

Beglaubigte Abschrift

Erlassen gemäß § 38 Abs. 3 S. 3 FamFG
durch Übergabe an die Geschäftsstelle
am 04.03.21, Bansch, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts



Gegen Empfangsbcheinigung

Eingegangen

10. MRZ. 2021

RA Meiwes
RA Turgut

Oberlandesgericht Hamm

Beschluss

15 W 80/21 OLG Hamm

702 XIV(L)57/20W AG Gelsenkirchen

In dem Verfahren nach § 24 OBG NW in Verbindung mit §§ 41, 42 PoIG NW
betreffend die Durchsuchung der Wohnung des Beteiligten zu 1),

Beteiligte:

1)  Gelsenkirchen,
Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Meiwes in Gelsenkirchen -

2) der Oberbürgermeister der Stadt Gelsenkirchen, Zeppelinallee 4, 45879
Gelsenkirchen,

hat der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die Beschwerde des
Beteiligten zu 1) vom 25. November 2020 gegen den Beschluss des Amtsgerichts
Gelsenkirchen vom 15. Oktober 2020 durch die Richterin am Oberlandesgericht
Flockenhaus, die Richterin am Oberlandesgericht Busch und den Richter am
Oberlandesgericht Tegenthoff

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

Es wird festgestellt, dass der vom Amtsgericht Gelsenkirchen am 15. Oktober 2020 erlassene Durchsuchungsbeschluss rechtswidrig war.

Der Beteiligte zu 2) hat dem Beteiligten zu 1) die diesem im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Dem Beteiligten zu 1) wird für das Beschwerdeverfahren ratenfreie Verfahrenskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt Meiwes in Gelsenkirchen beigeordnet.

Gründe:

I.

Der Beteiligte zu 1) begehrt die Feststellung der Unrechtmäßigkeit einer von der Ausländerbehörde des Beteiligten zu 2) veranlassten Durchsuchung seiner Wohnung.

Der Beteiligte zu 1) ist nach seinen Angaben in Bangladesch geboren. Nach den Feststellungen des Beteiligten zu 2) ist er am 21. Oktober 2014 erstmals in die Bundesrepublik eingereist. Sein Asylantrag ist durch Bescheid vom 9. August 2017 bestandskräftig zurückgewiesen worden. Ihm wurde aufgegeben, innerhalb von 30 Tagen nach Bekanntgabe der Entscheidung das Bundesgebiet zu verlassen und ihm wurde die Abschiebung angedroht.

Gegenüber der Ausländerbehörde hat der Beteiligte zu 1) angegeben, dass er weder einen bangladeschischen Nationalpass besitze noch sonstige Dokumente aus seinem Heimatland, insbesondere verfüge er nicht über Personenstandsunterlagen oder eine Geburtsbescheinigung. Er sei in einer christlichen Gemeinschaft in

Bangladesch geboren und in einer Mission ohne leibliche Angehörige aufgewachsen. Dort sei er Repressalien durch das muslimische Umfeld ausgesetzt gewesen.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2020 hat der Beteiligte zu 2) beim Amtsgericht die richterliche Anordnung der Durchsuchung der Wohnung des Beteiligten zu 1) zur Auffindung von Identitätsnachweisen zwecks Feststellung seiner Identität beantragt. Die beabsichtigte Wohnungsdurchsuchung im Zusammenhang mit der geplanten Sicherstellung der Identitätspapiere sei geeignet, das Ziel, den illegalen Aufenthalt des Beteiligten zu 1) unter Verstoß gegen § 4 AufenthG zu beenden. Die von ihm, dem dem Beteiligten zu 2), beabsichtigte Abschiebung des Beteiligten zu 1) sei bislang daran gescheitert, dass der Beteiligte zu 1) keine Identitätsnachweise oder Reisedokumente bei der Ausländerbehörde vorgelegt habe. Ein bei der zuständigen Zentralen Ausländerbehörde Bielefeld gestellter Antrag auf Ausstellung von Passersatzpapieren für die beabsichtigte Rückführung sei bislang erfolglos geblieben, weil die von dem Beteiligten zu 1) gegenüber dem Beteiligten zu 2) getätigten Angaben zu seiner Identität bei Ermittlungen in dem vorgeblichen Heimatland nicht hätten bestätigt werden können. Mit Schreiben vom 9. Juli 2019 sei der Beteiligte zu 1) aufgefordert worden, seiner Mitwirkung bei der Beschaffung eines Identitätspapiers nachzukommen. Bis heute seien keine Mitwirkungsbemühungen erfolgt. Im Jahr 2019 seien durch die Ausländerbehörde des Beteiligten zu 2) über 150 Personen in ihr Heimatland zurückgeführt worden; hierfür seien mehrheitlich Passersatzpapiere beschafft worden. Am Tage der Rückführung hätten jedoch nahezu in jeder Wohnung der Rückführenden Identitätsnachweise gefunden werden können. Die Erfahrungswerte zeigten eindeutig, dass ausreisepflichtige Ausländer überwiegend im Besitz von Identitätspapieren seien, welche sie in den Wohnungen versteckten. Auch bei dem Beteiligten zu 1) könne angesichts der Nichterfüllung seiner Mitwirkungspflichten nach § 48 Abs. 3 AufenthG nicht länger von einer freiwilligen Vorlage der in seinem Besitz befindlichen Identitätsnachweise ausgegangen werden. Es bestehe der begründete Verdacht, dass der Beteiligte zu 1) die in seinem Besitz befindlichen Reisedokumente vernichtet oder zumindest vor dem behördlichen Zugriff verstecken werde, um seinen Aufenthalt in Deutschland weiter zu verlängern. Die Aufforderung zur Vorlage der in seinem Besitz befindlichen Identitätspapiere sei daher nicht geeignet, um den Aufenthalt des Beteiligten zu 1) schnellstmöglich zu beenden, und könne das Ziel der Aufenthaltsbeendigung im Falle der Vernichtung der Reisedokumente in Gänze gefährden. Die beantragte Wohnungsdurchsuchung stelle daher das mildeste Mittel dar.

Mit Beschluss vom 15. Oktober 2020 hat das Amtsgericht die Durchsuchung der Wohnung des Beteiligten zu 1) angeordnet. Die Durchsuchung wurde am 28. Oktober 2020 durchgeführt. Identitätspapiere wurden dabei nicht aufgefunden.

Gegen diesen Durchsuchungsbeschluss richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1), mit der er die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beschlusses vom 15. Oktober 2020 beantragt.

Das Amtsgericht hat nach Eingang der Beschwerde die Akten formlos an das Landgericht weitergeleitet. Die Kammer des Landgerichts hat dem Beteiligten zu 2) Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Beschwerde des Beteiligten zu 1) gewährt und die Ausländerakte beigezogen.

Der Beteiligte zu 2) ist der Beschwerde mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2020 entgegen getreten.

Mit Verfügung vom 1. Februar 2021 hat die Kammer des Landgerichts ihre Unzuständigkeit festgestellt und das Verfahren dem Amtsgericht zurückgegeben. Mit Verfügung vom 15. Februar 2021 hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Beteiligten ist mit dem Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des amtsgerichtlichen Durchsuchungsbeschlusses nach § 62 FamFG zulässig und auch in der Sache begründet.

1.

Die Beschwerde ist zulässig

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist gemäß §§ 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG, 42 Abs. 1 S. 3 PolG NW, 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Das Amtsgericht hat zur Begründung seines Beschlusses die Vorschriften des PolG NW über die Durchsuchung herangezogen. § 42 Abs. 1 S. 3 PolG NW sieht die entsprechende Anwendung der Verfahrensvorschriften des FamFG vor. Die Beschwerde ist frist-

und formgerecht nach §§ 63 Abs. 1, 64 FamFG eingelegt. Der Beteiligte zu 1) ist gemäß § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt.

Zwar ist das Verfahren in der Hauptsache erledigt, weil die mit dem Beschluss des Amtsgerichts angeordnete Durchsuchung bereits erfolgt ist. Die Beschwerde ist aber mit dem von dem Beteiligten zu 1) ausdrücklichen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung zulässig, vgl. § 62 Abs. 1 FamFG.

Das erforderliche berechnigte Interesse des Beteiligten zu 1) an dieser Feststellung liegt gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG vor. Die Anordnung der Durchsuchung der Wohnung des Beteiligten zu 1) und deren Durchführung bedeuten einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte des Beteiligten zu 1) aus Art. 13 Abs. 1 GG (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 2014, 182).

Die Beschwerde ist auch form- und fristgerecht gemäß §§ 64 Abs. 1, Abs. 2, 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden.

2. Die Beschwerde ist auch begründet.

Die Anordnung der Durchsuchung durch den angefochtenen Beschluss war nicht rechtmäßig, da die Voraussetzungen für eine richterliche Anordnung der Wohnungsdurchsuchung nach § 24 OBG NW in Verbindung mit §§ 41, 42 PolG NW nicht vorgelegen haben.

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer bereits vollzogenen Durchsuchungsanordnung kommt es auf den Sachverhalt an, der für den zuständigen Amtsrichter im Zeitpunkt seiner Entscheidung – ggf. nach Durchführung der möglichen und im Einzelfall gemäß § 26 FamFG erforderlichen Ermittlungen – erkennbar war (Senat FGPrax 2004, 306; FGPrax 2008, 90; OLG Frankfurt FGPrax 2007, 42). Danach hat der Richter, bevor er die Durchsuchung anordnet, unter Zugrundelegung des vorgetragenen und nach etwaigen weiteren Ermittlungen festgestellten Sachverhalts in eigener Verantwortung zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung dieser Maßnahme vorliegen und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist.

Im gegebenen Fall lagen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage, auf die er gestützt ist, nicht vor.

Gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PolG kann die Ordnungsbehörde eine Wohnung ohne Einwilligung des Inhabers betreten und durchsuchen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Sache befindet, die nach § 43 PolG NRW sichergestellt werden darf. Gemäß § 43 Satz 1 Nr. 1 PolG kann eine Sache sichergestellt werden, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren. Eine Gefahr ist eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird. Die öffentliche Sicherheit umfasst insbesondere die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung. Der Beteiligte zu 1) hält sich als Ausländer unter Verstoß gegen § 4 AufenthG ohne Aufenthaltstitel in Deutschland auf. Dies stellt – wie das Amtsgericht in dem angefochtenen Beschluss noch zutreffend festgestellt hat – eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit dar.

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts und des Beteiligten zu 2) lagen jedoch aus der maßgeblichen Ex-ante-Sicht keine hinreichenden Tatsachen vor, die die Annahme rechtfertigten, dass sich in der Wohnung des Beteiligten zu 1) Sachen befanden, die nach den oben genannten Vorschriften sichergestellt werden durften.

Tatsachen in diesem Sinne setzen konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass sich in der zu durchsuchenden Wohnung Ausweispapiere oder sonstige zur Identifizierung geeignete Dokumente befinden (OLG Braunschweig Asylmagazin 2020, 182 f; OLG Düsseldorf, NVwZ-RR 2018; OLG Frankfurt FGPrax 2007, 42; OLG Köln – Beschluss vom 31. August 2001 – 16 Wx 194/01 – zitiert nach juris). Allein die schlichte Möglichkeit, dass bei dem Beteiligten zu 1) zur Identifizierung geeignete Dokumente gefunden werden könnten, genügt für den Erlass einer Durchsuchungsanordnung nicht (OLG Braunschweig a.a.O.; Düsseldorf, a.a.O.). Eine allgemeine Lebenserfahrung, nach der („nahezu“) alle ausreisepflichtigen Ausländer über Identitätsnachweise verfügen, die sie den Ausländerbehörden bewusst vorenthalten, um eine Rückführung in Heimatland zu erschweren oder zu vereiteln, vermag der Senat in dieser Form nicht anzuerkennen. Entscheidend sind vielmehr die jeweiligen besonderen Umstände des Einzelfalles. Konkrete Anhaltspunkte sind jedoch weder bei Antragstellung noch mit der Beschwerdeerwiderung durch den Beteiligten zu 2) vorgetragen worden.

Soweit einzelne Stimmen in der Literatur in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, um die Anforderungen an eine Wohnungsdurchsuchung „nicht praxisfern

zu überspannen“, rechtfertige bereits die Weigerung, bei der Passersatzpapierbeschaffung mitzuwirken, den tatsächlichen Verdacht, dass der Ausländer von ihm verheimlichte echte Papiere in seiner Wohnung oder an seinem Körper aufbewahre, um seinen illegalen Aufenthalt fortzusetzen (so Neuhäuser, in: BeckOK PolR Nds, Stand: 01.05.2019, § 24 Nds. SOG, Rn. 35a), vermag der Senat dem nicht beizutreten. Zwar kann sich aus dem Umstand, dass ein Ausländer hartnäckig seine Mitwirkungspflichten aus § 48 Abs. 3 AufenthG verletzt und hierdurch zugleich den Bußgeldtatbestand des § 98 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG verwirklicht, auch regelhaft der Schluss ziehen lassen, dass er hierdurch das Ziel erreichen möchte, nicht in sein Heimatland zurückkehren zu müssen. Dies stellt aber evident kein Indiz dafür dar, dass er in seiner Wohnung Ausweisdokumente aufbewahrt (OLG Braunschweig a.a.O.). Ob der Beteiligte zu 1) daher tatsächlich – was er bestreitet – gegen seine Mitwirkungspflichten bei der Beschaffung von Passersatzpapieren verstoßen hat bzw. weiter verstößt, kann daher an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

Unabhängig davon stellt sich die Durchsuchungsanordnung in Ansehung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung als nicht verhältnismäßig dar.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts greift eine Wohnungsdurchsuchung in die durch Art. 13 GG geschützte Lebenssphäre schwerwiegend ein und kann nur unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angeordnet werden (vgl. BVerfG, FamRZ 2009, 1814). Aus diesem folgt, dass der mit einer Wohnungsdurchsuchung verbundene Eingriff in das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen muss. Es ist dabei insbesondere auch der Grad des auf die verfahrenserheblichen Informationen bezogenen Auffindeverdachts zu berücksichtigen (BVerfG, a.a.O.). Dieser Verdacht ist im gegebenen Fall – wie ausgeführt – nicht im Ansatz konkret begründet worden.

III.

Wegen des Erfolgs der Beschwerde ist eine Entscheidung über die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens nicht veranlasst, vgl. § 25 Abs. 1 GNotKG. Die Entscheidung zu den außergerichtlichen Kosten folgt aus § 81 Abs. 1 FamFG. Da der Antrag des Beteiligten zu 2) von Anfang an ohne Erfolgsaussicht war,

entspricht es bei einer Gesamtschau aller Umstände billigem Ermessen, dem Beteiligten zu 2) die dem Beteiligten zu 1) im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten aufzuerlegen.

Die Wertfestsetzung beruht auf §§ 61 Abs.1, 36 Abs.3 GNotKG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs.2 FamFG) liegen nicht vor. Die Entscheidung beruht im Wesentlichen auf einer tatsächlichen Bewertung der Gegebenheiten des konkreten Falles und den sich hieraus ableitenden Handlungsmöglichkeiten.

IV.

Dem Beteiligten zu 1) ist die begehrte Verfahrenskostenhilfe nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen ratenfrei zu bewilligen.

Flockenhaus

Busch

Tegenthoff

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm

