

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ150078-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler.

Urteil vom 9. Februar 2016

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Y. _____

betreffend **Kindesschutzmassnahmen**

Beschwerde gegen das Urteil Nr. 344 des Bezirksrates Bülach vom 3. Dezember 2015 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2014; VO.2015.21 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd)

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind die unverheirateten Eltern der am tt.mm.2014 geborenen C._____. Ihre am 8./15. Mai 2014 unterzeichnete Vereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge mit weiteren Bestimmungen genehmigte die KESB Bülach Süd am 26. Juni 2014 (KESB act. 4/1 und 5).

1.2. Am 4. Juni 2015 wandte sich der Rechtsvertreter des Vaters telefonisch an die KESB Bülach Süd und teilte mit, er werde noch gleichentags einen Antrag auf superprovisorischen Entzug der Obhut gegenüber der Mutter stellen, da diese das Kind vernachlässige, welches nicht richtig ernährt werde und untergewichtig sei (KESB act. 6).

1.3. Tags darauf liess die Polizei die KESB wissen, von der Mutter erfahren zu haben, dass der Vater mit dem Mädchen verschwunden sei (KESB act. 11). Gleichentags sprach die Mutter zusammen mit ihrer eigenen Mutter bei der KESB Bülach Süd vor und bestätigte, dass der Vater am Abend zuvor mit C._____ das Haus verlassen habe, als sie selber noch auswärts geweilt habe. Sie meinte, der Vater schaue gut zum Kind, sie machte sich aber Sorgen, wenn das Kind bei den Grosseltern väterlicherseits weilte. Weiter schilderte sie die Paarsituation und führte aus, ihr Partner verhalte sich ihr gegenüber immer wieder aggressiv, indem er sie schlage oder kneife. Dem Kind gegenüber verhalte er sich hingegen nicht aggressiv. C._____ sei eine schlechte Esserin und daher untergewichtig; sie gehe mit ihr regelmässig zur Kontrolle; ihr Partner sei der Meinung, es sei ihr Fehler, dass C._____ untergewichtig sei, indem sie ihr nicht ausreichend zu essen gebe. Abgesehen von einer Verzögerung bezüglich Gehen sei C._____ gut entwickelt (KESB act. 12).

1.4. Am gleichen Abend übermittelte der Rechtsvertreter des Vaters der KESB Bülach Süd ein Faxschreiben, in welchem er als vorsorgliche Massnahmen u.a. beantragte, es sei der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht superprovisorisch zu entziehen und C._____ sei superprovisorisch für die Dauer des Verfahrens in die alleinige Obhut des Vaters zu geben (KESB act. 16). In einem separaten und gleichentags verfassten Schreiben beantragte er die Übertragung des Sorgerech-

tes für C._____ alleine an den Vater und die Regelung der Kontakte zur Mutter (KESB act. 17/1).

1.5. Die KESB nahm in der Folge unverzüglich verschiedene Abklärungen vor (KESB act. 22, 24, 29) und hörte die Eltern an (KESB act. 25 und 26); diese liessen sich durch ihre Rechtsvertreter innert weniger Tage dazu vernehmen (KESB act. 33 und 36). Bereits am 15. Juni 2015 traf die KESB ihren Entscheid. Darin stellte sie C._____ für die Dauer des Verfahrens unter die alleinige Obhut der Mutter, räumte dem Vater Betreuungszeiten ein und erteilte der Mutter eine Weisung. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. In ihren Erwägungen hielt die KESB ausdrücklich fest, es werde im Hinblick auf einen definitiven Entscheid dem kJz ... ein Abklärungsauftrag erteilt werden (KESB act. 44). Dieser erging am 16. Juni 2015 (KESB act. 43).

2.1. Gegen diesen Entscheid erhob der Rechtsvertreter des Vaters beim Bezirksrat Bülach am 26. Juni 2015 Beschwerde (KESB act. 52/1 = BR act. 2). In dieser verlangte er u.a. die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung. Hierüber entschied der Bezirksrat Bülach am 3. August 2015 in ablehnendem Sinne, nachdem er vorgängig die Gegenpartei und die KESB zur Vernehmlassung eingeladen hatte (BR act. 3).

2.2. In der Sache selber forderte der Bezirksrat die Rechtsvertreterin der Mutter mit Schreiben vom 1. Juli 2015 auf, bis am 3. August 2015 Stellung zu nehmen (BR act. 3). Am 31. Juli 2015 erging durch den Bezirksrat an die Rechtsvertreterin der Mutter die weitere Aufforderung, bis am 13. August 2015 zu dem in der Zwischenzeit eingegangenen Schreiben der KESB Stellung zu nehmen (BR act. 13). Am 12. August 2015 übergab die Rechtsvertreterin der Mutter ihre als Beschwerdeantwort bezeichnete Eingabe dem Bezirksrat. In dieser äusserte sie sich auch zur Beschwerde selber (BR act. 17). Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass das Verfahren vor Bezirksrat ein gerichtliches ist und sich nach den Regeln des ZGB, des EG KESR, des GOG und subsidiär nach den Bestimmungen der ZPO als kantonales Recht richtet (vgl. § 40 EG KESR). Die Frist für die Erstattung der Beschwerdeantwort beträgt daher gleich wie für die Beschwerde selbst im hier konkreten Fall vorsorglicher Massnahmen 10 Tage, ist unabänderbar und

beginnt am Tage nach Zustellung der hiezu ergangenen Aufforderung zu laufen (Art. 314 Abs. 1 ZPO, Art. 142 Abs. 1 ZPO, Art. 144 ZPO). Die Fristansetzung auf einen bestimmten Termin hin entspricht daher nicht der gesetzlichen Regelung und war hier überdies zu lange, was der Rechtsvertreter des Vaters zu Recht kritisierte (BR act. 12). Da im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes die Behörden und Gerichte den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen haben (Art. 446 Abs. 1 ZGB), ist die verspätet eingereichte Beschwerdeantwort dennoch zu berücksichtigen.

2.3. Am 16. Oktober 2015 übermittelte die KESB dem Bezirksrat den bei ihr eingegangenen Abklärungsbericht des kjz ... vom 13. Oktober 2015 (BR act. 28). Am 27. Oktober 2015 trafen sich die Parteien mit ihren Rechtsvertretern vor Bezirksrat. Bei dieser Verhandlung wurde ein als Vergleich betitelttes Schreiben aufgesetzt, in dem eine Regelung betreffend Beistandschaft, Obhut über C._____ und Besuchskontakte für den Vater getroffen wurde. Unterzeichnet wurde dieses Papier nicht. Anhand einer Klebenotiz auf besagtem Papier erging an die Parteien eine Frist bis 9. November (2015) zur Rückgabe (BR act. 29). Der Rechtsvertreter des Vaters retournierte am 4. November 2015 dieses von ihm unterzeichnete Papier, auf dem er auf einen Vorbehalt/eine Ergänzung im gleichentags verfassten Schreiben hinwies (BR act. 30). Die Rechtsvertreterin der Mutter liess nach offenbar per Fax übermitteltem Erhalt dieses Schreibens (BR act. 31) den Bezirksrat ebenfalls per Fax am 9. November 2015 wissen, dass sie u.a. noch Zeit benötige, um die beantragte Anpassung mit ihrer Klientin besprechen zu können (BR act. 31a). Mit Schreiben vom 11. November 2015 teilte die Rechtsvertreterin dem Bezirksrat mit, sie könne die Zustimmung zum im Raum stehenden Vergleich nicht geben und unterbreitete bezüglich der Besuchskontakte eine Anpassung (BR act. 33). Dieses Schreiben liess der Bezirksrat in der Folge dem Rechtsvertreter des Vaters zur Kenntnis per Fax zukommen (BR act. 34). Eine Reaktion erfolgte nicht.

2.4. Mit Urteil vom 3. Dezember 2015 fällte der Bezirksrat einen Entscheid. In diesem ersuchte er die KESB, für C._____ eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten, regelte detailliert das Besuchsrecht für den Vater und

stellte C._____ unter die Obhut der Mutter (Dispositiv Ziffer I). Weiter entschied er, dass dieser Entscheid sämtliche früheren Vereinbarungen und Entscheide betreffend Obhut, Betreuung und persönlichen Verkehr ersetze (Dispositiv Ziffer IIa), und wies die KESB an, das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie das Hauptverfahren vor der KESB nach Errichtung der Beistandschaft und Ernennung der Beiständin oder des Beistandes abzuschreiben (Dispositiv Ziffer IIb). Als Rechtsmittelfrist wurden 30 Tage genannt (BR act. 35 = act. 6).

2.5. Gegen dieses Urteil erhob die Rechtsvertreterin der Mutter mit Eingabe vom 28. Dezember 2015 bei der Kammer Beschwerde (act. 2). Sie beantragt die Aufhebung der Besuchsregelung (Dispositiv Ziffer Ib) und der Feststellung resp. Anweisung gemäss Dispositiv Ziffer IIa und IIb (act. 2). In der Folge wurden die Akten der KESB und des Bezirksrates beigezogen.

3.1. Mit Präsidialverfügung vom 4. Januar 2016 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt. In den Erwägungen wurde darauf hingewiesen, dass der Entscheid des Bezirksrates der Form nach ein Endentscheid sei und daher eine dreissigtägige Frist anzusetzen sei (act. 7 S. 2).

3.2. Der vom Rechtsvertreter des Beschwerdegegners mit Eingabe vom 12. Januar 2016 gestellte Antrag, der Bezirksrat, welcher zu Unrecht mit Vorwürfen konfrontiert werde und ebenfalls Gegner des vorliegenden Verfahrens sei, sei ebenfalls unverzüglich zur Stellungnahme aufzufordern (act. 10), wurde vom Referenten mit Verfügung vom 14. Januar 2016 abgewiesen (act. 11), was den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners zu einer mündlichen Nachfrage veranlasste (act. 15). Die Beschwerdeführerin liess der Kammer mit Eingabe vom 21. Januar 2016 ihre Lohnabrechnungen vom September bis Dezember 2015 einreichen (act. 13 und 14/6). Am 8. Februar 2016 (Poststempel: 4. Februar 2016) reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners die Beschwerdeantwort samt einer Beilage ein (act. 16 und 17). Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend soweit erforderlich näher einzugehen. Der Beschwerdeführerin ist mit dem Entscheid eine Kopie von act. 16 und 17 zuzustellen.

4. Wie bereits oben unter Ziffer 2.2. erwähnt richtet sich das Verfahren in Fällen des Kindes- und Erwachsenenschutzes in erster Linie nach den Bestimmungen des ZGB und des EG KESR und bei Fehlen von Vorschriften nach den Bestimmungen des GOG, wobei subsidiär für alle Verfahren die Bestimmungen der ZPO als kantonales Recht zur Anwendung gelangen (§ 49 EG KESR).

4.1. Der Vater und heutige Beschwerdegegner hat mit seiner Eingabe vom 5. Juni 2015 die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf ihn beantragt (KESB act. 17/1 S. 2). Als vorsorgliche Massnahme zu diesem Hauptantrag verlangte er die Genehmigung des Wechsels des Aufenthaltsortes von C._____ von der Mutter zu ihm resp. den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechtes der Mutter und die Übertragung der alleinigen Obhut an ihn (KESB act. 16 S. 2). Die KESB hat in ihrem Entscheid vom 15. Juni 2015 diesen vorsorglichen Massnahmeanträgen nicht stattgegeben und darüber hinaus ebenfalls im Sinne einer vorläufigen und für die Dauer des Verfahrens geltenden Ordnung die Besuchskontakte von C._____ zum Vater geregelt und der Mutter eine Weisung erteilt (KESB act. 44). Das Hauptverfahren und damit die Frage, ob dem Antrag des Vaters um Übertragung der alleinigen Sorge an ihn stattgegeben werden soll oder nicht, war damit nicht entschieden, sondern blieb offen und sollte nach Vorliegen des von der KESB beim kjz ... in Auftrag gegebenen Abklärungsberichtes geprüft und entschieden werden. Dies hat die KESB in ihrem Entscheid denn auch richtigerweise erwogen (vgl. KESB act. 44 S. 7). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor Bezirksrat konnte somit einzig die von der KESB getroffene und vorläufig, nämlich für die Dauer des Verfahrens, massgebende Regelung sein, worauf die Beschwerdeführerin richtigerweise hinweist (act. 2 S. 4). Dies hat Auswirkungen auf das Beschwerdeverfahren. Mangels Regelung im ZGB gelten für vorsorgliche Massnahmen die Bestimmungen der ZPO subsidiär. Diese richten sich nach den Bestimmungen über das summarische Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO), wobei nach Art. 314 Abs. 1 ZPO die Frist für die Einreichung der Berufung und der Berufungsantwort je 10 Tage beträgt. Dies hat die KESB auch richtig belehrt (KESB act. 44 S. 9). Diese Vorschrift gilt nicht bloss im Verhältnis zwischen KESB und Bezirksrat als erster gerichtlicher Rechtsmittelinstanz, sondern ebenso für vom Bezirksrat gefällte Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, zumal das Bun-

desrecht nicht unterscheidet, ob ein Kanton ein ein- oder zweistufiges Rechtsmittelverfahren wie im Kanton Zürich installiert. Die korrekte Rechtsmittelbelehrung im bezirksrätlichen Urteil hätte daher ebenfalls eine Frist von lediglich 10 Tagen nennen müssen. Anders ist es nur dann, wenn der Bezirksrat einen die Angelegenheit abschliessenden materiellen Endentscheid fällt; in einem solchen Fall beträgt die Rechtsmittelfrist 30 Tage (vgl. Art. 450b Abs. 1 ZGB). Da die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde innerhalb von 10 Tagen und damit jedenfalls rechtzeitig eingereicht hat, ist auf diese ohne weiteres einzutreten. Da der Bezirksrat offenbar meinte, die Sache selbst zu erledigen, war dem Beschwerdegegner allerdings eine 30tägige Frist zur Beantwortung anzusetzen.

4.2. Anhand des Dispositivs hat der Bezirksrat einen Endentscheid in der Sache gefällt, weil er die KESB angewiesen hat, ihr Verfahren abzuschreiben (act. 6 Dispositiv Ziffer IIb). Das zöge, eine 30tägige Rechtsmittelfrist nach sich. Denkbar ist, dass eine Rechtsmittelinstanz im Rahmen einer umfassenden Einigung der Parteien über alle strittigen Punkte ein Verfahren erledigt, auch wenn sie an sich nur über einen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen zu befinden hätte, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht (act. 2 S. 4). Ein derartiges Vorgehen setzt aber voraus, dass auch die Hauptpunkte, über die die Vorinstanz noch nicht befunden hat, in diese Regelung eingeschlossen werden. Ob eine Rechtsmittelinstanz allerdings autoritativ auf diese Weise vorgehen darf, da sie damit den Parteien den Instanzenzug abschneidet, braucht an dieser Stelle nicht weiter vertieft zu werden, da der Entscheid des Bezirkrates bereits aus einem anderen Grund fehlerhaft und aufzuheben ist.

4.3. Wie schon erwähnt strebt der Beschwerdegegner die Übertragung der alleinigen Sorge für C._____ an ihn selber an (KESB act. 17/1). Diese Frage hat die KESB bis anhin nicht entschieden, worauf die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin zu Recht hinweist (act. 2 S. 4 Rz 11). Der Beschwerdegegner äussert sich dazu nicht explizit, sinngemäss indes widersprüchlich, indem er ausführt, es sei unhaltbar, hier nur von einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen zu sprechen, und gleichzeitig vorbringt, das Hauptverfahren habe noch gar nicht richtig begonnen und stehe seit dem vorsorglichen Massnahmeentscheid vom

15. Juni 2015 gänzlich still (act. 16 S. 7 Rz 8 und S. 8 Rz 8.5). Über die Hauptfrage, nämlich ob die bestehende gemeinsame elterliche Sorge dem Beschwerdegegner wie von diesem beantragt alleine übertragen werden soll, hat auch der Bezirksrat nicht entschieden. Damit ist die Hauptsache nach wie vor ungeklärt und harrt der Entscheidung durch die KESB. Die Anweisung des Bezirkrates an die KESB, ihr Hauptverfahren nach Errichtung der Beistandschaft und Ernennung der Beistandsperson abzuschreiben, ist daher klarerweise falsch.

4.4. Materiell nicht entschieden hat der Bezirksrat über die Errichtung der Beistandschaft, sondern die KESB ersucht, eine solche einzurichten (act. 6 Dispositiv Ziffer la), wobei er in den Erwägungen davon ausging, die Parteien seien sich diesbezüglich einig (a.a.O. S. 5). Entsprechende Anträge hatten die Parteivertreter in ihren Eingaben allerdings nicht gestellt (vgl. BR act. 2 S. 2 und BR act. 17 S. 2). Soweit die Vorinstanz der Auffassung ist, alle offenen bzw. strittigen Punkte regeln zu können oder zu dürfen und diesen Anschein im Dispositiv auch erweckt, bleibt kein Raum, die Vorinstanz über einzelne Punkte entscheiden zu lassen (Art. 318 ZPO). Ist nach Ansicht des Bezirkrates eine Beistandschaft zu errichten, hat er diese Anordnung im Entscheid zu treffen und zugleich die Aufgaben des Beistandes/der Beiständin festzulegen (§ 58 Abs. 1 EG KESR). Die vom Bezirksrat gewählte Vorgehensweise stellt sinngemäss eine (Teil-)Rückweisung dar, die nur in Frage kommt, wenn u.a. der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Davon geht der Bezirksrat nicht aus. Der Entscheid des Bezirkrates ist in diesem Punkt fehlerhaft. Ob hier eine Beistandschaft mit klar umschriebenen Aufgabenfeldern zu errichten sein wird, namentlich bezüglich der Modalitäten der zu erlassenden Betreuungs-/Besuchsregelung, wird die KESB zu prüfen und zu entscheiden haben.

5.1. In der Sache selber wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die vom Bezirksrat getroffene Regelung der Besuchskontakte von C._____ zu ihrem Vater. Nach dem Entscheid der KESB sollte C._____ jedes Wochenende von Freitagabend ab ca. 17.00 Uhr bis am Sonntagmittag um 11.30 Uhr vom Vater betreut werden. Ferner räumte die KESB dem Vater und der Mutter während der Dauer des Verfahrens das Recht ein, je eine Woche Ferien mit C._____ zu verbringen

(KESB act. 43). Der Bezirksrat sieht dagegen folgende Regelung vor: C._____ verbringt drei Wochenenden hintereinander von Freitag, 17.00 Uhr bis Sonntag, 17.00 Uhr beim Vater; das vierte Wochenende verbringt sie bei der Mutter. Sodann wird C._____ an dem Abend der Woche, an welchem die Mutter arbeiten muss, von 16.45 Uhr bis um 20.30 Uhr, vom Vater betreut. Schliesslich kann der Vater drei Wochen Ferien im Jahr, davon höchstens zwei Wochen aneinander, beim Vater verbringen (act. 6 S. 6).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Regelung der KESB sei bereits ausgedehnt und werde seither so gelebt. Alle hätten sich daran gewöhnt und auch C._____ scheine mit dieser Regelung gut leben zu können. Es bestehe kein Grund, für die kurze Dauer des Verfahrens diese Regelung zu ändern. Unzutreffend sei, dass dem Vater bei dieser Regelung nie ein vollständiges Wochenende zur Verfügung stünde, da C._____ jede Woche am Samstag bei ihm weile, was ihm soziale Kontakte ohne weiteres ermögliche. Da aktuell nur für die Dauer des Verfahrens eine Regelung getroffen werden müsse, sei es nicht angezeigt, die Anordnung der KESB abzuändern, um danach im Hauptverfahren allenfalls nochmals zu einer anderen Regelung zu gelangen. Dies führte zu einer unnötigen Verwirrung, insbesondere für C._____, was zu vermeiden sei (act. 2 S. 5 f.).

Der Beschwerdegegner seinerseits beantragt auf die Beschwerde nicht einzutreten, diese eventualiter abzuweisen und ihr per sofort die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Er hält den ersten Antrag der Beschwerdeführerin für nicht rechtsgenügend formuliert, da er bei Gutheissung nicht ohne weiteres vollstreckt werden könne. Weiter verneint er das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin, da anlässlich der ausgiebigen Diskussion beim Bezirksrat beide Seiten dem ausgearbeiteten Vergleich zugestimmt und diesen zudem mit Handschlag besiegelt hätten; das Unterschriftserfordernis sei eine blosser Ordnungsvorschrift; es sei rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Beschwerdeführerin im Nachhinein darauf berufe. In der Sache selber lässt der Beschwerdegegner vorbringen, die angeordnete Besuchsregelung stelle einen Ermessensentscheid des Bezirkrates als Vorinstanz dar, in den das Obergericht nicht eingreifen solle, zumal dieser Entscheidung nach persönlicher Anhörung der Parteien, einem ausführlichen gemeinsa-

men Gespräch mit anschliessender Bedenk-/Beratungspause, mithin einer in jeder Beziehung breit abgestützten Abklärungs- und Kommunikationsbasis gründe. Die getroffene Regelung sei nicht unangemessen. Ferner ist nach seiner Ansicht die vom Bezirksrat erlassene Regelung zu seinen Lasten stundenmässig eingeschränkter als diejenige der KESB. Für konstruiert und unhaltbar hält er sodann die Auffassung der Beschwerdeführerin, es gehe in diesem Beschwerdeverfahren einzig und allein um vorsorgliche Massnahmen und die KESB habe anschliessend das Hauptverfahren weiter zu führen (act. 16 S. 2-9).

5.2. Der Beschwerdegegner hält den Antrag 1 der Beschwerdeführerin für rechtsungenügend formuliert und beantragt daher ein Nichteintreten auf die Beschwerde (act. 16 S. 2). Zutreffend ist, dass ein Rechtsmittel einen konkreten Antrag enthalten muss und klar gemacht wird, wie die Rechtsmittelinstanz entscheiden soll; dies gilt im Besonderen für vermögensrechtliche Verfahren, in denen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden muss, welcher Betrag bestritten oder anerkannt wird und wie die Rechtsmittelinstanz entscheiden soll (vgl. REETZ/THEILER in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm. Art. 311 N 34). Hier hat die Beschwerdeführerin in ihrem Antrag 1 nicht konkret angegeben, wie die Kammer entscheiden soll, sondern nur ausdrücklich auf die Regelung der KESB verwiesen; in der anschliessenden Begründung nennt sie jedoch zweimal explizit die fragliche Regelung (act. 2 S. 2 Rz 2 und S. 5 Rz 16), so dass restlos klar ist, welches die angestrebte Regelung sein soll. Dies ist ausreichend. Dem Eintreten auf die Beschwerde steht nichts entgegen, zumal diese auch begründet ist.

5.3. Der Bezirksrat orientierte sich bei seinem von der Regelung durch die KESB abweichenden Entscheid offenkundig an dem Vorschlag, wie er anlässlich der Vergleichsgespräche der Parteien beim Bezirksrat am 27. Oktober 2015 ausgearbeitet, zu Papier gebracht, aber damals von keiner Partei unterzeichnet worden war (vgl. BR act. 29 und act. 6). Damit war kein Vergleich zustande gekommen, weil es an der nötigen Unterzeichnung des Protokolles fehlte; der vom Beschwerdegegner angeführte von einem lächeln begleitete Handschlag, mit dem der Vergleich nochmals besiegelt worden sei (act. 16 S. 4 oben), ersetzt die verlangte

Unterschrift nicht (Art. 241 Abs. 1 ZPO). Dies mag aus Sicht des Beschwerdegegners bedauerlich sein; Weiterungen dazu, insbesondere die Befragung der an den Vergleichsgesprächen beteiligten Amtspersonen (act. 16 S. 4), sind nicht erforderlich. Wenn sich die Beschwerdeführerin auf diese formale Anforderung bezieht, stellt dies jedenfalls kein rechtsmissbräuchliches Verhalten oder ein Verhalten wider Treu und Glauben dar, wie der Beschwerdegegner meint (act. 16 S. 5). Unerheblich ist, weshalb die Parteien am 27. Oktober 2015 das fragliche Papier nicht unterzeichneten. Wäre das Protokoll an Ort und Stelle unterzeichnet worden, hätte das Verfahren gleichwohl nicht, wie dies Art. 241 Abs. 3 ZPO an sich vorsieht, abgeschrieben werden dürfen, da im Bereich des Kindesschutzes die Officialmaxime gilt, welche besagt, dass es nicht den Parteien anheim gestellt ist, wie sie ein Verfahren beenden wollen. Eine von den Parteien getroffene einvernehmliche Regelung ist daher auch immer von der Behörde, bei der das Verfahren hängig ist, daraufhin zu prüfen, ob sie sachgerecht und angemessen ist und insoweit genehmigt werden kann (vgl. BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, Art. 446 N 3 und N 34).

Die vom Bezirksrat am 27. Oktober 2015 durchgeführte Verhandlung diene Vergleichsgesprächen oder der gütlichen Einigung und lässt sich daher als Instruktionsverhandlung nach Art. 226 ZPO verstehen. Ein Protokoll über diese Verhandlung ist in den Akten nicht vorhanden, was fehlerhaft ist, da nach Art. 235 ZPO das Gericht über jede Verhandlung Protokoll zu führen hat. Daran ändert nichts, dass das, was die Parteien im Hinblick auf eine einvernehmliche Verständigung äussern, nicht zu protokollieren ist (vgl. LEUENBERGER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm. Art. 226 N 15). Hinwiederum darf das, was in der Instruktionsverhandlung in Bezug auf einen Vergleich geäussert wird, im weitem Prozess nicht verwendet werden (a.a.O. N 14). Vielmehr hat sich das Gericht bei seiner Entscheidung an die Ausführungen der Parteien, welche förmlich Aktenbestandteil bilden, zu halten. Bei seiner Entscheidung hat der Bezirksrat jedoch offenkundig und fälschlicherweise auf das Bezug genommen, was im nicht zustande gekommenen Vergleich an vermeintlicher Übereinstimmung erzielt worden war (act. 6 S. 3-5). Der Bezirksrat hätte bei seiner Entscheidung über die von der KESB erlassenen vorsorglichen Massnahmen sich mit den vom Vater da-

gegen vorgebrachten Anträgen und Argumenten (BR act. 2 S. 2) und der gegenteiligen Anträge und Begründung der Mutter auseinandersetzen und diese wie auch die Erwägungen der KESB als Vorinstanz prüfen und würdigen müssen. Dies hat er unterlassen.

5.4. An sich würden diese schwerwiegenden Verfahrensfehler nicht nur die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, sondern auch die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz nahelegen, damit diese ihr Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen gesetzeskonform beende. Da die Kammer sowohl den Sachverhalt als auch die rechtliche Würdigung frei überprüfen kann und die Parteien sich zu den Themen der vorsorglichen Massnahmen äussern konnten, ist ein Entscheid durch die Kammer angezeigt, nicht zuletzt, damit das Hauptverfahren vor der KESB weitergeführt und abgeschlossen werden kann und nicht, wie vom Beschwerdegegner befürchtet, noch jahrelang andauert (act. 16 S. 8 Rz 8.5.).

6.1. C._____ lebt seit dem 17. Juni 2015 wieder im mütterlichen Haushalt, nachdem die KESB am 15. Juni 2015 entsprechend entschieden und einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hatte (KESB act. 43). Über die definitive Regelung der Sorge und Obhut/Betreuungsanteile wird die KESB erst noch zu befinden haben. Für einen Wechsel der Obhut von der Mutter zum Vater im Rahmen vorsorglicher Massnahmen besteht kein Anlass, zumal keine Gründe namhaft gemacht werden, die aktuell auf eine Gefährdung von C._____ bei ihrer Mutter hinweisen würden.

6.2 Es bleibt die Regelung der Kontakte zwischen C._____ und ihrem Vater. Die KESB räumte dem Vater wöchentliche Kontakte von Freitagabend bis Sonntag 11.30 Uhr ein. Dies will der Vater um 6 Stunden ausgedehnt haben resp. beantragt er die Bestätigung des bezirksrätlichen Entscheides (BR act. 2 S. 2; act. 16 S. 2, S. 5-7). Zur Begründung bringt er vor, die frühe Rückkehrzeit "zerreisse" ihm den gesamten Tag (BR act. 2 S. 2) resp. bei der Regelung der KESB verbleibe ihm nie ein ganzes Wochenende, das er mit C._____ verbringen könne (act. 16 S. 7). Dabei übersieht er, dass er nebst dem Freitagabend den ganzen Samstag und auch den Sonntagvormittag mit seiner Tochter verbringen kann und dies je-

des Wochenende. Bei dieser Regelung verbleibt der an Samstagen berufstätigen Mutter an den Wochenenden einzig der Sonntagnachmittag. Unbestritten ist, dass diese Regelung seit Juni 2015 gelebt wird. Für C._____ hat sich daher offenbar eine gewisse Konstante ergeben. Anlass, im Rahmen von *vorsorglichen Massnahmen* davon abzuweichen, besteht keiner. Wie eine definitive Regelung lauten soll, ist nicht an dieser Stelle zu entscheiden; dies wird Sache der KESB im Rahmen des Hauptverfahrens sein. Der Entscheid des Bezirksrates Bülach ist daher aufzuheben; stattdessen ist derjenige der KESB ist in diesem Punkt zu bestätigen.

6.3. Die KESB hat den Eltern sodann für die *Dauer des Verfahrens* je eine Woche Ferien mit ihrer Tochter C._____ zugestanden (KESB act. 43). Der Vater möchte stattdessen zwei Wochen Ferien mit C._____ verbringen (BR act. 2). Eine Begründung für diesen Antrag fehlt. Die Mutter akzeptierte diesen im Ermessen der KESB liegenden Entscheid (BR act. 17). Der Bezirksrat legte dagegen drei Wochen Ferien für den Vater fest, wobei er sich offensichtlich auf die nicht zustande gekommene Parteivereinbarung stützte. In seinem Entscheid fehlen Erwägungen zu dieser ausgedehnten Regelung. Gegen diese wendet sich die Mutter (act. 2 S. 2), wobei eine Begründung fehlt. Der Vater will die vom Bezirksrat getroffene Regelung bestätigt haben und die Beschwerdeführerin darauf beharren, dass sie diese nicht beanstande (act. 16 S. 7). Letzteres trifft nicht zu, obschon wie erwähnt die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Beibehaltung der von der KESB erlassenen Ferienregelung nicht begründet, was an sich ein Nicht-eintreten nach sich zöge. In Kindesschutzfällen sind die Gerichte allerdings nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 446 Abs. 3 ZGB), so dass die gerügte, aber unbegründet gebliebene Ferienregelung gleichwohl zu überprüfen ist.

Auch hier ist festzuhalten, dass die von der KESB getroffene Regelung der Ferien eine *vorläufige* ist und einzig für die *Dauer des Verfahrens* gilt. Auch diesbezüglich ist keine Änderung angezeigt. Damit ist nicht entschieden, was dereinst im Rahmen des Hauptverfahrens angeordnet werden wird.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Urteil des Bezirksrates Bülach vom 3. Dezember 2015 (Dispositiv Ziffern I und II) vollständig aufzuheben und der Ent-

scheid der KESB Bülach Süd vom 15. Juni 2015 vollumfänglich zu bestätigen ist. Der Klarheit halber ist im Dispositiv dieser Entscheid ausdrücklich aufzuführen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Sowohl die KESB als auch der Bezirksrat haben für ihre Verfahren keine Kosten erhoben. Diese Regelungen sind zu bestätigen.

Für das Beschwerdeverfahren vor der Kammer sind wegen der groben Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens keine Kosten zu erheben.

8.2. Der Bezirksrat hat der Mutter die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt. Diese ersucht auch für das obergerichtliche Verfahren darum (act. 2 S. 2), was ihr zu bewilligen ist. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird nach Vorlage ihrer Honorarnote für dieses Verfahren zu entschädigen sein.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirkrates Bülach vom 3. Dezember 2015 wird aufgehoben; stattdessen gilt der Entscheid der KESB Bülach-Süd vom 15. Juni 2015:

"1. C. _____ wird gestützt auf Art. 445 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB für die Dauer des Verfahrens, ab dem 17. Juni 2015, 9.00 Uhr, unter die alleinige Obhut ihrer Mutter, A. _____, gestellt.

2. Dem Vater, B. _____, steht bis zum Erlass des definitiven Entscheids der Kinderschutzbehörde das Recht zu, C. _____ jeder Woche von Freitagabend nach der Arbeit (ca. 17.00 Uhr) bis Sonntagmittag um 11.30 Uhr zu betreuen. Je nach Aufenthaltsort holt der Vater C. _____ am Freitagabend ab und bringt sie am Sonntag wieder zur Mutter zurück.

3. Sowohl dem Vater als auch der Mutter steht das Recht zu, während der Verfahrensdauer je eine Woche mit C. _____ zu verbringen.

4. A. _____ wird gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, zweimal pro Monat die Mütter- und Väterberatung aufzusuchen. Bei Nichteinhalten der Weisung wird die Beratungsstelle angehalten, dies der zuständigen Abklärungsperson beim kjz ... zu melden."

2. Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. Die Gerichtsgebühr für das obergerichtliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
4. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird nach Vorlage ihrer Honorarnote mit separatem Beschluss zu entschädigen sein.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage einer Kopie von act. 16 und 17, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bülach Süd, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Bülach, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: