

ZGB 397b, GG 67 Zuständigkeit für den Entscheid über die Entlassung. Bei zeitlicher Dringlichkeit kann der Präsident der Vormundschaftsbehörde entscheiden (E. 2). **ZPO 106, GOG 182 Abs. 2, Kostenaufgabe im FFE.** Klinik und Vormundschaftsbehörde sind "Verfahrensbeteiligte", nicht Partei, und daher nicht kostenpflichtig (E. 3). **ZPO 137, Zustellung, Abwesenheit der Vertretung.** In dringenden Fällen kann auf eine Abwesenheitsmeldung der Vertretung keine Rücksicht genommen werden (E. 4, vgl. auch OGerZH LF110087).

Der Gesuchsteller wurde am 26. Mai 2011 durch die Vormundschaftsbehörde Z. im Sinne einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Betreuungs- und Pflegezentrum untergebracht. Mit Eingabe vom 20. Juli 2011 ersuchte er die Behörde um Entlassung. Der Präsident der Vormundschaftsbehörde wies das Gesuch mit Verfügung vom 26. Juli 2011 ab. Mit Eingabe vom 4. August 2011 stellte der Gesuchsteller beim Bezirksgericht Pfäffikon das Begehren um gerichtliche Beurteilung. Die Einzelrichterin trat darauf mit Verfügung vom 5. August 2011 nicht ein, und die heute zu beurteilende Berufung richtet sich gegen diesen Entscheid.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2. Da die Vormundschaftsbehörde die Unterbringung verfügt hatte, war für den Entscheid über die Entlassung sie und nicht das Betreuungs- und Pflegezentrum zuständig (Art. 397b Abs. 3 ZGB). Die zehntägige Frist zur Anrufung des Gerichts (Art. 397d ZGB) ist gewahrt.

Die Einzelrichterin nimmt an, der Präsident der Vormundschaftsbehörde sei für seinen Entscheid nicht zuständig gewesen, und sie sanktioniert dies mit Nichtigkeit seiner Verfügung. Das ist nicht haltbar. Das Bundesgericht hat wohl entschieden, die Kantone seien nicht frei, zur fürsorgerischen Einweisung für dringende Fälle neben den Vormundschaftsbehörden als Kollegien die Präsidenten zuständig zu erklären – der Fall der Dringlichkeit sei mit der Möglichkeit zur Bezeichnung "anderer geeigneter Stellen" (Art. 397b Abs. 2 ZGB) abschliessend geregelt, und die Kantone dürften daher nicht daneben auch noch die Präsidenten der Vormundschaftsbehörden zuständig erklären (BGE 134 III 289). Warum in einem dringenden Fall der Präsident nicht eine "geeignete Stelle"

sein könnte, lässt das Bundesgericht unerklärt, ist angesichts der klaren Formulierung des Leitentscheides allerdings nicht zu hinterfragen und wird ja mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ohnehin bald bedeutungslos (Art. 443 ff. nZGB werden das Verfahren von Grund auf neu ordnen) – vor allem aber geht es im vorliegenden Fall nicht um eine Einweisung, sondern um eine Entlassung.

Das Gesuch um Entlassung musste hier an die Vormundschaftsbehörde gerichtet werden, ohne dass das Bundesrecht eine andere Stelle vorsähe wie bei der Einweisung. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung ist die einschneidendste Massnahme, welche das Zivilrecht überhaupt kennt, und entsprechend dringlich sind Entlassungsgesuche zu behandeln. Die Vormundschaftsbehörden, zur Zeit häufig noch mit Laien besetzt, sind in der Regel gar nicht in der Lage, unverzüglich oder doch innert ganz weniger Tage einen Entscheid zu fällen. Für diese Fälle sieht das kantonale Recht die Zuständigkeit des Präsidenten vor (§ 67 GG; anders als offenbar nach dem in BGE 134 III 289 analysierten Recht des Kantons Schwyz ist die nachträgliche Genehmigung entgegen dem missverständlichen § 68 Abs. 2 GG nicht erforderlich, vgl. H. R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, § 67 N 4). Dringlich ist eine Angelegenheit zwar nicht schon dann, wenn sofort irgendetwas getan werden muss – dafür sind die vorsorglichen Massnahmen da –, wohl aber dann, wenn der Entscheid in der Sache selbst keinen Aufschub leidet (ZR 104/2005 Nr. 16). Gerade die strikte Anweisung, eine Person zu entlassen, sobald es ihr Zustand erlaubt (Art. 397a Abs. 3 ZGB), würde unterlaufen, wenn der Entscheid über ein Entlassungsgesuch wegen Unabkömmlichkeit von Laien- oder nebenamtlichen Mitgliedern der Behörde verzögert würde (ZK-Spirig, Art. 397b ZGB N 94).

Endlich hätte die Einzelrichterin sich der Bearbeitung der Sache nicht mit dem Hinweis auf die (absolute) Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung entschlagen dürfen. Die Nichtigkeit als absolute Unbeachtlichkeit einer Massnahme ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen und jedenfalls dort nicht angebracht, wo eine Instanz mit der Materie sehr wohl befasst und nur in gewissen Fällen un-zuständig ist.

Das führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides und hat zur Folge, dass die Einzelrichterin sich mit dem bei ihr gestellten Gesuch unverzüglich zu befassen haben wird.

3. Kosten sind damit nicht zu erheben. Eine Kostenaufgabe an die Vormundschaftsbehörde ist abzulehnen, analog zur Situation der verfahrensbeteiligten Klinik bei einem an diese gerichteten Gesuch um Entlassung. Damit kommt auch keine Prozessentschädigung in Frage, und das Gesuch um unentgeltliche Vertretung bleibt zu behandeln. Dieses ist zu prüfen, wenn der Vertreter des Gesuchstellers die in Aussicht gestellten Unterlagen nachgebracht hat.

4. Mit einer neusten Eingabe teilt der Vertreter des Gesuchstellers mit, dass er bis 22. August 2011 abwesend sei, und er ersucht darum, den Entscheid zurückzuhalten. Darauf kann keine Rücksicht genommen werden in einem Verfahren, das mit grösster Beschleunigung geführt werden muss. Dazu drängt sich noch der folgende Hinweis an die Einzelrichterin auf: Falls diese noch während der Abwesenheit des Anwalts einen Termin für die mündliche Verhandlung ansetzen oder auch nur absprechen will, und wenn sie der Auffassung ist, eine anwaltliche Vertretung sei notwendig, wird sie dem Gesuchsteller von Amtes wegen einen anderen Anwalt zu bestellen haben.

Es wird beschlossen:

1. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und die Einzelrichterin wird angewiesen, das vom Berufungskläger bei ihr eingereichte Gesuch *unverzüglich zu behandeln*.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 16. August 2011
Geschäfts-Nr.: NA110036-O/U