



<b>Fall-Nr.:</b>	FE.2022.2-4-EZE2
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	24.01.2023
<b>Entscheiddatum:</b>	19.08.2022

### **Entscheid Kantonsgericht, 19.08.2022**

**Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG; Art. 123 Abs. 1 ZPO: Die Erben einer Person, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden war, sind zur Nachzahlung verpflichtet, sofern sich die finanziellen Verhältnisse der verstorbenen Person vor deren Tod in genügender Weise verbessert hatten. Auf das Vorhandensein eines Nettonachlasses kommt es nicht an (E. III/4.c). Zumutbarkeit des lebzeitigen Verkaufs der der verstorbenen Person gehörenden Liegenschaft verneint, weil es sich um selbstgenutztes Wohneigentum handelte, bei dem die Wohnkosten offenbar tiefer ausfielen als bei gemieteten Räumlichkeiten, und auf der Liegenschaft ein WEF-Vorbezug lastete, der bei einem Verkauf an die Vorsorgeeinrichtung der verstorbenen Person bzw. an eine Freizügigkeitseinrichtung hätte zurückbezahlt werden müssen (E. III/4.f). (Kantonsgericht, Einzelrichterin im Familienrecht, 19. August 2022, FE.2022.2-4-EZE2).**

Aus den Erwägungen:

### **III.**

1. Verfahrensgegenstand bildet die Nachforderung bzw. -zahlung aus unentgeltlicher Rechtspflege. Diesbezüglich ist in intertemporaler Hinsicht dasjenige Recht anwendbar, das im Zeitpunkt der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Kraft stand (BGer 2C\_195/2016 E. 2.2.2 f.). Vorliegend wurde die unentgeltliche Rechtspflege mit Entscheid der Familienrichterin des Kreisgerichts [...] vom 20. Februar 2009 gewährt [...], weshalb sich die Nachforderung grundsätzlich – die Frage, welche Verjährungsfrist anwendbar ist, kann offengelassen werden (vgl. E. 5 hernach) – nach Art. 288 aZPO-SG und nicht nach der per 1. Januar 2011 in Kraft getretenen



bundesrechtlichen Vorschrift von Art. 123 Abs. 1 ZPO beurteilt (vgl. auch Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, N 1064). Auch die Vorinstanz stützte ihren Entscheid auf Art. 288 aZPO-SG. Diese Norm stimmt im Wesentlichen mit Art. 123 ZPO überein, weshalb Praxis und Literatur zu Art. 123 ZPO zur Beurteilung der Beschwerde beigezogen werden können, ebenso die Richtlinien des Kantonsgerichts zur unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess und für die Privatklägerschaft im Strafprozess vom Mai 2011 (nachfolgend: "Richtlinien").

2. Gemäss Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG (vom Kantonsrat erlassen am 27. November 2007 [vgl. ABI 2007 3507 ff., 3524], in der Volksabstimmung angenommen und rechtsgültig geworden am 1. Juni 2008; in Vollzug ab 1. Oktober 2008) kann eine Partei, wenn ihre wirtschaftlichen Verhältnisse es gestatten, zur Nachzahlung der Gerichtskosten, der Auslagen für die Vertretung und der vom Staat entschädigten Parteikosten verpflichtet werden. Es handelt sich um "eine nach billigem Ermessen zu handhabende Kann-Vorschrift" (Botschaft zur ZPO-SG, ABI 1988 1601 ff., 1711; Handbuch zum Zivilprozessgesetz, 1991, Art. 288 ZPG B 677; Schönenberger, Prozesskosten, in: Hangartner, Das st.gallische Zivilprozessgesetz, 1991, S. 193 ff., 221; a.M. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, 1999, Art. 288 N 1d, wonach bei gegebenen Voraussetzungen zwingend eine Nachzahlungsverfügung zu erlassen sei). Die wirtschaftlichen Verhältnisse gestatten die Nachzahlung, wenn sie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausschliessen würden, weil die betreffende Partei nicht mehr als bedürftig erscheint. Es ist grundsätzlich derselbe Massstab anzulegen wie bei der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (GVP 1994 Nr. 67; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Art. 288 N 1a; vgl. BK-Bühler, 2012, Art. 123 ZPO N 7; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 1039 ff.). Eine Nachzahlung kann mithin angeordnet werden, wenn weder Einkommens- noch Vermögensarmut besteht (GVP 1994 Nr. 67), wobei es genügt, wenn die vom Staat vorläufig getragenen Kosten teil- bzw. ratenweise zurückgezahlt werden können (Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 1039 m.w.N.). Der Nachzahlungsanspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. BGE 138 II 506 E. 1; BGer 2C\_195/2016 E. 2.2.3; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 1048).



3.a) Die Beschwerdeführer tragen gegen den vorinstanzlichen Entscheid zunächst vor, dass Nachzahlungsforderungen höchstpersönlicher Natur und deshalb grundsätzlich unvererblich seien. Eine passive Vererblichkeit der Nachzahlungsforderung setze voraus, dass im Zeitpunkt des Todes des Nachzahlungsschuldners bereits ein rechtskräftiger Nachzahlungsentscheid vorliege. Bis zum Ableben von [Erblasserin] sei keine Nachzahlungsverfügung, mit welcher die Nachzahlungsverpflichtung rechtskräftig angeordnet worden wäre, ergangen. Mangels einer rechtskräftigen Nachzahlungsverfügung könnten sie, die Beschwerdeführer, weder direkt noch bedingungslos belangt werden, weshalb eine Nachzahlung ausser Betracht falle. Die Vorinstanz verletze Art. 123 ZPO [recte: Art. 288 aZPO-SG], indem eine Nachzahlung angeordnet worden sei, obschon im Zeitpunkt des Ablebens von [Erblasserin] keine rechtskräftige Nachzahlungsverfügung vorgelegen habe. Mit diesem Vorbringen habe sich die Vorinstanz im Entscheid vom 23. Februar 2022 nicht auseinandergesetzt [...].

b) Tatsächlich machten die Beschwerdeführer bereits in ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2022 das erwähnte Vorbringen geltend [...]. Die Vorinstanz ging darauf, wenn auch sehr kurz, allerdings ein. So erklärte sie, dass in der Lehre und Rechtsprechung grossmehrheitlich anerkannt sei, "dass die Nachzahlungspflicht auch noch nach dem Tod des Nachzahlungspflichtigen gegenüber dessen Erben festgestellt werden" könne [...]. Hiermit setzen sich die Beschwerdeführer zwar nicht konkret auseinander; ihr Vorbringen lässt aber darauf schliessen, dass sie mit dieser Rechtsauffassung nicht einverstanden sind, so dass diese grundsätzlich gleichwohl der Überprüfung unterliegt. Dies gilt umso mehr, als in der Lehre und Rechtsprechung diesbezüglich keine Einigkeit besteht, wobei man sich bereits fragen könnte, ob der Nachzahlungsanspruch überhaupt der Universalsukzession gemäss Art. 560 Abs. 2 ZGB unterliegt (verneinend OGer AG ZSU.2014.52 vom 25. März 2014 E. 2.2.3 f. = CAN 2015 Nr. 29; dagegen bejahend OGer ZH PC160013 vom 27. April 2016 E. 3 = ZR 2016 Nr. 34; vgl. Eitel/Horat, Erbrecht 2015–2017, successio 2018, S. 232 ff., 272), was von den Beschwerdeführern aber nicht beanstandet wird [...]. Ihre Vorbringen beziehen sich vielmehr auf die noch umstrittenere Frage, ob der Nachzahlungsanspruch eine bereits im Todeszeitpunkt rechtskräftige Nachzahlungsverfügung voraussetze (so BK-



Bühler, Art. 123 ZPO N 52; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 73 und 1066; vgl. BSK BGG-Geiser, 2018, Art. 64 N 46) oder ob es genüge, wenn die materiellen Voraussetzungen der Nachzahlungspflicht im Zeitpunkt des Todes gegeben waren (so OGer ZH PC160013 vom 27. April 2016 E. 4.3 = ZR 2016 Nr. 34; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 123 N 1 in fine; Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 123 N 15; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Aufl., Art. 123 N 1 in fine; CHK-Sutter-Somm/Seiler, 2021, Art. 123 ZPO N 2). Das Bundesgericht musste sich, soweit ersichtlich, mit dieser Frage noch nicht auseinandersetzen.

c) Die Vorinstanz folgte der letztgenannten Ansicht und stützte sich dabei unter anderem auf den erwähnten Entscheid des Obergerichts Zürich. Darin wurde die Nachzahlungsverfügung (bloss) als deklaratorischer Natur qualifiziert, da die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO sowie der entsprechenden altrechtlichen Vorschrift des Kantons Zürich bei jeweils gegebenen Voraussetzungen von Gesetzes wegen entstehe und somit unabhängig von einer allfälligen richterlichen Anordnung. Folglich könne die Nachzahlungspflicht auch noch nach dem Tod des Pflichtigen festgestellt werden (OGer ZH PC160013 vom 27. April 2016 E. 4.3 = ZR 2016 Nr. 34). Wie aber dargelegt, ist Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG – jedenfalls entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung sowie gemäss den Materialien – "eine nach billigem Ermessen zu handhabende Kann-Vorschrift" (vgl. E. 2 hiavor), so dass die Nachzahlungspflicht nicht einzig dadurch entsteht, dass die materiellen Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt sind. Bereits aus diesem Grund könnte unter Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG eine rechtskräftige Nachzahlungsverfügung im Todeszeitpunkt gefordert sein. Ausserdem ist in diesem Zusammenhang umso mehr zu berücksichtigen, dass im Nachzahlungsverfahren eine weitgehende Mitwirkungsobliegenheit besteht. Die aktuellen finanziellen Verhältnisse der Person, welcher die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, müssen im Nachzahlungsverfahren umfassend offengelegt werden, andernfalls das Gericht die Nachzahlungsfähigkeit wegen Verweigerung der Mitwirkungsobliegenheit unter Umständen bejahen kann (Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 1083; vgl. auch Richtlinien, Ziff. 7.1). Dieser freilich auf das Zumutbare beschränkten Mitwirkungsobliegenheit



nachzukommen, dürfte den Erben der Person, welcher die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, vielfach schwerfallen, was ebenso dafürspräche, dass die Nachzahlungspflicht eine bereits im Todeszeitpunkt rechtskräftige Nachzahlungsverfügung voraussetzt. Wie es sich damit aber letztlich verhält, kann hier offengelassen werden, da die Beschwerde aus anderen Gründen gutzuheissen ist.

4.a) Die Beschwerdeführer beanstanden weiter, dass die (materiellen) Voraussetzungen der Nachzahlungspflicht nicht gegeben seien. Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, es sei in der Rechtsprechung und Lehre nicht klar, wann eine Nachzahlungspflicht angesetzt werden könne. Während ein Teil sich dafür ausspreche, dass nur dann eine Nachforderung gegenüber den Erben in Frage komme, wenn die Voraussetzungen der Nachzahlung im Zeitpunkt des Todes der ehemals unentgeltlich prozessierenden Person gegeben waren, knüpfe ein anderer Teil der Lehre die Festsetzung der Nachforderung an das Vorhandensein eines Nettonachlasses. Welche dieser beiden Ansichten zum Tragen komme, könne offengelassen werden, da in beiden Fällen eine Nachzahlungsverpflichtung der Erben zu bejahen sei. So habe [die Erblasserin] im Rahmen der Scheidung von ihrem Ex-Ehemann [...] das Alleineigentum am Grundstück Nr. [...], [...], übertragen erhalten [...]. Gemäss Nachlassinventar habe [die Erblasserin] im Todeszeitpunkt über Hypothekarschulden in der Höhe von Fr. 555'000.00 verfügt. Weitere Schulden seien weder im Nachlassinventar noch im Formular zur Überprüfung der Nachforderung per Februar 2018 ersichtlich. Wenn die Parteien nun geltend machten, es hätten beträchtliche Schulden bestanden, begäben sie sich damit in Widerspruch zu den von ihnen bzw. [der Erblasserin] gegebenen Informationen und es wäre aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht zu erwarten, dass sie solche Schulden aufzeigten. Sie würden denn auch nur vereinzelte Krankenkassenabrechnungen einreichen, die scheinbar bezahlt worden seien. Weitere Schulden könnten sie nicht im Ansatz geltend machen. Den Schulden von [Erblasserin] hätten im Todeszeitpunkt Guthaben in der Höhe von Fr. 11'035.00 und eine Liegenschaft in [...] gegenübergestanden. Die Liegenschaft in [...] sei von den Erben mit Fr. 555'000.00 bewertet worden. Dabei könne auf diesen Wert nicht abgestellt werden, denn die Parteien hätten diese Liegenschaft für Fr. 705'000.00 gekauft [...] und daraufhin zu Protokoll gegeben, dass die Liegenschaft in [...] einen Wert zwischen



Fr. 600'000.00-650'000.00 habe [...]. Zudem sei im Jahr 2008 die Hypothek zur Renovierung der Liegenschaft erhöht worden [...]. Weiter hätten sich in den Jahren 2008 bis 2018 die Liegenschaftspreise sehr günstig entwickelt. Aufgrund dieser Umstände sei es somit zulässig anzunehmen, die Liegenschaft in [...] weise einen Wert von mindestens Fr. 600'000.00 auf. Unter Berücksichtigung einer Hypothek von Fr. 555'000.00 wäre es [der Erblasserin] daher, so die Vorinstanz abschliessend, zumutbar gewesen, die Liegenschaft gewinnbringend zu verkaufen und so die ausstehenden, vom Staat getragenen Kosten aus unentgeltlicher Rechtspflege zurückzuerstatten [...].

b) Die Beschwerdeführer tragen dagegen vor, dass eine Nachzahlungspflicht nur dann bejaht werden könne, wenn die Voraussetzungen zur Nachzahlung im Todeszeitpunkt bzw. vor dem Tod und zwar in der Person, welcher die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei, erfüllt gewesen seien. Das Bestehen eines Nettonachlasses sei unerheblich. Die Erben seien nur dann zur Nachzahlung verpflichtet, wenn die massgebliche Verbesserung der finanziellen Verhältnisse vor dem Erbgang eingetreten sei. Eine Nachzahlungspflicht bestehe daher nur, wenn die Person, welcher die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei, nachträglich zu Vermögen oder ausreichendem Einkommen gelangt sei. Die Vorinstanz habe in ihren Ausführungen vermeintlich sowohl auf den Zeitpunkt des Todes als auch auf das Vorhandensein eines Nettonachlasses abgestellt, wodurch sowohl Art. 123 ZPO [recte: Art. 288 aZPO-SG] unrichtig angewandt als auch der Sachverhalt willkürlich festgestellt worden sei [...]. Die Vorinstanz habe, so die Beschwerdeführer weiter, am 14. Juli 2017 nach einer Prüfung der finanziellen Verhältnisse von [Erblasserin] auf die Geltendmachung einer Nachzahlungspflicht verzichtet. In E. 2 des angefochtenen Entscheids werde dementsprechend auch ausdrücklich festgehalten, dass [die Erblasserin] auch in der Folge bis zu ihrem Ableben nicht leistungsfähig im Sinne einer Nachzahlungspflicht gewesen sei. Seit der letzten Prüfung der Leistungsfähigkeit am 14. Juli 2017 hätten sich die finanziellen Verhältnisse von ihr kontinuierlich verschlechtert. So habe sie in den Jahren 2017 bis 2018 ein Nettojahreseinkommen von Fr. 2'000.00 erzielt und im Jahr 2019 sei sie infolge fortgeschrittener Krankheit keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen [...]. Des Weiteren habe der Wert der



Liegenschaft im Todeszeitpunkt Fr. 555'000.00 betragen. Es handle sich um ein altes Gebäude, dessen Dach durchlässig sei. Selbst eine günstige Entwicklung der Immobilienpreise vermöge nichts daran zu ändern, dass der Wert der Liegenschaft und die hypothekarische Belastung sich die Waage hielten bzw. das Haus sogar überbelastet sein dürfte. Eine fachmännische oder verbindliche Schätzung der Liegenschaft sei nie erfolgt und gemäss Scheidungsurteil habe [die Erblasserin] keine Ausgleichszahlung an [Ex-Ehemann] geleistet. Vielmehr sei dieser angesichts seiner finanziellen Situation nicht in der Lage gewesen, [der Erblasserin] persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen und die zum Urteilszeitpunkt ausstehenden Frauenunterhaltsbeiträge seien durch die Übertragung der besagten Liegenschaft abgegolten worden [...]. Zudem habe [die Erblasserin] die Hypothekarschulden der Liegenschaft, welche sich im damaligen Zeitpunkt auf Fr. 500'000.00 beliefen, übernommen [...]. Im Todeszeitpunkt von [Erblasserin] habe sich die hypothekarische Belastung auf einen Betrag von Fr. 555'000.00 belaufen, so dass von einem Überschuss bzw. nachträglichem Vermögensanfall keine Rede sein könne. Die Vorinstanz habe keine Schätzung der Liegenschaft durchgeführt und den Entscheid auf der willkürlichen Annahme, die Immobilienpreise hätten sich günstig entwickelt, begründet. Die von der Vorinstanz thematisierte Erhöhung der Hypothek sei sodann auch nur aufgrund der Solidarbürgschaftsverpflichtung von [...] im Betrag von Fr. 60'000.00 möglich gewesen, da der Wert der Liegenschaft die hypothekarische Belastung nicht gedeckt habe. Davon sei auch die Vorinstanz selbst ausgegangen, als mit Schreiben vom 14. Juli 2017 aufgrund der finanziellen Verhältnisse von [Erblasserin] auf eine Nachzahlung verzichtet worden sei. Schliesslich sei von wesentlicher Bedeutung, dass das Bundesgericht bei der Beurteilung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei Parteien mit Liegenschaften darauf abstelle, ob der gesuchstellenden Partei die Belehnung der Liegenschaft bzw. die Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits respektive die Veräusserung der Liegenschaft zumutbar sei, um die für den Prozess benötigten Mittel zu beschaffen. Bei allfälliger Zumutbarkeit eines Verkaufs wäre der gesuchstellenden Person für den Verkauf Frist anzusetzen (m.V. auf BGer 5A\_726/2014 sowie BGer 4A\_294/2010, jeweils mit weiteren Hinweisen). Eine Belehnung respektive die Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits durch [die Erblasserin] wäre ihr, wie denn auch die Solidarbürgschaftsverpflichtung von [...] zeige, zu Lebzeiten nicht möglich gewesen.



Auch wäre [der Erblasserin] ein allfälliger Verkauf der Liegenschaft, angesichts ihrer weit fortgeschrittenen Krankheit, nicht zumutbar gewesen. Wollte die Vorinstanz auf einen allfälligen Verkaufserlös der Liegenschaft abstellen, hätte sie dies bei der Prüfung der Nachzahlungspflicht von [Erblasserin] in den Jahren 2016 und 2017 tun und dieser eine allfällige Frist zum Verkauf ansetzen müssen. Dies habe die Vorinstanz indessen zu Recht unterlassen und eine allfällige Fristansetzung sei aufgrund des Ablebens von [Erblasserin] zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr möglich. Es liege somit auf der Hand, dass die Vorinstanz den Sachverhalt willkürlich festgestellt und Art. 123 ZPO [recte: Art. 288 aZPO-SG] verletzt habe, indem nachträglich eine Nachzahlungspflicht der Erben von [Erblasserin] bejaht worden sei [...].

c) Rechtsprechung und Lehre sind sich einig, dass eine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO nur besteht, wenn sich die finanziellen Verhältnisse derjenigen Person, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, in genügender Weise verbessert haben. Im Falle des Todes dieser Person kann es auf das Vorhandensein eines Nettonachlasses dementsprechend nicht ankommen, sondern es ist bei der Beurteilung der Nachzahlungspflicht einzig auf die Verhältnisse vor dem Tod abzustellen und gestützt darauf zu prüfen, ob sich die finanziellen Verhältnisse der verstorbenen Person in genügender Weise verbessert hatten (OGer ZH PC160013 vom 27. April 2016 E. 4.3 = ZR 2016 Nr. 34; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 123 N 15; vgl. BK-Bühler, Art. 123 ZPO N 52 in fine; PC CPC-Colombini, 2021, Art. 123 N 4; Emmel, ZPO Komm., Art. 123 N 1 in fine; BSK BGG-Geiser, Art. 64 N 46; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 123 N 1 in fine; CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 123 ZPO N 2 in fine; CR CPC-Tappy, 2. Aufl., Art. 123 N 9b; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 73 in fine). Nichts anderes kann unter Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG gelten. Eine von der Vorinstanz angeführte andere Lehrmeinung, welche die Festsetzung der unentgeltlichen Nachforderung (allein) an das Vorhandensein eines Nettonachlasses knüpfe, ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht mit Hinweisen auf das Schrifttum belegt. Lediglich wenn die Nachzahlungspflicht vor dem Tod der betreffenden Person bereits rechtskräftig festgestellt worden wäre, könnte – konsequenterweise – ohne Weiteres auf das Vorhandensein eines Nettonachlasses abgestellt werden [...]. Eine solche rechtskräftige Nachzahlungsverfügung liegt hier aber nicht vor (vgl. auch E. 3 hiavor),



zumal die beiden Schreiben der Vorinstanz vom 21. März 2016 [...] und 13. Juli 2018 [...], in welchen Ratenzahlungen für zumutbar erachtet wurden, noch nicht als solche Verfügung aufgefasst werden können, wie sich aus ihnen selbst ergibt. Zu prüfen bleibt damit, ob die Vorinstanz davon ausgehen durfte, die wirtschaftlichen Verhältnisse von [Erblasserin] hätten sich vor ihrem Tod i.S.v. Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG verbessert.

d) Dabei ist vorab zu berücksichtigen, dass sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid zu Recht einzig auf die Vermögenssituation von [Erblasserin] stützte, da diese augenscheinlich über kein freies Einkommen verfügte, dass eine teil- oder ratenweise Rückzahlung erlaubt hätte (...); vgl. auch Richtlinien, Ziff. 2.3). Die Vorinstanz erwähnte dabei zunächst, dass den (Hypothekar-)Schulden von [Erblasserin] im Todeszeitpunkt "Guthaben in der Höhe von Fr. 11'035.00 und eine Liegenschaft in [...]" gegenübergestanden hätten [...]. Was die Guthaben von (total) Fr. 11'035.00 betrifft, ist zu beachten, dass im Rahmen der Vermögenssituation jeweils zunächst ein "Notgroschen" abzuziehen ist, der in der Regel Fr. 5'000.00 beträgt (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Art. 281 N 4b), jedoch unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse angemessen zu erhöhen ist, sofern keine Aussicht auf wirtschaftliche Erholung besteht (vgl. dazu KGer SG RF.2010.25 vom 29. April 2010 [www.publikationen.sg.ch; SJZ 2011 Nr. 14] m.w.N.; Richtlinien, Ziff. 2.3). Bereits mit Blick darauf stellt sich die Frage, wie weit die offenen Kosten aus unentgeltlicher Rechtspflege durch diese Guthaben, sofern diese denn vor dem Tod angespart wurden, hätten gedeckt werden können. Unklar ist aber auch, welche dieser Guthaben [der Erblasserin] erst im Rahmen der im Todeszeitpunkt vorzunehmenden güterrechtlichen Auseinandersetzung zugefallen waren, da einzelne Konti auf den Namen von [...] lauten [...]. Die Vorinstanz berücksichtigte die Guthaben jedenfalls offenbar und wohl zu Recht nicht weiter, beschränkten sich die weiteren Ausführungen doch auf die Liegenschaft in [...], indem eine Rückerstattung der vom Staat getragenen Kosten aus unentgeltlicher Rechtspflege (einzig) deshalb für zumutbar erachtet wurde, weil es [der Erblasserin] "zumutbar gewesen [wäre], die Liegenschaft gewinnbringend zu verkaufen" [...]. Die erwähnten Guthaben brauchen daher auch im Nachfolgenden nicht weiter berücksichtigt zu werden, womit auch offenbleiben kann, ob die ausgewiesenen Todesfallkosten – selbst wenn diese erst



nach dem Tod entstehen und bei der Prüfung der Nachzahlungsfähigkeit grundsätzlich nicht auf einen Nettonachlass abzustellen ist – im Umfang von Fr. 10'394.00 [...] nicht vorab abzuziehen wären (vgl. [...]; OGer ZH PC160013 vom 27. April 2016 E. 4.4 = ZR 2016 Nr. 34).

e) Es stellt sich somit nur noch die Frage, wie weit die Liegenschaft in [...] in die Beurteilung der Nachzahlungsmöglichkeit einbezogen werden darf. Diesbezüglich ist vom Grundsatz auszugehen, dass sämtliche Möglichkeiten der Mittelbeschaffung herangezogen werden müssen (GVP 1994 Nr. 67 m.w.N.). Befinden sich im Allein- oder Miteigentum der Person, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, Liegenschaften, so kann von ihr insbesondere erwartet werden, dass sie einen (zusätzlichen) Kredit auf ihr Grundstück aufnimmt, soweit sie dieses noch belasten kann, ansonsten ist auch an einen Verkauf der Liegenschaft zu denken (vgl. BGE 119 Ia 11 E. 5; GVP 1996 Nr. 74; BK-Bühler, Art. 117 ZPO N 84 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis; Emmel, ZPO Komm., Art. 117 N 8; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 40; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Art. 281 N 4a; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 117 N 16; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 210 ff.). Eine Hypothekarschulderhöhung oder eine Veräusserung des Grundstücks haben aber nicht nur tatsächlich möglich, sondern auch zumutbar zu sein, wobei sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen sind (vgl. BGer 5A\_294/2008 E. 3.4.1; BK-Bühler, Art. 117 ZPO N 84 ff.; Emmel, ZPO Komm., Art. 117 N 7 f.; a.M. bezüglich die Zumutbarkeit Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 212 f.). Allgemein ist ein Verkauf einer Liegenschaft zumutbar, "wenn damit zu rechnen ist, dass mit einem Verkauf die für den Prozess erforderlichen Mittel erwirtschaftet werden können, was namentlich vom Verkehrswert und der Belastung der Liegenschaft abhängt". An den Nachweis des Verkehrswertes und der fehlenden Möglichkeit zusätzlicher hypothekarischer Belastung dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden (BGer 5A\_726/2014 E. 4.2). Ferner hat bei einem Verkauf, jedenfalls im Rahmen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, der gesuchstellenden Partei eine angemessene Frist zur Veräusserung angesetzt zu werden (BGer 4A\_294/2010 E. 1.3 m.w.N.; vgl. zum Ganzen auch Emmel, ZPO Komm., Art. 117 N 8).



f) Von der Möglichkeit einer (zusätzlichen) Belehnung der Liegenschaft in [...] ging die Vorinstanz nicht aus, was mit Blick auf die Einkommenssituation von [Erblasserin] sowie die bereits vor der Vorinstanz eingereichte Solidarbürgschaftsverpflichtung von [...] nachvollziehbar ist. Was den Verkauf der Liegenschaft betrifft, so wird ein solcher bei selbstgenutztem Wohneigentum gemäss St. Galler Praxis eher für nicht zumutbar erachtet (KGer SG RF.2010.25 vom 29. April 2010 [www.publikationen.sg.ch; SJZ 2011 Nr. 14]: "Wer Wohneigentum selbst nutzt, muss es zwar nicht verkaufen, aber belasten, [...]"). Auch gemäss den Richtlinien zur unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess und für die Privatklägerschaft im Strafprozess vom Mai 2011 wird bei selbstgenutztem Wohneigentum lediglich erwähnt, dass dieses soweit möglich hypothekarisch zu belasten ist (vgl. Richtlinien, Ziff. 2.3). Mit Blick darauf sollte die Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum jedenfalls dann nicht verlangt werden, wenn die Wohnkosten im Eigenheim tiefer ausfallen als dies bei gemieteten Räumlichkeiten der Fall wäre (vgl. in diesem Sinne auch BK-Bühler, Art. 117 N 86 f.; Meichssner, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, Jusletter 7. Dezember 2009, N 26; Ders., Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], 2008, S. 88 m.w.N.; aus der Praxis BGer 5A\_294/2008 E. 3.4.2, worin ein Verkauf u.a. deshalb als zumutbar erachtet wurde, weil es sich bei der Liegenschaft nicht um selbst genutzten Wohnraum handelte, sondern um vermietete Wohnungen und damit um eines von mehreren Renditeobjekten der gesuchstellenden Person; OGer ZH vom 29. Juni 1996 E. II/5.c = ZR 1997 Nr. 51, worin ein Verkauf als zumutbar erachtet wurde, um die Wohn- und damit die Lebenshaltungskosten zu senken). Dies ist hier, zumal [die Erblasserin] die Liegenschaft in [...] nicht alleine bewohnte, zweifelsohne der Fall, was bereits gegen den von der Vorinstanz als zumutbar erachteten Verkauf spricht. Dass die Liegenschaft nun im Zeitpunkt, in dem die Nachzahlungsverfügung erlassen wurde, aufgrund ihres Todes nicht mehr von [der Erblasserin] bewohnt wird, ist irrelevant (vgl. lit. c hiavor). Weiter ist es aber auch mehr als fraglich, ob aus einem Verkauf ein Gewinn hätte erzielt werden können. Jedenfalls in den Jahren 2016/2017 ging die Vorinstanz offenbar selbst noch nicht von der Möglichkeit einer gewinnbringenden Veräusserung aus, wurde doch festgestellt, [die Erblasserin] sei wirtschaftlich nicht leistungsfähig (vgl. E. I/2 hiavor). Ansonsten hätte sie, die Vorinstanz, [der Erblasserin] bereits damals eine Frist zum Verkauf ansetzen müssen. Ob eine solche Fristansetzung auch den Erben gegenüber noch möglich wäre, braucht hier nicht beurteilt zu werden. Dass sich



## St.Galler Gerichte

sodann gut zwei Jahre später, bis zum Tod von [Erblasserin], etwas an dieser vorinstanzlichen Beurteilung geändert haben sollte, ist kaum denkbar, zumal gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid die Abklärungen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von [Erblasserin] bis zu deren Todestag keine Verbesserung der Verhältnisse ergeben hatten [...]. Die vorinstanzlichen Erwägungen zum Wert der Liegenschaft erscheinen denn auch, selbst wenn die Rechtsmittelinstanz den vorinstanzlichen Entscheid in tatsächlicher Hinsicht lediglich auf eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung überprüft [...], sehr vage. Freilich kann in einem summarischen Verfahren keine fachmännische/amtliche Schätzung einer Liegenschaft verlangt werden, wie die Beschwerdeführer dies vorbringen [...]; im Gegenzug sind aber, wie erwähnt, an den Nachweis des Verkehrswerts keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (vgl. lit. e hiavor) und das Gericht hat bei Zweifeln darüber, ob sich die nötigen flüssigen Mittel binnen nützlicher Frist aus den Immobilien beschaffen lassen, die unentgeltliche Rechtspflege bei gegebenen übrigen Voraussetzungen zu gewähren bzw. auf eine Nachforderung zu verzichten (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 40). Wohl lassen sich genügende finanzielle Mittel i.S.v. Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG vorliegend aber nicht bloss aufgrund der Tatsachen bejahen, dass die Liegenschaft in [...] von [Ex-Ehemann] für Fr. 705'000.00 gekauft wurde [...] und der ehemalige Rechtsvertreter von [Erblasserin] im Rahmen des Scheidungsverfahrens zu Protokoll gab, die Liegenschaft habe einen Wert zwischen Fr. 600'000.00 bis Fr. 650'000.00 [...]. Ebenso wenig dürfte es sich rechtfertigen, aufgrund einer rein hypothetischen Beurteilung der Entwicklung der Liegenschaftspreise in den Jahren 2008 bis 2018 von genügenden finanziellen Mitteln auszugehen. Es ist in diesem Zusammenhang aber auch zu berücksichtigen, dass die Übertragung der Liegenschaft im Rahmen der Scheidung als Abgeltung einerseits für ausstehende Unterhaltsbeiträge und andererseits der Pensionskassenansprüche diene, indem der zu Gunsten der Liegenschaft getätigte WEF-Vorbezug auf [die Erblasserin] übertragen wurde, und bei einem Verkauf der Liegenschaft der WEF-Vorbezug an die Vorsorgeeinrichtung von [Erblasserin] bzw. an eine Freizügigkeitseinrichtung hätte zurückbezahlt werden müssen, was sich ebenfalls aus den von der Vorinstanz im Rahmen der Untersuchungsmaxime konsultierten Akten ergibt [...]. Ansprüche auf Vorsorge- und Freizügigkeitsleistungen gegen eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge sind aber vor Eintritt der Fälligkeit gemäss Art. 92



Abs. 1 Ziff. 10 SchKG unpfändbar, weshalb sie im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege vor Eintritt des Vorsorge- bzw. Versicherungsfalles grundsätzlich nicht zum Vermögen gerechnet werden können (vgl. BK-Bühler, Art. 117 N 70; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 3. Aufl., Art. 117 N 22; vgl. auch BGE 144 III 531 E. 3 f.); kann aber die Auszahlung der Austrittsleistung nach Art. 5 FZG verlangt werden, dient das Freizügigkeitskapital mithin nicht mehr der Vorsorge, ist sie anzurechnen (vgl. BGE 135 I 288 E. 2.4.3 f.; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 37; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 117 N 16; BK-Bühler, Art. 117 N 71; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 22). Weder war vor dem Tod von [Erblasserin] ein Vorsorgefall eingetreten, noch waren die Voraussetzungen von Art. 5 FZG erfüllt. Selbst ein Mindestwert der Liegenschaft in [...] von Fr. 600'000.00, wie er von der Vorinstanz angenommen wurde, hätte deshalb unter Berücksichtigung der hypothekarischen Belastung nicht genügt, die für die Nachzahlung erforderlichen Mittel zu erwirtschaften, womit ein Verkauf auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zumutbar gewesen wäre (vgl. lit. e hiervor). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich die finanziellen Verhältnisse von [Erblasserin] vor ihrem Tod nicht dergestalt i.S.v. Art. 288 Abs. 1 aZPO-SG verbessert hatten, dass sie zur Nachzahlung des durch den Staat im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege übernommenen Betrages von Fr. 8'800.00 in der Lage gewesen wäre, womit ein Nachzahlungsanspruch auch gegenüber ihren Erben ausser Betracht fällt. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid vom 23. Februar 2022 ersatzlos aufzuheben.

5. Bei diesem Verfahrensausgang kann offenbleiben, ob der Nachzahlungsanspruch, wenn ein solcher bestünde, bereits verjährt ist, wie dies die Beschwerdeführer im Übrigen vortragen [...]. Ferner kann der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Ziffer 2 der Rechtsbegehren der Beschwerdeführer und dazu [...]) mit dem heutigen Entscheid in der Hauptsache als gegenstandslos abgeschrieben werden.