



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ZK2 10 1

Chur, 03. März 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

II. Zivilkammer

Vorsitz Kantonsrichter Bochsler
RichterInnen Kantonsrichterin Michael Dürst und Kantonsrichter Hubert
Redaktion Aktuar Conrad

In der zivilrechtlichen Beschwerde

des Z., Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

die Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 26. November 2009, mitgeteilt
am 30. November 2009, in Sachen des Gesuchstellers,

betreffend unentgeltliche Rechtspflege (Festsetzung
der Entschädigung des Rechtsvertreters; Beschwerdefrist/Gerichtsferien).

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. In der vor Kantonsgericht ausgetragenen Berufungstreitsache ZF 08 38 betreffend Nebenfolgen Ehescheidung, mit ATE und AT auf der einen und ET auf der anderen Seite, wurde Rechtsanwalt Dr. Z. vom Kantonsgerichtspräsidium mit Verfügung vom 11. November 2008 (Verfahren PZ 08 134) wie folgt zum unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellt:

- "1. Das Gesuch wird gutgeheissen und ATE und AT die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 45 Abs. 1/Art. 46 ZPO im Verfahren ZF 08 38 vor Kantonsgericht erteilt.*
- 2. Die Gerichtskosten und die Kosten der Rechtsvertretung werden der Landschaft Davos Gemeinde in Rechnung gestellt.*
- 3. Zum Rechtsvertreter wird Rechtsanwalt Z. ernannt. Fallen die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 42 Abs. 1 ZPO weg, ist das Kantonsgerichtspräsidium ohne Verzug darüber zu benachrichtigen (Art. 43 Abs. 5 ZPO).*
- 4. Rechtsanwalt Z. hat nach Abschluss des Hauptverfahrens eine detaillierte und tarifgemässe Honorarnote einzureichen. Dabei darf der Stundenansatz von Fr. 180.— nicht überschritten werden. Streitwertzuschläge fallen ausser Betracht.*
- 5. Die Rückforderung der geleisteten Kostenhilfe durch das kostenbelastete Gemeinwesen im Sinne von Art. 45 Abs. 2 ZPO bleibt vorbehalten."*

B. Mit Verfügung vom 26. November 2009 im Verfahren PZ 08 134 wurde das Honorar des Rechtsvertreters gestützt auf Art. 47 Abs. 4 ZPO wie folgt festgelegt:

- 1. Der Honoraranspruch von Rechtsanwalt Z. für das Berufungsverfahren ZF 08 38 in Sachen ATE und AT wird auf Fr. 4'440.65 (inkl. Mehrwertsteuer) festgesetzt.*
- 2. Rechtsanwalt Z. wird verpflichtet, den Differenzbetrag von Fr. 2'082.05 zu dem von der Gemeinde Davos bereits ausbezahlten Betrag bis spätestens 31. Dezember 2009 zu erstatten.*

Dazu erwog der verfügende Kantonsgerichtspräsident:

- "dass ATE am 21. April 2008 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 28. Februar 2008, mitgeteilt am 31. März 2008, Berufung zu Händen des Kantonsgerichts von Graubünden einreichen liessen, in welches aufgrund der Anschlussberufung später auch AT miteinbezogen wurde,*
- dass für dieses Verfahren am 24. Juni 2008 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bezeichnung von Rechtsanwalt Z. als unentgeltlichen Rechtsbeistand gestellt wurde,*
- dass dieses Gesuch am 11. November 2008, mitgeteilt am 01. Dezember 2008, mit der Gemeinde Davos als Kostenträgerin bewilligt wurde,*

- dass in dieser Verfügung Rechtsanwalt Z. verpflichtet wurde, nach Abschluss des Hauptverfahrens eine detaillierte und tarifgemäss Honorarnote einzureichen,
- dass die Kantonsgerichtskanzlei Rechtsanwalt Z. am 23. März 2009 zur Einreichung seiner Honorarnote bis zum 03. April 2009 aufforderte, da eine solche beim Kantonsgericht bis zu diesem Zeitpunkt nicht eingegangen war,
- dass Rechtsanwalt Z. auf dieses Schreiben nicht reagierte, so dass ihm am 16. November 2009 eine weitere Frist bis zum 27. November 2009 zur Einreichung der Honorarnote angesetzt wurde, ansonsten das Honorar nach richterlichem Ermessen festgesetzt werde,
- dass Rechtsanwalt Z. am 20. November 2009 mitteilte, er habe seine Rechnung am 17. Dezember 2008 der Gemeinde Davos zukommen lassen, welche diese am 09. Januar 2009 bezahlt habe,
- dass diesem Schreiben die Honorarnote von Z. über insgesamt Fr. 6'522.70 beigelegt war,
- dass der Kantonsgerichtspräsident Rechtsanwalt Z. am 23. November 2009 mitteilte, als in Graubünden tätiger Rechtsanwalt hätte er wissen müssen, dass der Vorsitzende der Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 47 Abs. 4 ZPO nach Abschluss des Verfahrens und Anhörung des Kostenträgers die Entschädigung für die in seinem Verfahrensabschnitt entstandenen Kosten des Rechtsvertreters festzusetzen habe, und er nicht einfach die Honorarnote der Gemeinde Davos zur Bezahlung hätte zustellen dürfen, zumal er in der entsprechenden Verfügung ausdrücklich nach Abschluss des Hauptverfahrens zur Einreichung der Honorarnote aufgefordert worden sei; der Unterzeichnende werde aufgrund der nunmehr eingereichten Honorarnote den Anspruch prüfen und festlegen, wonach allenfalls eine Ausgleichung des bereits bezahlten Betrages vorzunehmen sei,
- dass sich Rechtsanwalt Z. in einem Schreiben vom 24. November 2009 bezüglich seines Vorgehens auf eine "Anleitung" im Haupturteil (S. 26) beruft, wonach die entstandenen Kosten der Rechtsvertretung der Landschaft Davos Gemeinde in Rechnung zu stellen seien,
- dass Rechtsanwalt Z. mit seinem Schreiben gesamthaft zum Ausdruck bringt, dass er sich des Sonderstatus', in welchem sich der unentgeltliche Rechtsvertreter zum Staat befindet, offenbar nicht bewusst ist,
- dass er nämlich vom zuständigen Gericht als Rechtsbeistand berufen wird und somit seine öffentlich-rechtliche Forderung gegenüber dem Kostenträger erst entsteht und fällig wird, wenn sein Anspruch vom zuständigen Richter festgesetzt ist,
- dass er vor dieser Festsetzung und der in der Regel damit einhergehenden Entlassung aus dem Sonderstatus-Verhältnis zum Staat niemandem seine Rechnung für die Aufwendungen im betreffenden Verfahren zum Inkasso präsentieren darf,
- dass im erwähnten Abschnitt des Haupturteils mit keinem Wort erwähnt wird, dass der Rechtsvertreter seine Rechnung der Kostenträgerin ohne vorgängige Prüfung und Festsetzung des Anspruchs durch den zuständigen Richter zustellen dürfe,

- dass sich das Festsetzungserfordernis vielmehr direkt aus dem Gesetz ergibt (Art. 47 Abs. 4 ZPO), dessen Kenntnis bei einem Rechtsanwalt vorausgesetzt wird,
- dass eine weitere Auseinandersetzung mit dem Schreiben von Rechtsanwalt Z. vom 24. November 2009 unerspriesslich ist,
- dass vielmehr im folgenden der Honoraranspruch zu prüfen und festzusetzen ist,
- dass Rechtsanwalt Z. für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht einen Aufwand von 32.5 Stunden geltend macht und hierfür bei einem nicht zu beanstandenden Stundenansatz von Fr. 180.— einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer Fr. 6'522.70 in Rechnung stellt,
- dass es bei der Berufung von ATE nur noch um ihren Unterhaltsbeitrag (Höhe und Beginn) ging,
- dass das schriftliche Verfahren ohne mündliche Hauptverhandlung durchgeführt wurde,
- dass Rechtsanwalt Z. zur Begründung eine fünfseitige Rechtsschrift einreichte,
- dass die eigentliche rechtliche Begründung zum Berufungspunkt lediglich gut eine Seite umfasst (Ziff. 2 und 3), wobei daraus keine zeitraubenden rechtlichen Abklärungen ersichtlich sind,
- dass dafür ein Zeitaufwand von 6 Stunden 15 Minuten ohne Zweifel überhöht ist,
- dass es sich rechtfertigt, diesen Aufwand auf 3 Stunden festzusetzen, zumal bereits ein Aufwand von 3 Stunden 45 Minuten für Abklärungen im Zusammenhang mit der Berufung geltend gemacht wurden,
- dass Rechtsanwalt Z. im weitem eine Anschlussberufungsantwort einzureichen hatte, für welche er einen Zeitaufwand von insgesamt 10.5 Stunden verrechnet,
- dass die Anschlussberufungsantwort einen Umfang von fünf Seiten aufweist, in welchen eigentliche rechtliche Auseinandersetzungen unter Bezugnahme auf Lehre und Rechtsprechung fehlen,
- dass vielmehr nur zu gewissen tatsächlichen Rechnungspositionen Stellung genommen wurde und zur eigentlichen Anschlussberufung lediglich sechs Zeilen geschrieben wurden,
- dass unter diesen Umständen der geltend gemachte Zeitaufwand weit überhöht und auf drei Stunden herabzusetzen ist, zumal keine nennenswerte Auseinandersetzung mit der Anschlussberufungsbegründung erfolgte,
- dass sich diese Reduktion auch deshalb rechtfertigt, weil unter dem 17. und 24. Juni 2008 2 ½ Stunden für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege verrechnet werden, welches nicht einmal zwei Seiten mit einfach beizubringenden Urkunden umfasst,
- dass der von Rechtsanwalt Z. geltend gemachte Zeitaufwand somit um insgesamt 10 Stunden 45 Minuten zu reduzieren ist, was zu einem verrechenbaren Zeitaufwand von 21 Stunden 45 Minuten führt,
- dass das Honorar nach Zeitaufwand bei einem Stundenansatz von Fr. 180.— somit auf Fr. 3'915.— zu stehen kommt,

- dass die Barauslagen von Fr. 212.— und die Mehrwertsteuer von Fr. 313.65 dazu zu zählen sind, was einen Honoraranspruch einschliesslich Mehrwertsteuer von Fr. 4'440.65 ergibt,
- dass Rechtsanwalt Z. von der Gemeinde Davos bereits Fr. 6'522.70 bezogen hat, was eine Differenz von 2'082.05 zum effektiven Honoraranspruch ausmacht,
- dass Rechtsanwalt Z. somit zu verpflichten ist, diesen Differenzbetrag der Gemeinde Davos zu erstatten".

C.1. Nach einem unersperrlichen Briefwechsel mit dem Kantonsgerichtspräsidenten, den Rechtsanwalt Z. nicht als Beschwerde verstanden wissen wollte, legte dieser gegen die am 30. November 2009 mitgeteilte und von ihm am 01. Dezember 2009 empfangene Verfügung am 06. Januar 2010 Beschwerde an das Kantonsgericht ein. Er beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und der Honoraranspruch gemäss detaillierter Honorarrechnung vom 17. Dezember 2008 auf Fr. 6'522.70 festzusetzen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer.

2. Mit Vernehmlassung vom 11. Januar 2010 beantragte der Kantonsgerichtspräsident, auf die Beschwerde wegen Verspätung nicht einzutreten.

II. Erwägungen

1. Das Rechtsmittel der zivilrechtlichen Beschwerde gegen die Festsetzung des Honorars des unentgeltlichen Rechtsbeistands gemäss Art. 47 Abs. 4 ZPO ist zulässig (Art. 47a, Art. 232 Ziff. 8 ZPO). Mit seiner Ernennung tritt der im Verfahren nach Art. 42 ff., Art. 46 ZPO bestellte Rechtsbeistand in ein Sonderstatusverhältnis zum Staat. Da in seinem eigenen Interesse liegend, ist er legitimiert, in eigenem Namen Beschwerde gegen die Festsetzung seines Honorars zu führen (ZR 94 Nr. 38 E. 3; ZGRG 2003/2044, S. 168). Die Beschwerde ist vom Beschwerdeführer bei der zuständigen Instanz (Art. 232 ZPO Ingress) und formgerecht (Art. 233 Abs. 1 und 2 ZPO) eingelegt worden.

2. Bevor materiell geprüft wird, ob die Vorinstanz die Honorarnote zu Recht gekürzt hat, stellt sich die Frage, ob die dagegen erhobene Beschwerde rechtzeitig ist, was nur dann zutrifft, wenn die Gerichtsferien auch in Angelegenheiten der vorliegenden Art gelten. Andernfalls wäre die 20-tägige Beschwerdefrist von Art. 233 Abs. 1 ZPO nicht eingehalten, nachdem das Anfechtungsobjekt dem Beschwerdeführer eingestanden- und

nachgewiesenermassen am 01. Dezember 2009 zugekommen ist (act. 01, S. 2; Verfahren PZ 08 134, act. 10) und er die Beschwerde erst am 06. Januar 2010 (Poststempel; act. 01) eingelegt hat.

3.a. Unter Hinweis auf die Weihnachtsgerichtsferien sieht der Beschwerdeführer die Beschwerdefrist als gewahrt. Das Verfahren, in welchem der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung zu prüfen ist, wird durch das kantonale Prozessrecht geregelt. Vorliegend war das im Hauptprozess auf dem Spiele stehende Interesse (Nebenfolgen Ehescheidung) zivilrechtlicher Natur, so dass für die unentgeltliche Rechtspflege Art. 42 ff. ZPO zum Zuge kommen. Im gleichen Erlass bestimmt Art. 62 Abs. 1, dass unter anderem vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar Gerichtsferien herrschen. Während dieser Zeit stehen die Fristen still und es dürfen keine richterlichen Prozesshandlungen vorgenommen werden. Davon ausgenommen sind jedoch Streitigkeiten, für welche durch Gesetz oder Verordnung ein summarisches Verfahren vorgeschrieben ist (Art. 62 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO) und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 62 Abs. 2 Ziff. 7 ZPO). Zu prüfen ist, ob das Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege unter eine dieser Bestimmungen fällt.

b. Das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege ist ein summarisches Verfahren (ZB 05 48 vom 21.11.2005, E. 3; ZGRG 2003/2044, S. 159; vgl. auch Beat Ries, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, Diss. Zürich 1990, S. 123, unter Hinweis auf AGVE 1988 67 f.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 1a zu Art. 289), wobei diese Qualifikation nicht aus entsprechenden Verweisungen der Einführungsgesetze zum Bundesprivatrecht (Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [EGZGB, BR 210.100], Art. 2 des Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht [EGOR, BR 210.200]) abzuleiten ist, sondern sich aus der Natur des in der ZPO geregelten Verfahrens der unentgeltlichen Rechtspflege ergibt. Wesenmerkmale des Summarverfahrens sind insbesondere Schnelligkeit und Einfachheit. Aus Art. 42 ff. ZPO ergibt sich ohne Zwang, dass das Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege durchwegs einfach und schnell ausgestaltet ist, weil darin keine Kontroverse zwischen Privatrechtssubjekten ausgetragen wird, der Richter das Beweisergebnis nötigenfalls von Amtes wegen ergänzt, die Beweismittel im Wesentlichen auf Urkunden/Behördenauskünfte beschränkt sind, das Beweismass auf Glaubhaftmachung reduziert ist und die ganze Sache im Verhältnis zum Hauptverfahren bloss prozessleitender Natur ist. In Summarsachen gelten keine

Gerichtsferien (Art. 62 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO; Thomas Sutter-Somm; Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2007, N 881). Auf die Beschwerde von Z. kann bereits auf der Grundlage von Art. 62 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO zufolge Verspätung nicht eingetreten werden.

c. Bei der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich im Wesentlichen um Leistungsverwaltung. Gegenstand bildet ein auf ein bestimmtes Rechtsverfahren bezogener Fürsorge- und Leistungsanspruch eines Privatrechtssubjekts gegen den Staat. Das Verfahren betreffend Klärung und Abwicklung dieses Leistungsanspruchs kommt stets und nur auf einseitigen Antrag des Anspruchsberechtigten in Gang. Die Person welche einen solchen Leistungsanspruch geltend macht, wird denn auch regelmässig nicht wie im Zivilprozess als Kläger, sondern analog dem Verwaltungsverfahren als Gesuch- oder Antragsteller bezeichnet. Damit ist formell (Einparteienverfahren) und materiell (kein Rechtsstreit, sondern Rechtsfürsorge und/oder Vermögensfürsorge im privatrechtlichen Bereich) die Zuordnung zur so genannten nicht-streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgezeichnet (Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A. Basel 1990, § 12 Rz 136, 140). Die nicht-streitige oder freiwillige Gerichtsbarkeit besteht ihrem Wesen nach in einem obrigkeitlichen Verfahren zur Rechtsverwirklichung auf dem Gebiet des Privatrechts, einem Verfahren, in welchem nur eine Person anzuhören sein kann. Es handelt sich nicht um ein Parteienverfahren beziehungsweise um ein Einparteienverfahren, bei dem Partei/Gesuchsteller ist, wessen Sache behandelt wird. Das trifft, von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen, auf das Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege durchwegs zu, namentlich ist die Gegenpartei des Hauptverfahrens, für welches unentgeltliche Rechtspflege erteilt werden soll, nicht Gegenpartei des Verfahrens betreffend Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege. Nach gefestigter Spruchpraxis des Kantonsgerichts und seinen Abteilungen sowie nach der Lehre handelt es sich bei der unentgeltlichen Rechtspflege daher allgemein um Rechtspflegeakte eigenständiger Prägung, die auf dem Weg der so genannten nichtstreitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgen (vgl. dazu die Entscheidungen des Kantonsgerichtsausschusses: ZB 01 12 vom 07.11.2001, ZB 03 4 vom 07.04.2003, ZB 03 25 vom 02.09.2003, ZB 04 4 vom 08.01.2004, ZB 04 35 vom 06.10.2004, ZB 05 48 vom 21.11.2005, ZB 07 37 vom 28.08.2007; PKG 2003 Nr. 11 E. 4 (=ZB 03 4) und die Lehre: Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 1, 3 zu § 133; ZGRG 2003/2044, S. 159; wohl auch Ries, a.a.O., S. 123, 129). Es handelt sich jedenfalls nicht um ein zivilrechtliches

Zweiparteienverfahren (Max Hauri, Die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes für Geschädigte im zürcher Strafprozess, Diss. Zürich 2002, S. 273; Urteil Bundesgericht 2P.195/2000 vom 09.04.2001, E.4c.bb). Die Ernennung einer bestimmten Person als [vormundschaftlicher] Beistand stellt einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar (Urteil Bundesgericht 5C.216/2004 vom 19.11.2004, E. 4). Nicht anders verhält es sich bei der Bestellung des Rechtsbeistandes für eine prozessarme Partei, und diese Qualifikation gilt gleichsam für die anschliessende Festlegung der Entlohnung des gerichtlich bestellten Rechtsbeistandes. Sie ist nicht Rechtsprechung im eigentlichen Sinne, sondern mehr ein Akt der Justizverwaltung (vgl. Frank/ Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. Zürich 1997, N 9 zu § 89; Hauri, a.a.O., S. 273 Fn 1211; Ries, a.a.O., S. 203; ZBI 2007 S. 263; ZBJV 92 S. 354 ff.).

c. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit werden regelmässig im summarischen Verfahren behandelt (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, S. 589; für Zürich: § 215 ZPO: für St. Gallen Art. 196 lit. e ZPO). Ob nun dem summarischen Verfahren oder jenem der nicht-streitigen, freiwilligen Gerichtsbarkeit oder beidem zuzuordnen – in Sachen der unentgeltlichen Rechtspflege schliesst Art. 62 Abs. 2 ZPO die Geltung der Gerichtsferien jedenfalls aus. Unbesehen von der Zuordnung zur Verfahrensart der freiwilligen Gerichtsbarkeit und/oder dem summarischen Verfahren, ist dieselbe Lösung auch in anderen Kantonen Gesetz oder Praxis (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A. Bern 2000, N 1b zu Art. 119; Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., N 1, 3 zu § 133, N 3 zu § 86; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 211 i.V.m. § 140 Abs. 2 GVG ZH; § 172 ZPO SZ i.V.m. § 94 Abs. 3 Gerichtsordnung SZ; Art. 194 ZPO SG i.V.m. Art. 92 Abs. 1 lit. c Gerichtsgesetz SG) und auch in der Schweizerischen Zivilprozessordnung so getroffen worden (Art. 119 Abs. 3, Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Daran ändert nichts, dass die bündnerische Verfahrensordnung, im Gegensatz zu anderen (§ 140 Abs. 3 Gerichtsverfassungsgesetz ZH; Art. 92 Abs. 2 Gerichtsgesetz SG), keine Vorschrift kennt, wonach den Beteiligten anzuzeigen ist, wenn eine Frist trotz Gerichtsferien läuft.

4. Dagegen wendet der Beschwerdeführer zweierlei ein: Art. 139 ZPO verweise die Zuständigkeit und das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschliesslich in den Bereich des EGZGB. Dort seien die möglichen Fälle der freiwilligen [Zivil]Gerichtsbarkeit in Art. 6-12 abschliessend aufgezählt; die Zivilprozessordnung (ZPO) kenne also gar keine Fälle freiwilliger Gerichtsbarkeit

(aa.). Wenn sodann gegen den in einem Verfahren der nichtstreitigen/freiwilligen Gerichtsbarkeit gefällten Entscheid Beschwerde geführt werde, werde damit die Sache zur streitigen Gerichtsbarkeit (bb.). Beides ist unzutreffend:

a.aa. Das Argument mit der Gesetzssystematik beziehungsweise dem Verhältnis von ZPO und EGZGB führt nicht zum Ziel. Der Beschwerdeführer scheint Mehreres zu übersehen. Nach Art. 139 ZPO richten sich Zuständigkeit und Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem EGZGB. Weder in der Bestimmung von Art. 139 ZPO noch im EGZGB noch anderswo in der ZPO wird generell-abstrakt (und abschliessend) formuliert, bei welchen Konstellationen beziehungsweise Rechtsmaterien ein Fall von freiwilliger Gerichtsbarkeit vorliegt. Diese Frage ist in der Anwendung stets fallweise zu prüfen, und zwar nach den vorstehend beschriebenen Wesenmerkmalen, welche die freiwillige von der streitigen Gerichtsbarkeit unterscheiden. Allein aus den Umständen, dass die unentgeltliche Rechtspflege einerseits in der ZPO geregelt ist und andererseits die ZPO keine Ausführungen im Sinne einer generell-abstrakten Definition der freiwilligen Gerichtsbarkeit macht und selbst keine Anwendungsfälle konkret der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuweist, schliessen demnach nicht aus, dass sie selbst Materien regelt, die ihrem Wesen nach der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen sind.

bb. Auch der beschwerdeführerische Ansatz, das EGZGB regle abschliessend, welche Rechtsmaterien unter die freiwillige Gerichtsbarkeit fielen, geht fehl (vgl. dazu Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A. Bern 1984, S. 276). Dies zunächst schon deshalb, weil auch das EGOR (Art. 1) solche Zuweisungen macht. Das EGZGB behandelt seinem Zweck nach ferner nur die Fälle des materiellen Bundeszivilrechts (beschränkt auf das ZGB), die im besonderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu behandeln sind (vgl. auch Art. 2 EGZGB: Soweit dieses Gesetz nichts Besonderes anordnet, gilt die Zivilprozessordnung, und es werden die vom Zivilgesetzbuch und vom Partnerschaftsgesetz dem Richter zum Entscheid zugewiesenen Streitsachen im ordentlichen Verfahren beurteilt). Die kantonalen Einführungsgesetze zum materiellen Bundes*privatrecht* wären nun zweifellos der falsche Ort, um den aus dem kantonalen Verfahrensrecht für alle Materien des Zivilrechts erwachsenden, *prozessualen* Leistungsanspruch der unentgeltlichen Rechtspflege zu regeln. Ferner legen das EGZGB und das EGOR im Wesentlichen nur Behörden und Zuständigkeiten fest (Art. 6-9 EGZGB, Art. 1 EGOR), machen im Übrigen aber für das Verfahren vorab einen generellen (Art. 2 EGZGB) und/oder einen speziellen renvoi auf die ZPO (Art. 10 Abs. 1 EGZGB, Art. 2 EGOR). Eine umgekehrte

Verweisung macht Art. 1 Abs. 1 ZPO: Das vorliegende Gesetz ordnet die Zuständigkeit und das Verfahren bei gerichtlicher Erledigung zivilrechtlicher Streitigkeiten, soweit nicht im übrigen kantonalen Recht besondere Bestimmungen enthalten sind. Über das Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege enthält das EGZGB nichts; es ist in der ZPO geregelt. Dabei wird dieses besondere Verfahren nicht schon deshalb zur einem solchen der streitigen Gerichtsbarkeit, weil es in der ZPO geregelt ist. Der Erlass, in welchem die Regelung erfolgt, ist nicht ausschlaggebend für die Zuordnung der Verfahrensart. Diese hat vielmehr nach Natur, Zweck und Inhalt des Rechtsinstituts zu geschehen.

b.aa. Mit seiner weiteren Argumentation, durch die Beschwerde "mutiere" das Verfahren vom nicht-streitigen zu einem streitigen Verfahren, sieht der Beschwerdeführer ein, dass das Verfahren in erster Instanz ein solches der nicht-streitigen, freiwilligen Gerichtsbarkeit ist. Insoweit setzt sich der Beschwerdeführer zu seinem vorstehend abgehandelten Argument in Widerspruch.

bb. Ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird in ein Zweiparteienverfahren überführt, wenn ein Betroffener ein Rechtsmittel oder einen Einspruch gegen eine Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit einlegt, während der Antragsteller Abweisung des Rechtsmittels oder Einspruches beantragt. Dessen ungeachtet wird das Verfahren im Allgemeinen als solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit fortgeführt, es sei denn, die Anordnung könne durch Zivilklage angefochten werden (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, a.a.O., S. 44; derselbe, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 6 f.; Urteil Bundesgericht 5P.212/2005 vom 22.08.2005, E. 2.2.). Gemäss Bühler/Edelmann/ Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A. Aarau 1998, N 2 zu § 297, unter Hinweis auf Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 5 zu § 211, wird das Verfahren zu einem streitigen durch das Hinzutreten einer Person, die ein rechtlich geschütztes Interesse hat. Damit ein Wechsel der Verfahrensart überhaupt in Betracht kommt, muss also die von Guldener beschriebene Bedingung (Einsprache/Rechtsmittel durch Betroffenen; gegenläufiges Begehren des Antragstellers) eintreten. Es müssen sich im Rechtsbehelfsverfahren, im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren neu ein "Betroffener" und ein "Antragsteller" gegenüber stehen, das heisst mehrere Parteien, die miteinander streiten. Beides unterscheidend, meint Guldener mit dem Betroffenen [Einsprecher oder Rechtsmittelführer] offensichtlich einen anderen, der nicht der Antragsteller ist. Diese quantitativ (mehr als eine Partei) und qualitativ (streitig) veränderte Konstellation ist beim gegenständlichen Verfahren auch in zweiter Instanz gerade nicht gegeben. Es tritt im oder durch das

Rechtsmittelverfahren keine Partei oder ein Betroffener hinzu. Entgegen der Vorstellung des Beschwerdeführers wird namentlich der Kantonsgerichtspräsident (neu der Einzelrichter am Kantonsgericht) als Erstrichter nicht zur seiner Gegenpartei (zu Letzterem vgl. Urteil Bundesgericht 5P.212/2005 vom 22.08.2005, E. 2.2). Es bleibt auch im Rechtsmittelverfahren bei einem reinen Verfahren der freiwilligen, nicht-streitigen Gerichtsbarkeit. Durch die Beschwerde des in erster Instanz unterliegenden Antragstellers wird es weder streitig noch ein Mehrparteienverfahren.

5. Auf die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers, die Nichtanwendung der Gerichtsferien auf die unentgeltliche Rechtspflege entspringe einem seltsamen Verständnis von Vertrauen, sei hochgradig willkürlich und stelle eine "Prozessfalle" dar, ist mangels Substantiierung nicht einzugehen. Namentlich wird nicht geltend gemacht, der Erstrichter habe im Anfechtungsobjekt oder in dem anschliessend geführten Briefwechsel beim Beschwerdeführer irgendwelches konkretes Vertrauen dahin erzeugt, dass die Beschwerdefrist während den Gerichtsferien still stehe.

6. Der Beschwerdeführer bemängelt schliesslich, unter dem Gesichtspunkt seines Anspruchs auf rechtliches Gehör sei unstatthaft, auf nicht zugängliche Gerichtsentscheide abzustellen. Die in der Vernehmlassung des Erstrichters erwähnten Urteile (ZB 04 35 etc.) seien dem Beschwerdeführer nicht zugänglich. Sie seien in der amtlich veröffentlichten Praxis des Kantonsgerichts nicht enthalten und auf der Webseite des Gerichts könne er diese Urteile unter keinem einschlägigen Stichwort abrufen.

a. Die Rüge der Gehörsverletzung ist unberechtigt. Der Vorderrichter hat das Anfechtungsobjekt nicht auf unpublizierte Präjudizien gestützt (act. 01.A). Auf solche hat er erst vernehmlassend hingewiesen (act. 04), was ihm unbenommen ist. Der Beschwerdeführer macht sodann nicht geltend, er habe beim Erstrichter und/oder bei der Rechtsmittelinstanz Einsicht in nicht publizierte Entscheidungen verlangt und dies sei ihm verweigert worden. Damit ist seinem Vorhalt des formell unfairen Verfahrens bereits der Boden entzogen.

b. Im Übrigen hätte der Beschwerdeführer in PKG 2003 Nr. 11, E. 4, sowohl auf der Webseite des Gerichts (www.kg.gr.ch, Rechtsprechung/PKG ab 1990) als auch in Papierform publiziert, Letzteres bei der kantonalen Drucksachen- und Materialzentrale zum Preis von Fr. 46.— erhältlich, nachlesen können: "Weiter handelt es sich beim Verfahren betreffend Bewilligung der unentgeltlichen

Rechtspflege um ein Verfahren eigenständiger Prägung der sogenannt nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 1 zu § 133), welches namentlich vom Hauptverfahren unabhängig ist, eine vom Hauptverfahren unabhängige Parteienkonstellation aufweist und in der Regel nur auf Antrag einer Partei durchgeführt wird. Die nichtstreitige oder auch freiwillige Gerichtsbarkeit sichert nicht von vornherein eine Kostenbefreiung zu". In der Rechtsprechungsdatenbank auf der Webseite des Gerichts lassen sich sodann mit einem entsprechenden Suchlauf (Gerichtsferien AND unentgeltliche +Rechts-pflege) einschlägige Treffer erzielen. Bei entsprechender Abklärung nach Erhalt der für ihn ungünstigen Verfügung, hätte dem beschwerdeführenden Rechtsanwalt also nicht entgehen können, dass nach gefestigter Gerichtspraxis in Sachen der unentgeltlichen Rechtspflege die Beschwerdefrist in den Gerichtsferien nicht still stand.

7. Ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten, wird der unterlegene Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 122 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von Art. 5 lit. b und Art. 8 Abs. 1 lit. a Kostentarif sind die gerichtsseitigen Verfahrenskosten auf Fr. 1'008.— (Gerichtsgebühr Fr. 800.—, Schreibgebühr Fr. 208.—) festzusetzen.

III. Demnach wird erkannt

1. Auf die Beschwerde von Z. wird nicht eingetreten.
2. Z. trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'008.— (Gerichtsgebühr Fr. 800.—; Schreibgebühr Fr. 208.—).
3. Gegen diese, einen Streitwert von weniger als 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 2 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG gegeben. In beiden Fällen ist das Rechtsmittel dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff., 90 ff. und 113 ff. BGG.
4. Mitteilung an: