



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Verfahren

betreffend die Durchsuchung der Wohnung des Betroffenen nach dem HSOG

an der hier beteiligt sind:

1. Stadt Frankfurt am Main, vertreten durch die Oberbürgermeisterin, diese durch das Ordnungsamt, 32.52.7, Az.: 1384/09,

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

2. [REDACTED]

Betroffener und Beschwerdeführer,

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Rudolf Jakobi-Jeutter, Wielandstraße 31, 60318 Frankfurt/Main,

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main auf die Beschwerde des Betroffenen gegen den Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 29.10.2009 (Nichtabhilfeverfügung vom 27.07.2010)

am 07.10.2010 b e s c h l o s s e n :

Der Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts vom 29.10.2009 hat den Betroffenen in seinen Rechten verletzt.

Die Antragstellerin hat dem Betroffenen die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu erstatten.

Geschäftswert: 3.000,00 €

Gründe:

I.

Der unter der im Rubrum angegebenen Anschrift amtlich gemeldete Betroffene reiste erstmals im Jahr 1998 in das Bundesgebiet ein. Bei der Einreise hatte er eine Aufenthaltsgenehmigung, gültig für einen Studienaufenthalt. Heiratsbedingt wurde ihm später eine Aufenthaltserlaubnis erteilt, die jedoch wieder zurückgenommen worden ist. Unter Abschiebeandrohung wurde der Betroffene aufgefordert, die Bundesrepublik zu verlassen. Die Ausreisefrist endete am 13.05.2009. Das dagegen gerichtete Rechtsschutzbegehren des Betroffenen hatte keinen Erfolg (Beschluss des VGH vom 09.09.2009). Als der Betroffene einer schriftlichen Vorladung vom 23.09.2009 zum 22.10.2009 nicht nachkam und sein Verfahrensbevollmächtigter Akteneinsicht beantragte und mitteilte, der Betroffene werde zunächst keine Angaben machen, erwirkte die Antragstellerin beim Amtsgericht am 29.10.2009 einen Durchsuchungsbeschluss zum Zweck der Ergreifung des Betroffenen und Auffinden der Ausweispapiere (Bl. 396 ff). Dieser Beschluss wurde am 26.11.2009 gegen 6.15 Uhr vollzogen. Gegen 11.00 Uhr wurde dem wohl zuständigen Mitarbeiter der Antragstellerin telefonisch mitgeteilt, dass eventuell eine Duldung erteilt werden könne. Eine Duldungserteilung erfolgte am 30.11.2009.

Gegen die Durchsuchungsanordnung hat der Betroffene mit einem am 07.12.2009 eingegangenen Schreiben Beschwerde eingelegt. Er hält die Maßnahme für rechtswidrig.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen (Bl. 379) und die Sache dem Landgericht vorgelegt, das die Akte zuständigkeitshalber an das Oberlandesgericht weitergeleitet hat (Bl. 405).

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den amtsgerichtlichen Beschluss, die Beschwerdeschrift (Bl. 345 ff) und die Stellungnahme der Antragstellerin (Bl. 349 ff) verwiesen.

II.

Der Senat sieht davon ab, die Sache dem Amtsgericht zur Nachholung einer begründeten Nichtabhilfeentscheidung zurück zu geben. Die Vorlageverfügung des Amtsgerichts ist nicht ordnungsgemäß. Das Verfahren für die Durchsuchungsanordnung richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 39 Abs. 1 HSOG). Dieses sieht zur Entlastung des Beschwerdegerichts ein Abhilfeverfahren vor (§ 68 Abs. 1 FamFG). Das Amtsgericht hat danach zunächst selbst zu prüfen und zu entscheiden, ob es einer Beschwerde abhilft oder nicht. Die Entscheidung über die Abhilfe durch das Amtsgericht hat durch Beschluss zu erfolgen, der regelmäßig mit Gründen zu versehen und den Beteiligten mitzuteilen ist (§ 68 FamFG; Keidel/ Sternal, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 68 Rn 11, 12, 33, 34). Dies ist vorliegend nicht geschehen. Der Senat ist gleichwohl nicht an einer Entscheidung gehindert.

Die Beschwerde des Betroffenen ist als Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde zulässig (§§ 39 Abs. 1 HSOG, 58, 62 FamFG, vgl. auch OLG Frankfurt, FGPRax 2007, 42), insbesondere form- und fristgerecht (§§ 63, 64 FamFG) eingelegt. Sie ist auch begründet.

Die angegriffene auf §§ 38, 39, 47 Abs. 5 HSOG i. V. m § 50, 58 AufenthG gestützte Durchsuchungsgestattung war jedenfalls rechtswidrig.

Nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 HSOG können die Gefahrenabwehr- und die Polizeibehörden eine Wohnung ohne Einwilligung der Inhaberin oder des Inhabers betreten und durchsuchen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Sache befindet, die nach § 40 Nr. 1 HSOG sichergestellt werden darf. § 40 Nr. 1 HSOG sieht eine Sicherstellungsbefugnis vor, wenn es gilt eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren. Diese Voraussetzungen waren vorliegend nicht erfüllt.

Es kann dahinstehen, ob eine Durchsuchungsanordnung gerechtfertigt gewesen wäre, wenn der Betroffene auf Aufforderung des Ausländeramts seinen Pass oder seine sonstigen Ausweisdokumente nicht vorgelegt hätte. Kommt ein Ausländer der ausweisrechtlichen Vorlagepflicht (§ 48 AufenthG) nämlich nicht nach, so kann von einer Ordnungswidrigkeit gem. § 98 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG auszugehen sein. Wegen der erheblichen Bedeutung der grundrechtlich geschützten Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) und wegen des im Polizeirecht stets zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 4 HSOG) rechtfertigt aber nicht jede unterlassene Passvorlage die richterliche Gestattung einer Wohnungsdurchsuchung. Das gilt erst recht, wenn keinerlei Anhaltspunkte vorhanden sind, die die Aufforderung zur Passvorlage von vornherein als vergeblich erscheinen lassen. Das Amtsgericht hat keinerlei Feststellungen dazu getroffen, ob der Betroffene vergeblich aufgefordert worden ist, den Pass vorzulegen. Eine solche Aufforderung ergibt sich auch nicht aus der Akte oder aus der zur eingelegten Beschwerde abgegebenen behördlichen Stellungnahme. Der Betroffene hat mit der Beschwerde unwidersprochen vorgetragen, dass die schriftliche Vorladung vom 23.09.2009 eine Ladung „im Strafverfahren wegen des Verdachts illegaler Aufenthalt“ betroffen habe. Wenn sich daraufhin der Anwalt des Betroffenen mit dem Antrag auf Akteneinsicht meldet und der Betroffene selbst nicht vorspricht, stellt dies keinen Grund für eine Wohnungsdurchsuchung dar. Dies gilt selbst dann, wenn der Betroffene – wie die Antragstellerin vorbringt – zu unterschiedlichen Zeiten seine Tür nicht öffnete und auch Hausbewohner oder der Vermieter nicht angetroffen werden konnten. Es ist kein Umstand vorgetragen oder ersichtlich, der den Betroffenen verpflichtet hätte, sich in seiner Wohnung den Behörden zur Verfügung zu halten. Es braucht deswegen auch nicht weiter geklärt zu werden, ob nur versucht wurde, den Betroffenen unter seiner amtlichen Anschrift zu erreichen, auf die auch die Durchsuchungsgestattung ausgestellt war oder auch unter seiner der Antragstellerin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mitgeteilten Anschrift bei der Kindsmutter (Bl. 325), was nahe gelegen hätte.

Auch der weitere mit der Durchsuchung verfolgte Zweck, nämlich die Ergreifung des Betroffenen, rechtfertigt die Durchsuchungsgestattung nicht. Es sind keine Umstände ersichtlich, warum für die Ergreifung des Betroffenen das bloße Betreten der Wohnung und die Festnahme als Maßnahme des unmittelbaren Zwangs nicht ausgereicht hätte (verneinend auch AG Hameln, NdsRpfl 2005, 256 und OLG Celle, OLGR Celle 2003, 131 ff; Zscheschak, Ausländerrechtliche Durchsuchungen aufgrund allgemeinen Polizeirechts, NJW 2005, 3318 ff), sofern die Voraussetzungen hierfür überhaupt vorlagen, was dahingestellt bleiben kann, da es an der Rechtswidrigkeit der Durchsuchungsgestattung nichts ändert.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 39 I HSOG, 81 Abs. 1 S. 1 FamFG. Die Wertfestsetzung beruht auf § 30 II KostO.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind (§ 70 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG).

Dittrich
Vorsitzende Richterin

Paul
Richterin
am Oberlandesgericht

Rauscher
Richter