysen durch ein Verfassungsgesetz verpflichtend wären, was aus guten Gründen nie der Fall sein wird, hat die zu untersuchende Haarlänge jedenfalls die Behörde und nicht der untersuchende Amtsarzt festzulegen.
Allein deshalb ist auch die Anordnung, die Haare mindestens 6 cm lang wachsen lassen zu müssen und nicht färben zu dürfen, ein aus rechtlicher Sicht nicht erforderliche Eingriff in die private Lebensführung, da die Abstinenz durch weniger beeinträchtigende Befunde, insbesondere THC-Harnbefunde, ebenso aussagekräftig und sicher nachgewiesen werden kann.
Der Amtsarzt war sohin verpflichtet mich auf alternative und gleich aussagekräftige Untersuchungsmethoden hinzuweisen, was er nicht getan hat, dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass er als Hilfsorgan der Behörde (Gutachter für ein GA gemäß § 8 FSG) aufgetreten ist und konnte sich dieser hierbei auch nicht erfolgreich auf den Spruch des Bescheides vom 04.05.2021 stützten.
Es stellt eine Verletzung des Determinierungsgrundsatzes bzw. Bestimmtheitsgrundsatzes und Verletzung des Legalitätsprinzips dar, wenn die Behörde im Bescheid dem Amtsarzt völlig freie Hand lässt, in welcher Länge ich mein Haar - gemessen von der Kopfhaut - abzugeben verpflichtet sein soll.
Eine diesbezügliche Determinierung ist allerdings wesentlich, zumal es bei der Überwachung der Drogenabstinenz im Zusammenhang mit der gesundheitlichen Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen nur auf das gegenwärtige und künftige Verhalten

ankommt. Es gibt keine gesetzlichen Grundlagen bzw. würde es eine Überspannung meiner Mitwirkungspflicht bedeuten, wenn ich mittels Haarproben auch meine vergangene Drogenabstinenz unter Beweis stellen müsste. In diesem Fall würde an Stelle der vom Materiengesetzgeber gewollten und bezweckten Überwachung des künftigen Wohlverhaltens zusätzlich eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Kontrolle und Überprüfung eines vergangenen Konsumverhaltens hinzukommen.
Weil im Spruch des angefochtenen Bescheides vom 06.07.2021 nur lapidar ‚Haaranalyse' erwähnt und aufgetragen ist, hat es die belangte Behörde erneut in rechtswidriger Weise dem Amtsarzt überlassen, welche Zeiträume zur Überwachung und offensichtlich auch zur nachträglichen Kontrolle vergangenen Verhaltens er für seine Befunde für notwendig erachtet.
Selbst wenn Haaranalysen aufgrund verfassungsgesetzlich einwandfreier Rechtsgrundlagen zulässig wären, was bis dato nicht der Fall ist, so müsste die Führerscheinbehörde im Spruch eines Aufforderungsbescheides ausdrücklich und konkret vorschreiben und sicherstellen, dass mittels Haaranalyse(n) nur künftiges Abstinenzverhalten überprüft werden darf.
Weil die belangte Behörde auch in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen - mir im Bescheid vom 06.07.2021 lapidar ‚Haaranalyse' aufgetragen hat, hat die belangte Behörde erneut gegen das Legalitätsprinzip sowie gegen das Determinierungsgebot bzw. Konkretisierungsgebot verstoßen. Bei verfassungskonformer Auslegung des § 2 Abs. 3 FSG-GV und § 8 FSG ist eine Zustimmung des Probanden bzw. des Lenkberechtigten zur Haaranalytik - anders als bei der Harnuntersuchung - zwingend erforderlich. Die Behörde kann die verfassungskonforme Auslegung dieser Bestimmung nicht dadurch aushebeln bzw. umgehen, indem diese im Bescheid (Aufforderungsbescheid) den Amtsarzt zur Anordnung einer Haaranalyse ermächtigt und es seiner Willkür überlässt, ob neben der Überwachung des gegenwärtigen und künftigen Abstinenzverhaltes auch überprüft werden soll, ob der Proband in der Vergangenheit Drogenabstinent war und gegebenenfalls welche Drogen in der Vergangenheit und welcher Intensität eingenommen wurden.
Die verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 3 FSG-GV sowie des § 8 FSG führt zwingend zum Schluss, dass Haaranalysen unangemessen und sachlich nicht gerechtfertigt in die Freiheitsrechte des jeweils betroffenen Führerscheinbesitzers eingreifen. Außerdem ist die genannte Bestimmung eindeutig so auszulegen, dass der Amtsarzt der Behörde in einem schlüssigen Gutachten Auflagen vorschlagen kann. Die Behörde hat dann, gestützt auf das schlüssige Gutachten des Amtsarztes, allenfalls eine Befristung der Lenkerberechtigung auszusprechen und kann als Auflage Kontrolluntersuchungen vorschreiben. Damit wird auch der klar erkennbaren Intention des einfachen Gesetzgebers entsprochen, dass nur der ‚Status quo' der gesundheitlichen Situation des Besitzers einer Lenkerberechtigung festgestellt werden darf bzw. der künftige Krankheitsverlauf kontrolliert werden soll.
Durch den rechtskräftigen Bescheid vom 04.05.2021 bin ich nur grundsätzlich verpflichtet, mich einer ärztlichen Kontrolluntersuchung zu stellen, wohingegen mir auf dieser Grundlage die belangte Behörde weder mit Aufforderungsbescheid, noch mit Entzugsbescheid Haaranalysen, Harnanalysen oder sonstige konkret vorgeschriebene ‚erforderliche Befunde' im Sinne des § 24 FSG auftragen dürfte bzw. durfte.
Im hier angefochtenen Aufforderungsbescheides vom 06.07.2021 wird mir ‚de facto' eine Haaranalyse rechtswidrig aufoktroyiert. Die zu wählende Untersuchungsmethode ist jedoch nicht der Inhalt des Bescheides vom 04.05.2021 und kann in Folge dessen auch nicht Inhalt eines darauf gestützten Aufforderungsbescheides - bekämpfter Bescheid vom 06.07.2021

– sein. Vielmehr hätte die konkrete Untersuchungsmethode bereits im Bescheid vom 04.05.2021 auferlegt werden müssen und kann dies nicht nachträglich in einem Aufforderungsbescheid nachgeholt werden.
Wäre mir bereits im Spruch des Bescheides vom 04.05.2021 die Haaranalyse aufgetragen worden, so hätte ich dagegen jedenfalls Vorstellung erhoben.
Aus verfassungsrechtlicher Sicht gibt es jedenfalls gute Gründe, warum Haaranalysen bisher in Österreich unzulässig und illegal sind:
Aus verfassungsrechtlicher Sicht würde ein Drogenscreening mittels Haaranalytik in Fällen von Drogenmissbrauch gegen den allgemeinen Gleichheits(grund)satz verstoßen, da Drogenkonsumenten einer im Vergleich zu Alkoholkonsumenten deutlich strengen verkehrsbehördlichen Überwachung unterlägen und hinreichende sachlichen Gründe für diese Ungleichbehandlung nicht bestehen.
Ein weiterer verfassungsrechtlich problematischer Punkt ist darin zu sehen, dass mittels einer Haaranalyse zahlreiche weitere sensible Daten, die in keinem Zusammenhang mit dem Drogenkonsum stehen, etwa Essverhalten, aber auch Gesundheitsdaten u.v.m. gesammelt werden, für deren Verwendung keine gesetzliche Basis gegeben ist und jedenfalls als rechtswidrig zu qualifizieren ist.
Nach § 1 DSG (Verfassungsbestimmung) ist das Grundrecht auf Datenschutz für jedermann gegeben, soweit ein schutzwidriges Interesse daran besteht. Selbiges wird nur bei Vorliegen von im Gesetz genannten Gründen ausgeschlossen. Bei der Beurteilung jener Taten, die mittels Haaranalyse gesammelt werden, sind selbige als sensible Daten im Sinne des i.s.d. § 4 Z 2 DSG - nämlich Daten über die Gesundheit - anzusehen.
Bei richtiger Auslegung des § 14 Abs. 3 FSG-GV ist sohin die Anordnung von regelmäßigen Haar-Kontrolluntersuchungen aus Gründen des Datenschutzes verfassungsrechtlich - ohne ausdrückliche Zustimmungserklärung des Betroffenen - unzulässig.“

Mit Schreiben vom 5. August 2021 legte die belangte Behörde die gegenständliche Beschwerde unter gleichzeitiger Übermittlung des behördlichen Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragte die Beschwerde abzuweisen. Mit selben Schreiben wurde bekannt gegeben, dass von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung kein Gebrauch gemacht wird.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:
Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 20. Oktober 2021, an der der Beschwerdeführer selbst, sein Rechtsvertreter und eine Vertreterin der belangten Behörde teilnahmen.

Weiters wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Stellungnahme der Amtsärztin der belangten Behörde zur Frage, weshalb aus medizinischer Sicht die Beibringung der mit dem bekämpften Bescheid angeführten Befunde erforderlich ist, angefordert.

Die Amtsärztin der belangten Behörde führte in der Stellungnahme vom 6. September 2021 Folgendes aus:

„Stellungnahme:

Bei der amtsärztlichen Untersuchung am 6. Juli 2021 gab Herr Sch an, mit 17 Jahren seine ersten Erfahrungen mit Cannabis gemacht zu haben. Bis 2010 gibt er einen regelmäßigen Konsum von Cannabis mit einer Frequenz von ca. 1x / Woche. Zwischen 2010 und 2018 habe er keine Drogen konsumiert. Nach seiner Scheidung im Jahr 2018 sei er wieder häufiger ausgegangen. Dabei sei es auch wieder zu einem Cannabiskonsum gekommen. Herr Sch gab bei der Exploration einen Probierkonsum von Extasy an. Er habe 2-3 x Extasy konsumiert.

Diese Aussage steht im Widerspruch zu der Bestellung von 203 Extasytabletten, die vom Zoll im Mai 2020 sichergestellt wurden. Für einen Probierkonsum ist keine so große Menge erforderlich. Es gibt zwei Gründe dafür eine größere Menge von Drogen zu bestellen:

1. für die Weitergabe oder den Verkauf, dies ist sicher schon rechtlich abgeklärt worden
2. für den Eigenkonsum

Wenn jemand so große Mengen konsumiert, besteht medizinisch der Verdacht auf das Vorliegen einer Abhängigkeit oder eines Missbrauchs. Eine Person, die nur einen Probierkonsum betreibt, ist nicht bereit, so viel Geld für Drogen auszugeben.

Extasy ist der Sammelbegriff für verschiedene Methylendioxymethamine (MDMA) und gehört zur Gruppe der Stimulantien. Die Droge ruft sowohl eine amphetaminartige Aktivierung, als auch eine halluzinogene Wirkung hervor. Gegenüber MDMA entwickelt sich rasch eine Toleranz und eine ausgeprägte psychische jedoch keine körperliche Abhängigkeit. Die Hauptgefahr des Missbrauchs liegt bei potentiellen psychiatrischen Komplikationen wie Panik - und Derealisationsstörungen, Depressivität und drogeninduizierte Psychosen. Körperliche Symptome sind der Anstieg der Herzfrequenz und des Blutdrucks. Es werden auch zerebrale Krampfanfälle beschrieben. Da MDMA direkt in die zentrale Temperaturregulation eingreift, können Überhitzungen des Körpers, sowie der Flüssigkeitsverlust zu Hyperthermie (40°), Muskelzerfall und Bildung von Blutgerinnseln in den Gefäßen führen. Für den Verkehr sind vor allem die psychischen Symptome wie Unruhe, Nervosität, Kritiklosigkeit und Enthemmung von Bedeutung.

MDMA und seine Metabolite sind im Drogenharn nur wenige Tage (2-4 Tage) nachweisbar. Die Haaranalyse deckt hingegen einen mehrere Monate umfassenden Beobachtungs-zeitraum ab. Außerdem ist die Haaranalyse eine beweisende Untersuchungsmethode. Die Haaranalyse liefert somit über einen längeren Zeitraum einen beweisfesten Nachweis einer Substanz. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Haaranalysen auf Drogen und ETG neben den massenspektrometrischen Blutuntersuchung (gerichtsmedizinische Gutachten) zurzeit die einzigen ‚beweisenden' Analyseverfahren darstellen und dem Stand der Wissenschaft entsprechen.

Haaranalysen sind somit nicht nur rechtlich zulässig, sondern ausnahmslos zum Nachweis zu verlangen. Amtsärztliche Gutachten müssen auf Fakten basieren und nach dem

derzeitigen Stand des Wissens erstellt werden. Daher ist zur Erstellung des amtsärztlichen Gutachtens die Haaranalyse unerlässlich.
Entsprechend FSG GV § 14 (1) haben Personen, bei denen der Verdacht einer Alkohol-, Suchtmittel- oder Arzneimittelabhängigkeit besteht, eine fachärztliche psychiatrische Stellungnahme beizubringen.
Der Verdacht auf das Vorliegen einer Abhängigkeit von MDMA ergibt sich aus großen Diskrepanz zwischen dem angegebenen seltenen Probierkonsum von 2-3x und der großen Tablettenmenge (203 Extasy Tabletten), die vom Zoll entdeckt wurden.
Beschönigung, Bagatellisierung und Dissimulation mit Verheimlichungstendenzen zählen zu den krankheitstypischen Verhaltensweisen Abhängiger (Lehrbuch für Psychiatrie Von Hans-Jürgen Möller, Gerd Laux und Arno Deister)“

Diese Stellungnahme wurde den Parteien des Beschwerdeverfahrens gemeinsam mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gebracht.

Es liegt folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt vor:
Der Beschwerdeführer kam erstmals 2004 mit Drogen in Kontakt und konsumierte in der Folge einmal pro Woche Cannabis und ab 2007 einmal im Monat Amphetamine.
Von 2010 bis 2018 konsumierte er keine Drogen.
Ab 2018 konsumierte er wieder einmal in der Woche Cannabis und zwei- bis dreimal Ecstasy.
Cannabis konsumierte er zuletzt im Mai 2021, Ecstasy zuletzt im Juli 2020.
Der Beschwerdeführer bestellte von Frühjahr 2020 bis Oktober 2020 mehrmals Suchtmittel (Ecstasy-Tabletten, MDMA, Marihuana) im Darknet, wobei einige Lieferungen nicht beim Beschwerdeführer ankamen, da diese im Postverteilerzentrum sichergestellt worden waren.
Konkret bestellte der Beschwerdeführer im Frühjahr 2020 20 XTC-Tabletten mit einer Reinsubstanz von 31,87 % bzw. 29,70 % und 5 Gramm MDMA mit einer Reinsubstanz von 76,3 %; Anfang Mai 203 XTC-Tabletten - entsprechen 93,3 Gramm netto MDMA – mit einer Reinsubstanz von 37,7 % bzw. 36,4 % (Bestellung kam nicht an); Anfang August 2020 15 Gramm Marihuana sowie ebenfalls Anfang August 11 Gramm Marihuana (Bestellung kam nicht an).
Die Bestellungen erfolgen ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs.
Der Beschwerdeführer konsumierte von Frühjahr 2020 bis Oktober 2020 9,5 XTC-Tabletten, 0,1 Gramm MDMA und 5,14 Gramm Marihuana.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 4. Mai 2021 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, sich innerhalb von zwei Monaten, gerechnet ab der Zustellung des Bescheides, amtsärztlich untersuchen zu lassen. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer am 6. Juli 2021 nach und machte dort, nach seinem Drogenkonsum befragt, die oben angeführten Angaben.

Die Amtsärztin der belangten Behörde stellte auf der Grundlage der vom Beschwerdeführer getätigten Angaben zu seinem Drogenkonsum und der vom

Beschwerdeführer getätigten Bestellungen im Darknet fest, dass zur Gutachtenserstellung noch folgende Befunde seitens des Beschwerdeführers vorzulegen sind:
Haaranalyse auf Drogen und fachärztliche Stellungnahme aus dem Fachbereich Psychiatrie

In der Folge erging der mit Beschwerde bekämpfte Bescheid.

In der mündlichen Verhandlung gab der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bekannt, der Beschwerdeführer wehre sich nicht gegen die Vorlage von Befunden, sondern „lediglich“ gegen die Vorlage von Haaranalysen, er sei jedoch bereit Harntests vorzulegen.

Der dargestellte Drogenkonsum ergibt sich aus den Angaben des Beschwerdeführers im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung, dessen Richtigkeit in der mündlichen Verhandlung bestätigt wurde.

Die vom Beschwerdeführer getätigten Bestellungen im Darknet ergeben sich aus dem Abschlussbericht der PI L vom 23. April 2021 und der Beschuldigteneinvernahme vom 16. Oktober 2020.

Die Bereitschaft des Beschwerdeführers Harnbefunde vorzulegen, ergibt sich aus dem Vorbringen seines Rechtsvertreters in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

Der dargestellte Verfahrensablauf ergibt sich im Übrigen aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt, insbesondere aus dem Bescheid vom 4. Mai 2021 und dem Protokoll über die amtsärztliche Untersuchung vom 6. Juli 2021 sowie aus der ergänzenden Stellungnahme der Amtsärztin der belangten Behörde.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 24 Abs. 4 FSG ist, wenn Bedenken bestehen, ob die Voraussetzungen der gesundheitlichen Eignung noch gegeben sind, ein von einem Amtsarzt erstelltes Gutachten gemäß § 8 einzuholen und gegebenenfalls die Lenkberechtigung einzuschränken oder zu entziehen. Bei Bedenken hinsichtlich der fachlichen Befähigung ist ein Gutachten gemäß § 10 einzuholen und gegebenenfalls die Lenkberechtigung zu entziehen. Leistet der Besitzer der Lenkberechtigung innerhalb der festgesetzten Frist einem rechtskräftigen Bescheid, mit der Aufforderung, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, die zur Erstattung des amtsärztlichen Gutachtens erforderlichen Befunde zu erbringen

oder die Fahrprüfung neuerlich abzulegen, keine Folge, ist ihm die Lenkberechtigung bis zur Befolgung der Anordnung zu entziehen.

Gemäß § 14 Abs. 1 FSG-GV darf Personen, die von Alkohol, einem Sucht- oder Arzneimittel abhängig sind oder den Konsum dieser Mittel nicht so weit einschränken können, dass sie beim Lenken eines Kraftfahrzeuges nicht beeinträchtigt sind, soweit nicht Abs. 4 anzuwenden ist, eine Lenkberechtigung weder erteilt noch belassen werden. Personen, bei denen der Verdacht einer Alkohol-, Suchtmittel- oder Arzneimittelabhängigkeit besteht, haben eine fachärztliche psychiatrische Stellungnahme beizubringen.

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.

Eingangs ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 6. Juli 2021 richtet, mit welchem dem Beschwerdeführer aufgetragen worden war, die dort angeführten Befunde beizubringen.
Der in der Beschwerde zitierte Bescheid vom 4. Mai 2021, mit dem die Aufforderung an den Beschwerdeführer erfolgte, sich binnen dort genannter Frist amtsärztlich untersuchen zu lassen, ist in Rechtskraft erwachsen.

Zur Frage der Zulässigkeit der Erlassung eines zweiten auf § 24 Abs. 4 FSG gestützten Bescheides ist auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.6.2017, Ra 2017/11/0063, zu verweisen, worin wie folgt ausgeführt wird:
„13 [...]
Der Wortlaut des § 24 Abs. 4 dritter Satz FSG gibt der Behörde die Möglichkeit, den Inhaber einer Lenkberechtigung zu unterschiedlichem Verhalten aufzufordern (nämlich sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, die für das amtsärztliche Gutachten erforderlichen Befunde zu erbringen oder die Fahrprüfung neuerlich abzulegen) und beschränkt die Behörde nicht etwa auf eine dieser Aufforderungen oder auf eine konzentrierte Erlassung derselben. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den (im hg. Erkenntnis vom 8. September 2016, Zl. Ra 2014/11/0087 zitierten) Erläuterungen zur FSG-Novelle BGBl. I Nr. 81/2002, auf welche die letztgenannte Bestimmung zurückgeht, wenn dort zu § 24 Abs. 4 FSG ausgeführt wird, dieser regle ‚nunmehr die möglichen Anordnungen, die von der Behörde vorgeschrieben werden können, wenn kein Entziehungstatbestand vorliegt'. Für die Rechtsansicht, dass mit der Erlassung eines auf die letztgenannte Bestimmung gestützten Aufforderungsbescheides, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, kein weiteres Mal von § 24 Abs. 4 FSG Gebrauch gemacht werden kann (z.B. mit der Aufforderung, bestimmte Befunde beizubringen), besteht somit keine Grundlage. Vielmehr kann zur Erreichung des Gesetzeszweckes des § 24 Abs. 4 dritter Satz FSG - Klärung begründeter Bedenken gegen die gesundheitliche Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen - die ‚gestaffelte' Erlassung von Aufforderungsbescheiden erforderlich

sein, etwa dann, wenn (wie auch die nachfolgend dargestellte Judikatur zeigt) der Amtsarzt für die Erstattung seines Gutachtens weitere Befunde benötigt.

Im Erkenntnis vom 17. Juni 2009, Zl. 2009/11/0052, hat der Verwaltungsgerichtshof bei einem vergleichbaren Sachverhalt nicht grundsätzlich beanstandet, dass der damalige Beschwerdeführer zuerst mit einem Bescheid zur amtsärztlichen Untersuchung und in der Folge (nach einem diesbezüglichen Verlangen der Amtsärztin) mit einem weiteren Bescheid zur Vorlage einer verkehrspsychologischen Stellungnahme aufgefordert wurde (vielmehr wurde der zweitgenannte Bescheid mit dem letztzitierten Erkenntnis lediglich deshalb aufgehoben, weil die Erforderlichkeit der verkehrspsychologischen Stellungnahme nicht ausreichend begründet wurde).

Im Erkenntnis vom 23. September 2014, Zl. Ra 2014/11/0023, wurde ausgeführt, dass die Behörde in einem Aufforderungsbescheid gemäß § 24 Abs. 4 FSG neben der amtsärztlichen Untersuchung nicht auch die Beibringung ‚allenfalls erforderlicher Befunde' auftragen darf, wenn deren Notwendigkeit bei Bescheiderlassung noch gar nicht feststehe, weil andernfalls die Frage der Erforderlichkeit der Befundvorlage an den Amtsarzt delegiert und damit der gerichtlichen Überprüfung entzogen würde. Daraus ergibt sich, dass dann, wenn sich (etwa aufgrund der amtsärztlichen Untersuchung oder aufgrund bereits vorliegender Befunde) zur Klärung der Bedenken gegen die gesundheitliche Eignung die Notwendigkeit einer (weiteren) Befundvorlage ergibt, diese gemäß § 24 Abs. 4 FSG mit (im Rechtsweg überprüfbarem) Bescheid anzuordnen ist (vgl. in diesem Sinne auch die Rz 30 ff im bereits zitierten hg. Erkenntnis, Zl. Ra 2014/11/0087)."

Daraus folgt, dass, wenn aufgrund der erfolgten amtsärztlichen Untersuchung zur Klärung der gesundheitlichen Eignung die Vorlage eines Befundes/mehrerer Befunde notwendig ist/sind, dieser/diese mit Bescheid nach § 24 Abs. 4 FSG – wie hier auch gestaffelt - anzuordnen ist/sind.

Die Amtsärztin der belangten Behörde begründete die Notwendigkeit der Befundvorlagen mit dem oben in II. geschilderten Suchtmittelkonsum und einem daraus resultierenden Verdachts der Abhängigkeit oder eines Missbrauchs von Suchtmitteln. Dieser Verdacht wurde damit begründet, dass der Konsum von MDMA geeignet ist, dass sehr rasch eine Abhängigkeit von dieser Substanz entwickelt wird.

Der Konsum des Beschwerdeführers von einmal Cannabis pro Woche (ab 2018 bis jedenfalls Mai 2020) geht jedenfalls über einen gelegentlichen Konsum oder Probierkonsum hinaus und ist als gehäufter Missbrauch (in der Vergangenheit) zu qualifizieren. In diesem Zusammenhang ist auch auf einen länger zurückliegenden, jedoch mehrere Jahre dauernden Cannabiskonsum im gleichen Umfang (2004 bis 2010), dem sodann eine jahrelang dauernde Abstinenz folgte, hinzuweisen.
Weiters hat der Beschwerdeführer im Zeitraum von Frühjahr 2020 bis Oktober 2020 9,5 Stück XTC-Tabletten konsumiert. Unter Zugrundelegung der Tatsache, dass der Konsum des Wirkstoffes MDMA sehr rasch geeignet ist zu einer

Abhängigkeit zu führen, ist der Verdacht, beim Beschwerdeführer könnte diesbezüglich eine Abhängigkeit vorliegen, nicht unschlüssig.

Aufgrund dieser konsumierten Menge im angeführten Zeitraum und die beim Beschwerdeführer nicht angekommene Menge von über 200 XTC-Tabletten erscheint die Schlussfolgerung der Amtsärztin der Beschwerdeführer beschönige sein Konsumverhalten nachvollziehbar, da ein zwei- bis dreimaliger Konsum nicht im Umfang von 9,5 Tabletten erfolgt sein kann, wie dies der Beschwerdeführer über Befragen in der mündlichen Verhandlung auch angegeben hatte.

Das konkrete Konsumverhalten des Beschwerdeführers wurde in der Anamnese der Amtsärztin im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung am 6. Juli 2021 bekannt und bestehen aufgrund des vom Beschwerdeführer angegebenen Konsums sowie der nachvollziehbaren Ausführungen der Amtsärztin der belangten Behörde an der Notwendigkeit der beiden vorgeschriebenen Befunde zur Erstellung des amtsärztlichen Gutachtens keine Zweifel, zumal bei einer bereits zurückliegenden Abhängigkeit von Suchtmitteln sowie einem in der Vergangenheit liegenden gehäuften Missbrauch von Suchtmitteln schon § 14 Abs. 5 FSG-GV der Annahme einer uneingeschränkten gesundheitlichen Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen entgegensteht (VwGH 18.10.2017, Ra 2017/11/0232).

Zum Vorbringen des Beschwerdeführers die belangte Behörde habe es an die Amtsärztin delegiert, diesen aufzufordern, welche Befunde er beizubringen hat, ist festzuhalten, dass gegenständlich die Frage der gesundheitlichen Eignung des Beschwerdeführers zum Lenken von Kraftfahrzeugen ist und diesbezüglich ein amtsärztliches Gutachten einzuholen ist, das bei entsprechender Schlüssigkeit von der belangten Behörde zur Entscheidungsfindung heranzuziehen ist.
Es muss jedoch der Amtsärztin zugestanden werden, dass diese die aus ihrer Sicht erforderlichen Befunde und Stellungnahmen der belangten Behörde bekannt gibt. Es obliegt dann in weiterer Folge der belangten Behörde, diese Befunde und Stellungnahmen, unter der Voraussetzung der nachvollziehbaren Notwendigkeit für die Gutachtenserstellung, mittels Bescheid vom Beschwerdeführer einzufordern. Eine Delegierung der Befundvorschreibung an die Amtsärztin wäre dann gegeben gewesen, wenn die belangte Behörde den Beschwerdeführer aufgefordert hätte, die zur Erstellung des Gutachtens erforderlichen Befunde beizubringen.
In diesem Zusammenhang muss angemerkt werden, dass eine ausführlichere Begründung in dem Sinn, dass sich die belangte Behörde mit dem amtsärztlichen Gutachten auseinandergesetzt hat und erklärend angibt, warum das amtsärztliche Gutachten schlüssig ist und die Befunde daher für die Gutachtenserstellung notwendig sind, den Eindruck die belangte Behörde habe ihre Kompetenz an die Amtsärztin abgetreten, zu vermeiden geeignet ist.

Gegenständlich hat der Beschwerdeführer angegeben, er habe zuletzt im Mai 2021 Cannabis und zuletzt im Juli 2020 Ecstasy konsumiert.
Die Vorschreibung der Haaranalyse dient ggst. der Überprüfung der Angaben des Beschwerdeführers, den Konsum, wie oben angeführt, zwischenzeitlich eingestellt zu haben, was deshalb von Bedeutung ist, da verneinenden Falls (aktueller Konsum) die Behörde nicht gemäß § 14 Abs. 5 FSG-GV, sondern gemäß § 14 Abs. 1 FSG-GV vorzugehen hätte (vgl. VwGH 19.12.2017, Ra 2017711/0287).

Die Notwendigkeit der Beibringung von Haaranalysen führte die Amtsärztin der belangten Behörde aus, dass MDMA und seine Metabolite im Harn nur 2 bis 4 Tage nachweisbar sind, die Haaranalyse dagegen einen mehrere Monate umfassenden Beobachtungszeitraum abdecken kann und diese ein beweisendes Analyseverfahren darstellt. Daraus resultiert, dass eine Harnanalyse nicht geeignet ist, die Angaben des Beschwerdeführers, er habe seinen Suchtmittelkonsum seit Juli 2020 (Ecstasy) bzw. seit Mai 2021 (Cannabis) eingestellt, über ein paar Tage hinaus zu verifizieren. Die Haaranalyse dagegen kann diesbezüglich zuverlässig Aussagen über einen längerfristigen Zeitraum, abhängig von der Länge der Haarprobe, liefern.
Zum Vorbringen, die Vorschreibung einer Haaranalyse sei mangels gesetzlicher Grundlage nicht zulässig, wird auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.4.2017, R0 2016/11/0004 verwiesen, worin ausgesprochen wurde, dass es sich bei der Frage der alternativlosen Anordnung einer Haaranalyse um keine Rechtsfrage handelt, sondern um eine Frage der Beweiswürdigung.
Die Vorschreibung der Beibringung einer Haaranalyse zur Verifizierung der Angaben eines Beschwerdeführers er sei bereits seit einer gewissen Zeitdauer nach zumindest festgestellten gehäuften Missbrauchs von Suchtmitteln abstinent wurde vom Verwaltungsgerichtshof mehrmals als zulässig erachtet (vgl. VwGH 31.7.2017, Ra 2017/11/006; 19.12.2017, Ra 2017/11/0287).

Zusammenfassend stellt daher die Aufforderung zur Beibringung einer Haaranalyse ein taugliches Mittel dar, um einen gesicherten Nachweis über die vom Beschwerdeführer angegebene Abstinenz zu erhalten und stellt die Abgabe der Harnprobe, wie oben angeführt, keine gleichwertige Alternative dar.

Der Spruch des bekämpften Bescheides ist hinsichtlich der Aufforderung zur Beibringung einer Haaranalyse dahingehend zu ergänzen, als die Haarlänge der zu untersuchenden Haarprobe anzugeben war. Zum Einwand des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, er würde sich dann die Haare, die im Zeitpunkt der Verhandlung kurz geschnitten waren, wachsen lassen müssen, ist festzuhalten, dass die für die Erstellung einer Haaranalyse erforderliche Haarprobe auch abschnittsweise, also in geringerer Haarlänge, dafür mehrmals im entsprechenden zeitlichen Abstand, abgegeben werden kann (z.B. 2 x 3 cm).

Die Notwendigkeit der Vorlage einer psychiatrischen Stellungnahme ergibt sich bereits aus § 14 Abs. 1 FSG-GV und § 14 Abs. 5 FSG-GV, worin die Beibringung einer fachärztlichen psychiatrischen Stellungnahme bzw. eine befürwortende fachärztliche Stellungnahme vorgesehen ist.

Da die Frist für die Vorlage der im bekämpften Bescheid angeführten Befunde bereits abgelaufen war, war diese neu festzusetzen.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Es liegen auch 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. 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

Dr. Süß