

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU110052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 3. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Fürsprecher X. _____

gegen

Kanton Zürich, Zustelladresse: BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich,
Beklagter und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend

Dienstbarkeit usw. / Ablehnungsbegehren

Beschwerde gegen einen Beschluss der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Oktober 2011 (CG110129)

Erwägungen:

1.1 Der Kläger ist Eigentümer eines Grundstücks an der ...strasse in B._____. Der Kanton Zürich ist Eigentümer eines benachbarten Grundstücks, auf welchem die Beamtenversicherungskasse des Kantons die Vergrösserung des bestehenden Gebäudes plant oder schon zu realisieren im Begriffe ist. Der Kläger macht geltend, dem stehe eine Dienstbarkeit zu seinen Gunsten entgegen.

Am 21. September 2011 machte der Kläger mit Einreichen der entsprechenden Weisung beim Bezirksgericht Zürich eine Klage gegen den Kanton Zürich anhängig, mit welcher er primär das Bauvorhaben verhindern will und zudem die Zahlung von rund Fr. 8'500.-- aus einem Streit über die Abwasserleitung und Fr. 1'000.-- für vorprozessuale Aufwendungen verlangt. Gleichzeitig verlangte er, das Bezirksgericht Zürich und alle Zürcher Bezirksgerichte müssten in den Ausstand treten. Da alle Mitglieder der Gerichte bei der Beamtenversicherungskasse des Kantons versichert seien und sich diese in einer finanziell prekären Situation befinde, bestehe bei allen in Frage kommenden Richtern der Anschein der Befangenheit (act. 6/1).

1.2 Das Bezirksgericht wies das Ablehnungsgesuch am 17. Oktober 2011 ab. Da die möglichen Folgen des Prozesses für die einzelnen Versicherten nur absolut marginal ausfallen könnten, sei das Begehren offensichtlich unbegründet (act. 6/5). Der Entscheid ging dem Vertreter des Klägers am 22. Oktober 2011 zu.

Der Kläger führt gegen diesen Beschluss mit Eingabe vom 31. Oktober 2011 (zur Post gegeben am 1. November 2011) Beschwerde an das Obergericht. Vorweg verlangt er, das Obergericht und sämtliche oberen Gerichte des Kantons hätten in den Ausstand zu treten, und der angefochtene Beschluss sei "aufzuheben, soweit damit das Ausstandsbegehren (...) gegenüber dem ganzen Bezirksgericht Zürich respektive gegen alle seine RichterInnen und GerichtsschreiberInnen abgewiesen wird". Er bezweifelt, dass die finanziellen Auswirkungen des Prozesses auf einzelne Versicherte so gering seien wie das Bezirksgericht annahm, und verlangt, das müsse beweismässig geklärt werden; freilich komme es letztlich darauf nicht an, da alle Versicherten so oder so in einer finanziellen Beziehung zum Be-

klagen stünden. Der Verlust des aktuellen Verfahrens könnte die "Abwärtsspirale" der Versicherungskasse beschleunigen und die drohende Zwangssanierung vollends auslösen. Dass der Anschein der Befangenheit bestehe, erhelle nur schon daraus, dass er in der Presse diskutiert werde (act. 2). Mit einer vom 31. Oktober 2011 datierten, aber erst am 4. November 2011 zur Post gegebenen Eingabe (act. 7) legt der Kläger verschiedene Presseartikel ins Recht, und mit einer weiteren Eingabe vom 11. November 2011 legt er einen weiteren Zeitungsartikel vor und verlangt er den Beizug verschiedener Unterlagen (act. 9).

1.3 Den Vorschuss für die Gerichtskosten leistete der Kläger fristgerecht.

Es wurden die Akten, aber keine Beschwerdeantwort eingeholt.

2.1 Der Entscheid des Bezirksgerichtes über den verlangten Ausstand konnte mit Beschwerde angefochten werden (Art. 50 Abs. 2 ZPO), und zwar, wie seine Rechtsmittelbelehrung zutreffend erläuterte, als prozessleitender Entscheid innert zehn Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die am 1. November 2011 zur Post gegebene Beschwerde ist rechtzeitig.

In der Beschwerde sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Der Vorbehalt "besonderer Bestimmungen" (Abs. 2) bezieht sich beispielweise auf Art. 174 SchKG (Anfechtung der Konkureröffnung) oder - wo es der Sache nach zwingend ist - auf die Arresteinsprache nach Art. 278 Abs. 3 SchKG. Er erfasst nicht die Novengründe des Art. 229 ZPO und greift insbesondere auch nicht die Verfahren mit Untersuchungsmaxime - welche im vorliegenden ordentlichen Verfahren um die Tragweite einer Dienstbarkeit ohnehin nicht gilt (*BGer 5A_405/2011* vom 27. September 2011) - auf.

Damit dürfen die erwähnten nachträglichen Eingaben des Klägers an sich nicht beachtet werden. Es wird sich allerdings zeigen, dass das, was der Kläger damit nachweisen will, als allgemein bekannt ohnehin zu berücksichtigen ist.

2.2 Nach Art. 50 Abs. 1 ZPO entscheidet "das Gericht" über einen bestrittenen Ausstand. Obschon das auf den ersten Blick bedeuten könnte, die Abgelehnten dürften selber entscheiden, ist das Gegenteil richtig: der Entscheid über

den eigenen Ausstand erginge sozusagen in eigener Sache, und Art. 50 Abs. 1 ZPO ist daher zu lesen als "das Gericht in anderer Besetzung" (Peter Diggelmann, Dike-Komm ZPO, Art. 50 N. 1).

Der Kläger kritisiert nicht, dass mit Angehörigen der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich selber Abgelehnte entschieden haben. Sie begründeten das damit, dass das Begehren offensichtlich unbegründet sei (angefochtener Beschluss S. 3). Dem kann das Obergericht nicht beipflichten. Der Verzicht auf den Entscheid durch andere Personen sollte die absolute Ausnahme sein und für querulatorische Begehren aufgespart werden (Peter Diggelmann, Dike-Komm ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 50 N. 106), und das Begehren des Klägers ist zwar in der Begründung durchaus radikal, aber weder querulatorisch noch auch nur sehr leicht widerlegbar.

In der besonderen Situation, dass der Kläger schlechthin alle Angehörigen der Zürcher Justiz ablehnt, war der Entscheid durch Abgelehnte freilich gar nicht zu umgehen. Der Kläger hat seine Klage und das damit verbundene Ablehnungsgesuch denn auch dem Bezirksgericht eingereicht, und er wendet sich mit seiner Beschwerde an das Obergericht, welches er ebenfalls ablehnt. Er wünscht also, auch wenn er das nicht so formuliert, dass die Beschwerdeinstanz die Sache zwar nicht behandle, aber doch immerhin den Entscheid fälle, sie nicht zu behandeln. Anders als im Strafprozess, wo für den Fall einer Ablehnung der ganzen Rechtsmittelinstanz eine Regel aufgestellt wurde (Art. 59 Abs. 1 lit. d StPO: dann entscheidet das Bundesstrafgericht), hielt der Gesetzgeber eine solche für den Zivilprozess offenbar für entbehrlich. Es ist also unvermeidlich, dass auch heute - an sich systemwidrig - Abgelehnte über ihre Ablehnung richten.

3.1 Der Anspruch der Parteien auf ein unparteiisches, unvoreingenommenes und unabhängiges Gericht wird von der EMRK und der Bundesverfassung garantiert. Es dürfen demnach keine Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, zugunsten oder zulasten einer Partei auf den Entscheid einwirken, und die zum Entscheid berufenen Personen müssen Gewähr für die Entscheid-Offenheit bieten. Dabei ist besonders wichtig, dass die Urteilenden keine eigenen Interessen haben, welche mit dem Entscheid gefördert oder beeinträchtigt werden können.

ten. Ferner bedarf es nicht des Nachweises eines solchen Umstandes, sondern es genügt, wenn dieser glaubhaft gemacht ist - wobei die Bedenken immerhin bei einer objektiven Betrachtung begründet sein müssen und nicht dem rein subjektiven Empfinden der Partei entspringen dürfen (Art. 47 Abs. 1 und 49 Abs. 1 zweiter Satz ZPO; Nachweise zur bundesgerichtlichen Praxis im zitierten Dike-Komm ZPO - diese Grundlagen dürften unbestritten sein).

Der Kläger ist der Auffassung, jede wirtschaftliche Beziehung zwischen Richter und Partei sei ein Ausstandsgrund, und das Ausmass spiele keine Rolle. So absolut ist das kaum zu halten. Es dürfte im ganzem EMRK-Raum keine staatlichen Richter geben, die nicht vom Staat besoldet sind und dennoch bisweilen in Sachen urteilen müssen, bei welchen eben dieser Staat beteiligt ist. Theoretisch beeinflusst jedes Festsetzen von Gebühren und jede Vollstreckung einer Forderung für Gerichtskosten den Stand der Staatsfinanzen, welcher sich wiederum auf das Ausmass der Steuerhebungen auswirkt und letztlich die Möglichkeit von Lohnerhöhungen für das Staatspersonal beeinflusst. Das als Ausstandsgrund zu nehmen, wurde allerdings bisher so weit ersichtlich zu Recht noch nie erwogen. Offenbar muss es doch eine untere Grenze der wirtschaftlichen Auswirkungen geben.

Richtig ist freilich, wenn der Kläger neben der in Geld ausdrückbaren Auswirkung eines Entscheides auch die psychologische Komponente der Unbefangenheit anführt. Weil sich gerichtliche Urteile in aller Regel in einem Ermessensspielraum bewegen, ist es staatspolitisch von grösster Bedeutung, dass die Betroffenen das Gericht als fair und wirklich neutral empfinden können. Unter diesem Aspekt kann ein relativ geringfügiger Anlass sehr negativ wirken und daher tendenziell einen Ausstandsgrund abgeben.

3.2 Obwohl die Verfassungsgrundlage identisch ist, wird das Ausstandsrecht im Straf- und Zivilprozessrecht unterschiedlich gehandhabt, und vor allem gibt es auch weit gehende Unterschiede bei der Umsetzung in den neuen Verfahrensgesetzen ZPO und StPO.

Die einzeln aufgezählten Ausstandsgründe sind zwar praktisch die selben (Art. 47 Abs. 1 ZPO gegenüber Art. 56 Abs. 1 StPO). Hingegen ist im Strafprozess ein Mitglied des Zwangsmassnahmegerichts, das etwa aufgrund einer vorläufigen Prüfung Haft angeordnet hat (Art. 225 f. StPO), in der selben Sache als Sachrichter ausgeschlossen (Art. 18 Abs. 2 StPO). Das Gesetz geht also davon aus, es könnte begründet befürchtet werden, die aufgrund einer nur höchst summarischen Prüfung innert kürzester Zeit gefällte Entscheidung über den Tatverdacht beeinflusse den späteren Entscheid in der Sache. Mitwirkung in der strafprozessualen Beschwerdeinstanz schliesst Mitwirkung in der Berufung aus (Art. 21 Abs. 2 StPO), und bei einer Revision können Mitglieder des Berufungsgerichtes nicht mitwirken (Art. 21 Abs. 3 StPO). Im Zivilprozess ist es anders: hier ist die Revision dem Sachgericht anvertraut (Art. 328 Abs. 1 ZPO), und ähnliche Konstellationen wie das Wirken in der strafrechtlichen Beschwerdeinstanz oder im Zwangsmassnahmegericht sind nach Art. 47 Abs. 2 ZPO ausdrücklich keine Ausstandsgründe: der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege (welche zu verweigern ist, wenn die Sache für die das Gesuch stellende Partei "aussichtslos" ist: Art. 177 lit. b ZPO), der Erlass oder das Verweigern vorsorglicher Massnahmen (wo die mutmassliche Begründetheit des Hauptbegehrens eine zentrale Rolle spielt: Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), die Mitwirkung im Eheschutz, wo die in einem späteren Scheidungsprozess relevanten Umstände bereits beurteilt wurden, aber nur aufgrund einer summarischen Prüfung (Art. 271 ZPO). In allen diesen Fällen ist der von einem der genannten Entscheide betroffenen Partei nicht zu verargen, wenn sie die "Entscheid-Offenheit" des späteren Sachentscheides anzweifelt. Ähnlich verhält es sich mit einer konstanten Praxis eines Gerichtes, noch pointierter: wenn dieses bereits einen analogen Fall der selben Partei beurteilt hat, oder wenn eine Sache zurückgewiesen wird. Aus Gründen der mehr oder weniger einleuchtenden praktischen Notwendigkeit wird eine Befangenheit von Gesetzes wegen verneint, obschon man mit dem Argument des Anscheins einer fehlenden Entscheid-Offenheit fast einfacher das Gegenteil begründen könnte. Besonders skurril wirkt, wie die selbe Verwaltung und das selbe Parlament das Vorgehen ordnen, wenn ein Ausstandsgesuch erfolgreich war: nach Art. 38 BGG (aus dem Jahr 2005) sind Amtshandlungen zu wiederholen, wenn es eine Partei innert *fünf*

Tagen nach Kenntnis des *Ausstandsgrundes* verlangt. Die StPO (2007) setzt die Frist auf fünf Tage ab Kenntnis des *Ausstandsentscheides* fest (Art. 60). Und die ZPO (2008) lässt den Parteien *zehn* Tage Zeit, und das wieder ab Kenntnis des *Ausstandsgrundes* (Art. 51). - Als Zwischenergebnis ist zu konstatieren, dass die Gesetzgebung den Ausstand unsystematisch, teils sogar willkürlich handhabt (willkürlich ist, Gleiches ohne erkennbaren Grund ungleich zu behandeln). Gibt es kein für die Rechtsanwendenden erkennbares System und Verfahren des Ausstandes, ist es auch ziemlich schwierig, eine neue Fragestellung sinnvoll einzuordnen.

3.3 Dass die Presse Bedenken über eine mögliche Befangenheit kolportiert oder selber äussert, kann Anlass sein, sich im betreffenden Fall dazu Gedanken zu machen. Glaubhaft wird ein Ausstandsgrund dadurch allerdings nicht. Der vom Kläger in diesem Punkt angerufene Artikel aus dem "... " (act. 4/5) betrifft zudem den Strafprozess gegen einen früheren Kaderangestellten der Versicherungskasse, und nicht den Prozess um die hier streitige Dienstbarkeit

3.4 Der Kläger macht nicht geltend, dass die am Bezirksgericht (oder nun am Obergericht) mit seiner Sache Befassten aus besonderen persönlichen Gründen befangen seien, etwa als Vertreter der Versicherten in einem Aufsichts- oder Mitsprachegremium. Es kommt daher nur wenn auch immerhin auf den Anschein einer Befangenheit aufgrund der gesetzlichen Versicherung an.

Die Versicherungskasse für das Staatspersonal erbringt die Alters- und Risiko-Leistungen für die Versicherten und ist von da her für diese, darunter die Richterinnen und Richter des Kantons, von grosser Bedeutung. Die Kasse befindet sich in einer finanziell ausgesprochen schlechten Lage; nach der im Internet öffentlich zugänglichen Selbst-Darstellung der Kasse fehlten am letzten Jahreswechsel Fr. 3,22 Mia., während der Fehlbetrag ein Jahr zuvor noch Fr. 2,96 Mio. [richtig: 2,96 *Mia.*] betragen hatte. Für Aussenstehende (und das sind in diesem Punkt auch die Versicherten) ist schwer abzuschätzen, worauf das zurück geht. Das widrige wirtschaftliche Umfeld kann es nur zu einem Teil sein, denn andere Kassen stehen besser da. Die zur Anklage gebrachte Korruption bei der Vergabe eines Verwaltungsmandates bedeutet nicht zwingend, dass der durch diese Be-

stechung Begünstigte kein guter Vermögensverwalter ist. Vor einigen Jahren wurden (nicht zuletzt um die Staatskasse zu schonen) aus einem angeblichen Überschuss eine zeitlang die Beiträge von Arbeitgeber und Arbeitnehmern finanziert. Daneben muss aber Misswirtschaft im grossen Stil vermutet werden. Dass das die Versicherten und unter ihnen die Richterinnen und Richter mit Besorgnis erfüllt, ist dem Kläger ohne Weiteres zuzugeben. Wenn er anführt, sein Obsiegen im pendenten Prozess könnte die Kasse der Zwangssanierung näher bringen, ist das durch die Ereignisse freilich bereits überholt: der Regierungsrat hat diese Zwangssanierung beschlossen (vgl. die im Internet abrufbare Medienmitteilung vom tt. November 2011 mit Beilagen). Dabei sollen voraussichtlich während Jahren die Sparguthaben nur noch reduziert verzinst werden, wobei immerhin "ein Negativzins ausgeschlossen ist" und erklärt wird, der Nettolohn der Versicherten bleibe trotz dieser Massnahme gleich. Ebenfalls für Jahre werden die Versicherten aber deutlich höhere Beiträge zahlen müssen, was sehr wohl auf den Lohn durchschlägt. Als Versicherter fühlt man sich sodann nicht wirklich ernst genommen, wenn die Regierung (neu) bestimmt, dass bei einer Unterdeckung deren "Ursache zu analysieren" sei, eine Expertin jährlich einen "Bericht erstellen" müsse und die Aufsichtsbehörde und die Versicherten "über getroffene Massnahmen zu informieren seien". Das sind Plattitüden, die bei den Personalverbänden begreiflicherweise Unmut ausgelöst haben, und auch die "gewöhnlichen" Versicherten müssen sich fragen, was für die Sicherung ihrer künftigen Rente getan wird. Nicht zuletzt ist die Aussicht sehr unerfreulich, dass der Kanton die Kasse so bald vom Deckungsgrad her möglich privatisieren will, was nur heissen kann, dass er das Risiko auslagern und eine weitere Krise voll zu Lasten der Versicherten gehen wird.

Zum Zustand der Versicherung des Kantons Zürich für seine Angestellten gibt es nichts schön zu reden.

Andererseits geht es im Prozess des Klägers nicht um die Sanierung der Versicherungskasse und nicht um das Verschulden an der heutigen Misere. Es geht um ein Bauprojekt der Kasse, das nur reduziert verwirklicht werden kann, wenn der Kläger mit seinem Standpunkt obsiegt. Er beziffert seine drohende Einbusse

bei Verletzung seiner Dienstbarkeit mit rund Fr. 161'000.-- und bezeichnet das als den Streitwert (act. 1 S. 9). Gleichzeitig beruft er sich darauf, dass der Beklagte dem ihm bei einem Prozessverlust drohenden Nachteil mit rund einer halben Million Franken angebe (act. 1, eingefügtes Blatt nach S. 3). Damit beträgt der Streitwert Fr. 500'000.-- (vgl. Peter Diggelmann, Dike Komm. ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011] Art. 91 N. 125 mit Verweis auf BGer 5A_23/2008) - und wenn sich wie hier die Frage stellt, wie die Versicherungskasse für das Staatspersonal vom Streit betroffen sein kann, ist ohnehin auf die halbe Million Franken abzustellen. So sehr das ein hoher Betrag ist, schlägt er doch jedenfalls nicht direkt auf irgend welche Renten- oder andere Versicherungsleistungen durch. Diese sind auch nach dem Systemwechsel vom Leistungs- zum Beitragsprimat gerade nicht in Abhängigkeit von den Aktiven der Kasse definiert, sondern sie bemessen sich entweder (bei den Risikoleistungen) nach dem versicherten Lohn und einem bestimmten Prozentsatz, oder aber (bei den ordentlichen Altersleistungen) ausgehend vom Sparkapital nach dem konkret anwendbaren Umwandlungssatz. Die Überlegung des Bezirksgerichtes, dass sich die Rente eines Versicherten bei einem Prozessverlust des Beklagten um 3,5 Rappen monatlich reduzierte, ist daher in ihrem Ansatz unzutreffend. Sie ist insofern von Bedeutung, als der für die Versicherungskasse auf dem Spiel stehende Betrag von Fr. 500'000.-- gemessen am Fehlbetrag von 3'220 Millionen nur einen Sechstausendvierhundertvierzigstel ausmacht. Weder für die Sanierungsbedürftigkeit an sich noch für den Erfolg der Sanierung wird der Prozess des Klägers also einen merklichen Einfluss haben.

Unter dem Aspekt, dass auch der blosse Anschein der Befangenheit genügt, dass die Versicherten und damit die Richterinnen und Richter für ihre Altersvorsorge massgebend auf die Rentenleistungen angewiesen sind, und dass es wenn auch nur in einem relativ winzigen Bruchteil doch um absolut gesehen viel Geld geht, liesse sich eine gewisse Besorgnis der fehlenden Entscheid-Offenheit durchaus verstehen.

Allerdings wurde vorstehend aufgezeigt, dass die Prinzipien der Unbefangenheit und Unabhängigkeit in der konkreten Umsetzung durch den Gesetzgeber nur mehr Worthülsen bleiben. Ob die heute konkret interessierende Konstellation

zum Ausstand führen muss, lässt sich daher nur kasuistisch und nicht ohne Blick auf verwandte Problemstellungen entscheiden.

Allerneuestens wurde in der Presse der Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichtes zu den Salären der kantonalen Sozialversicherungsrichter referiert (u.a. NZZ vom 10. Dezember 2011 S. 17). Bemerkenswert dabei ist vor allem der Entscheid des Bundesgerichts zur Ablehnung der Verwaltungsrichter, die nach allgemeinen Prinzipien fast selbstverständlich als befangen bezeichnet werden müssten. Die Mitglieder des Verwaltungsgerichtes werden vom Kantonsrat gewählt und sind daher einwandfrei befangen, wenn sie in die Verlegenheit kommen, diesem Kantonsrat eine Rechtsverletzung vorzuwerfen. Konkret mussten sie eine Besoldungsregelung prüfen, welche der Kantonsrat erlassen hatte. Dass kein ernsthaftes Bedenken bestehe, sie könnten das nicht völlig losgelöst von ihrem Wunsch tun, im Jahr 2013 für eine neue Amtsdauer wieder gewählt zu werden, ist unrealistisch; es kann nur mit einer aus politischen Gründen erforderlichen Fiktion begründet werden. Die Verwaltungsrichter waren jeder einzelne und sehr konkret finanziell interessiert: wenn sie entschieden, die Versicherungsrichter sollten neu statt in Klasse 27 in Klasse 28 besoldet werden, müsste ernsthaft befürchtet werden, der Kantonsrat stuft als Reaktion darauf alle obersten kantonalen Richter in dieser Klasse ein - und damit die Ober- und Verwaltungsrichter von der bisherigen Klasse 29 um eine Klasse in neu 28 herab. Einzuräumen ist, dass es sehr merkwürdig anmutete, wie der Kantonsrat selbst das Verwaltungsgericht als für Lohnstreitigkeiten zuständig erklärt, als Rechtsmittelbelehrung den Weiterzug an dieses Gericht angegeben hatte und dann den Ausstand der Verwaltungsrichter verlangte. Das würde an einer begründeten Besorgnis der Befangenheit zwar nichts ändern - gleichwohl fand das Bundesgericht, das Vergleichen von Löhnen im Rahmen einer Lohngleichheitsklage gehöre zum allgemeinen Aufgabenbereich eines Richters - auch wenn es sogar die eigenen Löhne betrifft oder betreffen kann (BGer 8C_712/2011 vom 18. Oktober 2011).

Ebenfalls ganz aktuell sind zwei Entscheide der III. Strafkammer des Obergerichts zur Frage des Ausstands der mit einem Strafverfahren in Sachen "BVK" befassten Mitglieder des Bezirksgerichts Zürich (UA110017 und 18 vom 5. De-

zember 2011, besprochen in der NZZ vom 9. Dezember 2011 S. 17; die Entscheide sind über die homepage des Obergerichts einsehbar). Auch nach den ansich besonders strengen Massstäben des Strafprozessrechts wurde die begründete Besorgnis einer Befangenheit verneint, unter anderem unter Hinweis darauf, dass eine gewisse Mitbetroffenheit der Richtenden ebenso wie etwa in Steuersachen unvermeidlich sei und in Kauf genommen werden müsse (BGE 136 III 383 E. 4. - instruktiv besonders die Abgrenzung der allgemeinen Betroffenheit vom konkreten Interesse eines Richters, dessen ganz persönliche Steuerlast sich je nach dem zu fällenden Entscheid um Fr. 40'000.-- erhöhen könnte).

Die Abhängigkeit der Richterinnen und Richter von den politischen Parteien, ohne welche kein Richteramt auf irgend einer Stufe besetzt wird, kann objektiv Bedenken an der Unabhängigkeit der Amtsträger wecken - umso mehr, als nach wie vor wohl alle Richterinnen und Richter der Schweiz ihren Parteien jährliche Abgaben entrichten müssen und immer wieder bedenkliche Versuche der Einflussnahme der Politik auf die Rechtsprechung vorkommen (dazu etwa Rechenschaftsbericht des Obergerichts über das Jahr 1996, S. 11 ff.). Das Bundesgericht hat aus der Mitgliedschaft eines Richters in einer für ihren wenig zimperlichen Stil und für die radikale Disziplinierung von Abweichlern bekannten Partei jedenfalls ohne bestimmte besondere Umstände keinen Grund zum Ausstand gesehen (BGer 1P.94/2006 vom 27. März 2006).

Keiner der Entscheide von Verwaltungs- und Bundesgericht betrifft ganz genau das heute zu diskutierende Problem der Versicherung aller in Frage kommenden kantonalen Richter bei der jedenfalls wirtschaftlich als Partei beteiligten Versicherungskasse. Sie zeigen aber, dass die Praxis den Ausstand differenziert handhabt und praktischen Gesichtspunkten (auch) Rechnung trägt.

Das letztere wurde auch deutlich bei der vorstehenden Diskussion der Sachverhalte, welche im Zivilprozess ausdrücklich nicht zum Ausstand führen sollen (Art. 47 Abs. 2 ZPO). Eine gewisse persönliche Betroffenheit als Mann oder als Frau, als Fussgänger oder als Automobilistin ist in der gerichtlichen Praxis Alltag, erscheint schlechterdings nicht vermeidbar, und führt für sich alleine genommen nicht zum Ausstand. Möglicherweise könnte sich eine Abgrenzung ergeben

aus der analogen Anwendung der Rechtsprechung zur Populärbeschwerde: legitimiert ist nur - hier: in den Ausstand treten muss nur -, wer mehr als jeder Andere betroffen ist (BGE 121 II 176 E. 3a).

Das konkrete Gesuch um Ablehnung aller kantonalen Richterinnen und Richter birgt als Ausstandsbegehren gegen eine ganze Gruppe von Personen endlich noch verschärfter als der Ausstand einzelner Gerichtsmitglieder die Gefahr, dass die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters tangiert wird (BGE 112 Ia 290, 293 am Ende der Erwägung 3a).

Alles in Allem ist es im vorliegenden Zusammenhang trotz verbleibender Bedenken nicht gerechtfertigt, den begründeten Anschein der Befangenheit aller kantonalen Richterinnen und Richter alleine aus dem Umstand abzuleiten, dass der Prozess wirtschaftlich die Versicherungskasse für das Staatspersonal betrifft. Damit ist die Beschwerde abzuweisen, und es muss offen bleiben, wie zu entscheiden wäre, wenn bei einem einzelnen Gerichtsmitglied ein besonderes Engagement im Zusammenhang mit der Kasse (etwa Mitgliedschaft in einem Aufsichtsrat o.ä.) geltend gemacht würde, und ebenso muss nicht entschieden werden, wer zum Entscheid berufen sein könnte, wenn tatsächlich einmal überhaupt keine Richterinnen und Richter eines bestimmten Kantons in Frage kämen.

4. Der Kläger hat die Beschwerde zu einer schwierigen Frage im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO in guten Treuen erhoben. Es ist daher auf eine Gebühr für das Rechtsmittelverfahren zu verzichten (im Sinne von Art. 107 Abs. 2 ZPO, dass die Kosten "dem Kanton aufzuerlegen" sind) - das heisst, dass der geleistete Kostenvorschuss dem Kläger zurückzuerstatten ist. Eine Prozessschädigung kommt allerdings mangels gesetzlicher Grundlage nicht in Betracht.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss wird dem Kläger zurückerstattet.
3. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage von Doppeln der act. 2, 7 und 9, sowie an das Bezirksgericht Zürich 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein, ferner an die Obergerichtskasse (mit Hinweis auf Erwägung 4).
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: