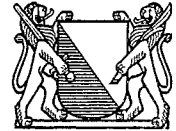


# Kassationsgericht des Kantons Zürich



---

Kass.-Nr. AA090047/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

## Zirkulationsbeschluss vom 1. April 2010

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin, Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller, Kläger, Appellat und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligter  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend

**Ehescheidung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Februar 2009 (LC070058/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Im August 1999 haben die Parteien geheiratet. Sie sind die Eltern des Kindes C.\_\_\_\_; welcher am tt.mm. 2000 geboren wurde. Am 23. Dezember 2003 haben die Parteien beim Bezirksgericht Horgen gemeinsam die Scheidung der Ehe beantragt. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens wurde für C.\_\_\_\_ unter anderem eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB errichtet (ER act. 38) und auch eine Prozessvertretung im Sinne von Art. 146 ZGB bestellt (ER act. 121). Weiter wurde im Laufe des Verfahrens ebenfalls im Rahmen vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 5. September 2005 für die Dauer des Scheidungsverfahrens den Parteien die Obhut über C.\_\_\_\_ (welche zuvor vereinbarungsgemäss von der Beschwerdeführerin ausgeübt wurde) entzogen und C.\_\_\_\_ wurde bei D.\_\_\_\_; dem früheren Ehemann der Beschwerdeführerin (und dessen Tochter E.\_\_\_\_ aus seiner Ehe mit der Beschwerdeführerin), untergebracht, unter gleichzeitiger Regelung eines Besuchsrechts der beiden Parteien (ER act. 133). Mit Urteil der Einzelrichterin in Familiensachen des Bezirkes Horgen vom 2. August 2007 wurde die Ehe der Parteien geschieden. C.\_\_\_\_ wurde unter die elterliche Sorge des Beschwerdegegners gestellt, dessen elterliche Obhut jedoch aufgehoben und C.\_\_\_\_ wurde bei D.\_\_\_\_ belassen. Weiter regelte die Einzelrichterin das Besuchsrecht der Parteien und die Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZGB wurde weitergeführt. Auf Ansprüche aus Güterrecht hatten die Parteien gegenseitig verzichtet (ER act. 278).

2. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin Berufung an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und beantragte insbesondere, ihr Sohn C.\_\_\_\_ sei unter ihre elterliche Sorge und Obhut zu stellen, entsprechend sei das Besuchsrecht des Beschwerdegegners zu regeln und dieser sei zur Be-

zahlung von Unterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_ und für sie persönlich zu verpflichten (OG act. 301). Der Scheidungspunkt wurde nicht angefochten. Der Beschwerdegegner und die Prozessvertreterin des Kindes beantragten die Abweisung der Berufung; die Prozessvertreterin verlangte zudem eine Beschränkung des Telefonverkehrs der Beschwerdeführerin mit dem Kind C.\_\_\_\_ (OG act. 308 und 318). Nach Einholung eines Berichtes der behandelnden Therapeutin von C.\_\_\_\_ (OG act. 330), welcher den Parteien nur in Zusammenfassung zur Kenntnis gebracht wurde (OG act. 335B und 339/340), fällte die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich am 11. Februar 2009 das Urteil: das Kind C.\_\_\_\_ wurde unter die elterliche Gewalt des Beschwerdegegners gestellt; die Obhut über C.\_\_\_\_ wurde dem Beschwerdegegner entzogen und das Kind bei D.\_\_\_\_ zur Pflege und Betreuung untergebracht. Das Besuchsrecht der Parteien wurde geregelt und die von der Vormundschaftsbehörde G.\_\_\_\_ errichtete Beistandschaft aufrecht erhalten. Es wurde davon Vormerk genommen, dass der Beschwerdegegner auf Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_ mangels Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin verzichte und das Begehren der Beschwerdeführerin um Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_ und um nahehelichen Unterhalt für sich selbst wurde abgewiesen (OG act. 345 = KG act. 2).

3. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Sie beantragt damit die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz. Zudem stellte sie den Antrag, es sei ihr weiterhin die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung zu gewähren (KG act. 1, S. 2). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 8). Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9). Der Verfahrensbeteiligte hat sich nicht vernehmen lassen.

## II.

1.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, dass weder den Parteien noch deren Vertretern im vorinstanzlichen Berufungsverfahren Einsicht in einen Bericht von Frau Dr. med. F.\_\_\_\_\_ vom 19. September 2008 zur aktuellen Befindlichkeit und zu den Bedingungen einer gedeihlichen weiteren Entwicklung des Kindes C.\_\_\_\_\_ gewährt worden sei, obwohl die Vorinstanz in ihrem Urteil massgeblich auf diesen Geheimbericht abgestellt habe. Diese Verweigerung der Akteneinsicht verletze ihren Anspruch auf das rechtliche Gehör gemäss § 56 ZPO und sei zudem willkürlich. Ebenfalls verletzt werde § 145 ZPO. Die Vorinstanz begründe in keiner Weise, inwiefern die Einsichtnahme zumindest der Rechtsvertreter die "übergeordneten Interessen des Kindes C.\_\_\_\_\_ gefährdet hätte. Daran ändere auch die Zustellung der von Frau Dr. F.\_\_\_\_\_ später verfassten Zusammenfassung des Berichtes nichts, um so weniger, da sich daraus keine Notwendigkeit einer Fremdplazierung von C.\_\_\_\_\_ herleiten lasse (KG act. 1, S. 5 - 7).

1.2 Die Vorinstanz erwog, auf Antrag der Beschwerdeführerin sei mit Beschluss vom 26. August 2008 ein Bericht der behandelnden Kindertherapeutin eingeholt worden. Da sich dieser Bericht zwangsläufig auf Erkenntnisse aus dem therapeutischen Prozess abstütze, sei zu Gunsten der Wahrung des therapeutischen Vertrauensverhältnisses und auf Wunsch der Therapeutin der Bericht den Parteien nur in einer Zusammenfassung offen gelegt worden. Nach Intervention der Beschwerdeführerin habe die Berichterstatterin selbst nochmals eine Zusammenfassung für die Parteien erstellt. Unter Hinweis auf § 145 ZPO führte die Vorinstanz aus, dieses Vorgehen zum Schutz der übergeordneten Interessen des Kindes gehe dem Anspruch der Parteien auf eine vollumfängliche Akteneinsicht vor (KG act. 2, Erw. II.3, S. 9 f.).

1.3 a) Aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör fliesst auch der Anspruch auf Einsicht in die dem Gericht vorliegenden Akten (explizit § 56 Abs. 2 ZPO). Im gerichtlichen Verfahren ist jedoch eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts zulässig, wenn schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter ge-

fährdet sind. In diesem Fall kann das Gericht das zu ihrem Schutz Geeignete anordnen (§ 145 ZPO). Auch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 4 aBV steht den Parteien kein uneingeschränktes Recht auf Akteneinsicht zu, sondern dieses kann beschränkt werden (BGE 132 II 257 ff.; BGE 122 I 153, insbes. S. 165 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zum Schutz von Gewährspersonen). Beschränkungen auf Akteneinsichtnahme sind nach sorgfältiger Interessenabwägung und bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zulässig; das Kassationsgericht prüft dabei frei, ob und in welchem Umfang Schutzmassnahmen anzuordnen sind (ZR 87 Nr. 60; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 18 zu § 56 und N 5 zu § 145 ZPO).

b) Vorliegend geht es um die Akteneinsicht der Parteien in einen vom Gericht auf Antrag der Beschwerdeführerin eingeholten Bericht der behandelnden Kindertherapeutin beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich in G.\_\_\_\_. Dabei handelt es sich offenbar um ein laufendes Therapieverhältnis den Sohn C.\_\_\_\_ betreffend. Bereits im Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 26. August 2008 (OG act. 330) und im Schreiben des Obergerichts an den Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich (KJPD) vom 27. August 2008 (OG act. 331) wurde darauf hingewiesen, den von der Kindervertreterin und der Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners geäusserten Bedenken zur Einholung des Berichtes könne dadurch Rechnung getragen werden, dass der Bericht bzw. Teile davon auf Antrag der Therapeuten vertraulich behandelt werden könnten und den Parteien nicht in vollständiger Form, sondern allenfalls nur zusammengefasst zugestellt werden könnten, um die therapeutische Vertraulichkeit oder die Zusammenarbeit der Therapeuten mit den Bezugspersonen von C.\_\_\_\_ nicht zu beeinträchtigen. Mit Einreichung des Berichtes ersuchte Frau Dr. F.\_\_\_\_ vom KJPD G.\_\_\_\_ sodann um eine vertrauliche Behandlung (OG act. 334) des Berichtes, insbesondere der Punkte 2 und 3 (OG act. 335A), woraufhin den Parteien vorerst eine von der Referentin des Obergerichts erstellte Zusammenfassung des Berichtes (OG act. 335B), und hernach eine weitere, von Dr. F.\_\_\_\_ verfasste Zusammenfassung (OG act. 340) zugestellt wurde.

c) Die Parteien haben im vorliegenden Ehescheidungsverfahren, in welchem es insbesondere um die Zuteilung der elterlichen Sorge und der Obhut über das gemeinsame Kind C.\_\_\_\_\_ geht, naturgemäss ein grosses Interesse an der Einsicht in die dem Gericht für diesen Entscheid zur Verfügung stehenden Akten, einerseits, um den getroffenen Entscheid nachvollziehen zu können, andererseits aber auch, um diesen allenfalls adäquat anfechten zu können. Diesem Interesse auf vollumfängliche Akteneinsicht der Eltern stehen die Interessen des Kindes gegenüber, um dessen Zuteilung es geht – insbesondere wenn es sich wie vorliegend in einem Loyalitätskonflikt befindet –, sowie die Interessen Dritter (wie Kindervertreter, Vertreter der Vormundschaftsbehörden, Lehrpersonen, Therapeuten, Ärzte etc.), welche sich ebenfalls vordringlich um das Kindeswohl zu sorgen haben. In casu geht es um die Einsicht in einen Bericht des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes des Kantons Zürich, wo C.\_\_\_\_\_ offenbar eine Therapie bei der Psychologin H.\_\_\_\_\_ besucht (OG act. 319). Die Vorinstanz verlangte von dieser einen Bericht über die gegenwärtige Situation des Kindes und dessen Entwicklung in körperlicher, psychischer und schulischer Hinsicht, sowie zur Qualität und Bedeutung der Beziehung von C.\_\_\_\_\_ zu seinem Beziehungsumfeld (Eltern, Pflegevater, Halbschwester) und diesbezüglichen positiven und negativen Faktoren (OG act. 330 und 331). Es liegt auf der Hand, dass die in einem solchen Bericht gewährten Auskünfte an Dritte insbesondere die Rechte des Kindes wie im Übrigen jene der Therapeutin tangieren und das Vertrauensverhältnis zwischen diesen beiden empfindlich stören könnten. Zudem muss eine weitere gezielte Zusammenarbeit der Therapeutin mit dem Umfeld des Kindes gewährleistet bleiben. Der Schutz dieser berechtigten Interessen steht dem Recht der Parteien auf Akteneinsicht gegenüber. In Abwägung dieser unterschiedlichen Interessen erscheint es verhältnismässig, den Parteien den Bericht der Therapeutin des Kindes C.\_\_\_\_\_ nur in einer zusammengefassten Form zugänglich zu machen. Dies gilt auch insofern, als die Beschwerdeführerin beanstandet, es sei zumindest ihrem Rechtsvertreter volle Einsicht in den Bericht zu gewähren. Wie bereits die Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 4. November 2008 (OG act. 338) ausführte, besteht keine Schweigepflicht des Anwaltes gegenüber seiner Mandantin, weshalb durch eine solche vollumfängliche Einsichtnahme durch den Rechtsvertreter

der Schutz der berechtigten Interessen Dritter (Therapeutin, C.\_\_\_\_ unter Umständen nicht oder nur unvollständig gewährt wäre. Von einer "leichtfertigen" Verweigerung des Akteneinsichtsrechts kann keine Rede sein. Eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör liegt nicht vor.

2.1 Als weiteren Punkt beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe entgegen ihrem Antrag keine erneute Kindesanhörung durchgeführt, obwohl der heute neunjährige C.\_\_\_\_ unbestrittenermassen vom Gericht im Rahmen des Scheidungsprozesses erst- und letztmals im Alter von fünf Jahren angehört worden sei und sich dessen Einstellung seither wesentlich verändert habe. So führe auch die Vorinstanz aus, dass C.\_\_\_\_ heute bei einer direkten Ansprache auf das Thema wohl eine Zuteilung an die Mutter bevorzugen würde. Die Vorinstanz zitiere sodann die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach dem eindeutig geäusserten Wunsch des Kindes bei der Regelung der elterlichen Sorge Rechnung zu tragen sei und dem Zuteilungswunsch umso grössere Bedeutung zukomme, je älter das Kind sei. In Widerspruch zu dieser Rechtsprechung werde C.\_\_\_\_ von der Vorinstanz als "kleines Kind" betrachtet, das noch nicht in der Lage sei, die Konsequenzen der Sorgerechtszuteilung zu überblicken. Das Gericht habe im Rahmen der Oficialmaxime abzuklären, welches die Wünsche des neunjährigen C.\_\_\_\_ seien, was durch eine Anhörung des Kindes zu erfolgen habe. Sodann habe die Beschwerdeführerin im Rahmen ihres Anspruches auf das rechtliche Gehör und dem daraus fliessenden Anspruch auf Beweisführung Anspruch auf die Durchführung einer Kindesanhörung. Die Vorinstanz verletze durch ihre Weigerung einer erneuten Kindesanhörung den wesentlichen Verfahrensgrundsatz der Oficialmaxime und das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin. Zudem verfalle die Vorinstanz in Willkür, wenn sie davon ausgehe, sie könne nicht auf den gegenteiligen Zuteilungswunsch von C.\_\_\_\_ abstellen, weil C.\_\_\_\_ altersmässig und auf Grund des starken Loyalitätskonfliktes nicht in der Lage sei, einen Entscheid zu treffen, der seiner echten inneren Verbundenheit und seinem längerfristigen Wohl entspreche (KG act. 1, S. 7 - 9).

2.2 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid unter Hinweis auf BGE 133 III 553 aus, das Recht des Kindes auf Anhörung im Scheidungsverfahren sei Aus-

fluss seines Persönlichkeitsrechtes und diene weder als Beweismittel für die Erziehungseignung der Eltern noch als verbindliche Entscheidungsgrundlage für den Sorgerechts- und Obhutsentscheid. Das Ergebnis der Anhörung bilde lediglich eines von mehreren Indizien für den Entscheid, insbesondere bei kleineren Kindern im Primarschulalter, welche noch nicht in der Lage seien, die massgeblichen Umstände und die Tragweite des Zuteilungsentscheides für ihre künftige Entwicklung objektiv und ausreichend abzuschätzen. Deren Präferenzen seien zudem häufig von kurzfristigen und bezüglich der Eignung des Erziehungsmilieus nicht massgeblichen Vorteilserwartungen geprägt und für entsprechende Einflussnahmen des interessierten Elternteils empfänglich, zumal wenn sie sich zufolge eines intensiven Scheidungskampfes in einem tiefen Loyalitätskonflikt befinden würden, welcher durch eine gerichtliche Anhörung noch verschärft werde. Im Interesse des Kindes sei daher Zurückhaltung geboten und von der Wiederholung der Befragung sei abzusehen, insbesondere wenn bereits eine unabhängige, fachkundige Gutachterin eine Anhörung vorgenommen habe. Unter Hinweis auf die bereits durchgeführte Anhörung des Kindes im Jahr 2005 und die seither erstellten Berichte von Kinderbeiständinnen und der behandelnden Therapeutin, sowie auf den besonders schweren Loyalitätskonflikt, in dem sich das Kind gegenwärtig befinde, hat die Vorinstanz sodann eine erneute Anhörung von C.\_\_\_\_\_ abgelehnt (KG act. 2, Erw. II.2, S. 8 f.).

2.3 Im vorliegenden Verfahren geht es um die Überprüfung eines Urteils des Obergerichts in einem Ehescheidungsverfahren. Gegen dieses Urteil kann auch zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erhoben werden, mit welcher die Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden kann (Art. 72 und 95 BGG). Das Bundesgericht überprüft entsprechende Rügen mit freier Kognition. Dies gilt auch für die Rüge der Verletzung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften. Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dabei der geltend gemachte Mangel mit freier Kognition überprüft werden kann. Auf die Rügen der Verletzung der Untersuchungsmaxime und der unterlassenen (wiederholten) Kinderanhörung (Art. 144, 145 ZGB) kann folglich nicht eingetreten werden. Daran kann auch der Umstand nichts ändern,

dass sich die Beschwerdeführerin im gleichen Sachzusammenhang auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäss § 56 ZPO beruft. Diese Rüge erschöpft sich insoweit im Vorwurf der Missachtung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften (vgl. auch RB 2002 Nr. 107).

Anzufügen ist hier, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kein Anspruch auf eine Kindesanhörung aus einem kantonalrechtlichen Anspruch auf Beweisführung fliessen kann. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, ist der Anspruch des Kindes auf Anhörung Ausfluss von dessen Persönlichkeitsrecht und dient nicht als Beweismittel für die Erziehungseignung der Eltern oder als verbindliche Entscheidungsgrundlage für die Sorgerechts- oder Obhutszuteilung.

2.4 Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, die Vorinstanz begründe nicht, weshalb der heute neunjährige C.\_\_\_\_ nicht in der Lage sein solle, sich zur Sorgerechtszuteilung zu äussern und die Konsequenzen der Sorgerechtszuteilung zu überblicken, wird dies von den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz, auf welche verwiesen werden kann (KG act. 2, S. 40 f.), widerlegt.

Soweit die Beschwerdeführerin sodann die Erwägung der Vorinstanz als willkürlich rügt, es sei nicht auf den gegenteiligen Zuteilungswunsch C.\_\_\_\_s abzustellen, weil er altersmässig und auf Grund des starken Loyalitätskonflikts nicht in der Lage sei, einen Entscheid zu treffen, der seiner echten inneren Verbundenheit und seinem längerfristigen Wohl entspreche, begründet die Beschwerdeführerin diese Beanstandung mit dem fehlenden Gutachten. Diesbezüglich macht sie die Verletzung von Bundesrecht geltend (vgl. dazu die nachfolgende Erwägung 3), die hier nicht überprüft werden kann.

3.1 Die Beschwerdeführerin führt sodann aus, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf das rechtliche Gehört sowie § 171 ZPO verletzt, indem sie entgegen ihrem seit Beginn des Scheidungsprozesses gestellten Antrag kein fundiertes kinderpsychiatrisches Gutachten zur Zuteilung des Sorgerechts über C.\_\_\_\_ eingeholt habe. Stattdessen stütze sich die Vorinstanz auf einen fragwürdigen Bericht des I.\_\_\_\_s vom 7. September 2004, welcher derart mangel-

haft gewesen sei, dass am 31. Juli 2006 eine Ergänzung nötig gewesen sei. Beim Bericht von Dr. F.\_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2008 handle es sich sodann ausdrücklich nicht um eine gutachterliche Stellungnahme. Im Ergänzungsbericht des I.\_\_\_\_\_ vom 31. Juli 2006 werde sodann eigens darauf hingewiesen, dass weitere gutachterliche Abklärungen, namentlich zu den "grundlegenden Bedürfnissen" des Kindes C.\_\_\_\_\_ und über die Persönlichkeiten der Betreuer des Kindes zu empfehlen seien. Gleichwohl gehe die Vorinstanz in aktenwidriger und willkürlicher Weise davon aus, "die Betreuungssituation sei gutachterlich geprüft worden" und das Gutachten des I.\_\_\_\_\_s vom 7. September 2004 in Verbindung mit der ergänzenden Erläuterung vom 31. Juli 2006 könne als Grundlage der Gestaltung der Elternrechte und insbesondere der Obhutsausübung durch die Beschwerdeführerin auch heute noch herangezogen werden. Es sei willkürlich, wie die Vorinstanz davon auszugehen, die vom I.\_\_\_\_\_ geforderten weiteren Abklärungen hätten durch die Kinderbeiständinnen vorgenommen werden können und allfällige Lücken hätten durch die Prozessvertreterin von C.\_\_\_\_\_ gefüllt werden können. Auch aus dem aktuellen Bericht von Frau Dr. F.\_\_\_\_\_ welche auf eine alarmierende aktuelle Situation von C.\_\_\_\_\_ hinweise, folge, dass eine fachmännische Beurteilung der Betreuungssituation von C.\_\_\_\_\_ unerlässlich sei. Die Vorinstanz habe in Verletzung von § 171 ZPO kein kinderpsychiatrisches Gutachten angeordnet und sich selber zum Gutachter erhoben (KG act. 1, S. 9 - 14).

3.2 Gemäss Art. 145 Abs. 1 ZGB gilt für die Regelung der Kinderbelange im Scheidungsverfahren die Offizialmaxime und das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen. Nötigenfalls zieht das Gericht Sachverständige bei und erkundigt sich bei der Vormundschaftsbehörde oder einer in der Jugendhilfe tätigen Stelle (Art. 145 Abs. 2 ZGB). Demgemäss ist neben dem allgemeinen Grundsatz der Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen in Kinderbelangen auch die Frage des Beizuges von Sachverständigen bundesrechtlich geregelt. Entsprechende Rügen prüft das Bundesgericht demnach auf zivilrechtliche Beschwerde hin mit freier Kognition, weshalb auch diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist. Dies gilt auch, wenn die Beschwerdeführerin wie vorliegend die Verletzung von § 171 ZPO rügt, da sich auch diese Rüge im Vorwurf

der Verletzung von bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften (Art. 145 Abs. 2 ZGB) erschöpft. Auf die Beschwerde ist diesbezüglich nicht einzutreten.

4.1 Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin auch eine Verletzung von § 171 ZPO dadurch, dass im ganzen bisherigen Verfahren die Erziehungsfähigkeit der aktuellen Betreuungspersonen von C.\_\_\_\_\_ nicht gutachterlich abgeklärt worden sei. Stattdessen mute sich die Vorinstanz zu, die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdeführerin selber zu beurteilen. Willkürlich und aktenwidrig gehe die Vorinstanz sodann davon aus, dass sich die heute bestehende Betreuungssituation bei D.\_\_\_\_\_ bewährt habe und die gegenwärtigen Probleme C.\_\_\_\_\_s nicht als Folge einer ungünstigen Obhuts- und Betreuungssituation erschienen, sondern als Folgen des Loyalitätskonfliktes des Kindes und des viele Jahre dauernden Streites der Eltern um das Kind. Diese Annahmen würden in Verletzung von § 171 ZPO getroffen und die Vorinstanz erhebe sich selber zur Fachinstanz in kinderpsychologischen und kinderpsychiatrischen Belangen (KG act. 1, S. 14 - 16).

4.2 Wiederum erschöpft sich die Beanstandung der Beschwerdeführerin in der Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht kein Gutachten eingeholt und sich die Rolle eines Sachverständigen selber angemasst. Damit rügt sie jedoch einzig die Verletzung von Art. 145 Abs. 2 ZGB und somit bundesrechtlicher Vorschriften, was vom Bundesgericht auf zivilrechtliche Beschwerde hin frei überprüft werden kann. Auf die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist auch insofern nicht einzutreten.

5. Zusammenfassend konnte somit die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen und die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO). Die der Beschwerdeführerin auferlegten Gerichtskosten sind zufolge der ihr bereits vor Vorinstanzen gewährten unentgeltlichen Prozessführung – zu deren Entzug kein Grund vorliegt – einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Beschwerdeführerin ist darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung an die Gerichtskasse verpflichtet werden kann, wenn sie wieder in bessere wirtschaftliche Verhältnisse kommen sollte (§ 92 ZPO).

Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung befreit allerdings nicht von der Pflicht zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei. Da auf Grund der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin, welche selber die unentgeltliche Prozessführung beanspruchen kann, jedoch absehbar ist, dass die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners die ihr zustehende Prozessentschädigung von der Beschwerdeführerin nicht wird erhältlich machen können, ist ihr die Entschädigung direkt aus der Gerichtskasse auszubezahlen; der Anspruch geht auf die Gerichtskasse über (§§ 89 Abs. 2 und 3 ZPO). Diese Entschädigung, wie auch die Entschädigung, die dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 89 Abs. 2 ZPO aus der Gerichtskasse ausbezahlt werden, können in Anwendung von § 92 ZPO von der Beschwerdeführerin zurückgefordert werden, sollte sie wieder in bessere wirtschaftliche Verhältnisse kommen (§ 92 ZPO).

Die Prozessbeiständin des Verfahrensbeteiligten hat sich zur Beschwerde nicht vernehmen lassen. Ihr sind somit soweit ersichtlich keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren erwachsen, weshalb ihr keine Entschädigung zuzusprechen ist.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachforderung gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'690.-- (inkl. MWST) zu entrichten.  
Da diese Entschädigung von der Beschwerdeführerin voraussichtlich nicht erhältlich sein wird, wird sie der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners, RAin Y.\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt. Die Forderung geht auf die Gerichtskasse über. Die Nachforderung gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, RA X.\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen und Auslagen im Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 3'228.-- (inkl. MWST) aus der Gerichtskasse ausbezahlt. Die Nachforderung gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert ist unbestimmt.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 11. Februar 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht

neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie die Einzelrichterin im Familiensachen am Bezirksgericht Horgen (ad FE030291), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin:

