Prozeßkostenvorschusses bitten müssen. Da sie das aber schuldhaft unterlassen hätten, liege ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 ZPO nicht vor.

Gegen dieses Urteil richtet sich der vom Präsidenten des Obersten Gerichts gestellte Kassationsantrag, der Erfolg hatte.

Aus den Gründen:

Den Verklagten ist in erster Instanz einstweilige Kostenbefreiung bewilligt worden. Diese wurde ihnen auch dann nicht entzogen, als das Kreisgericht Kenntnis davon erhielt, daß die Kläger zugunsten der \in Westberlin lebenden Verklagten 5000 DM als Ablösung einer Hypothek auf ein Sperrkonto bei der Deutschen Investitionsbank eingezahlt hatten. Wenn das Bezirksgericht den Grund dafür, daß das Kreisgericht die bewilligte einstweilige Kostenbefreiung nicht nach § 121 ZPO entzogen hat, darin sehen will, daß es eine Verzögerung des Rechtsstreites vermeiden wollte, so ist dies nur eine Vermutung. Das Kreisgericht kann auch deshalb von einer Entziehung der einstweiligen Kostenbefreiung abgesehen haben, weil es, da ja die 5000 DM auf ein Sperrkonto eingezahlt waren und die Verklagten lediglich eine Waisenrente in Höhe von je 48 DM monatlich erhalten, diese trotz des Guthabens von 5000 DM auf Sperrkonto noch als arm im Sinne des Gesetzes angesehen hat. Die Klärung dieser Frage ist aber für die Entscheidung, ob den Verklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren war oder nicht, nur von untergeordneter Bedeutung.

Mit Recht können sich die Verklagten darauf berufen, daß ihnen in erster Instanz Kostenbefreiung bewilligt und auch nicht wieder entzogen worden war; Nach § 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO bedarf es in der höheren Instanz des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn- in der vorherigen Instanz das Armenrecht bewilligt worden war. Wenn also das Kreisgericht, obwohl ihm die Zahlung der 5000 DM bekannt war, von seiner Befugnis aus § 121 ZPO keinen Gebrauch gemacht hat und auf eine Überprüfung des Antrages der Kläger auf Entziehung des Armenrechts überhaupt nicht eingegangen ist, konnten die Verklagten darauf vertrauen, daß ihnen auch für die Durchführung des Berufungsverfahrens einstweilige Kostenbefreiung bewilligt werde. Sie konnten sich darauf verlassen, daß das Bezirksgericht, wenn es hinsichtlich der „Armut" der Verklagten eine andere Auffassung als das Kreisgericht einnehmen wollte, die Verklagten belehren und ihnen entsprechende Auflagen machen würde. Es genügte daher, wenn die Verklagten, nachdem ihnen das Urteil des Kreisgerichts zugesandt worden war, sofort und vor allem noch innerhalb der Berufungsfrist einen Antrag auf einstweilige Kostenbefreiung stellten. Das Bezirksgericht geht deshalb mit Unrecht davon aus, daß die Verklagten, weil sie nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils objektiv nicht arm im Sinne des Gesetzes gewesen seien, innerhalb der Berufungsfrist Berufung hätten einlegen müssen.

Das höhere Gericht ist zwar auch dann, wenn einer Partei in erster Instanz einstweilige Kostenbefreiung bewilligt worden war, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, nachzuprüfen, ob die Parfei auch jetzt noch arm im Sinne des Gesetzes ist. Ergibt eine solche Nachprüfung, daß sich die Voraussetzungen, die in erster Instanz für die Bewilligung maßgeblich waren, wesentlich zugunsten der Partei geändert haben, so kann und muß das Gericht die Bewilligung einstweiliger Kostenbefreiung für die Berufungsinstanz verweigern. Ergeht diese Entscheidung aber, obwohl der Antrag rechtzeitig gestellt worden war, erst nach Ablauf der Berufungsfrist und kann daher Berufung nur „verspätet" eingelegt werden, dann beruht dies für die Partei auf einem unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233 ZPO, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist rechtfertigt.

Nicht anders ist aber die Rechtslage, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Partei bereits in erster Instanz einstweilige Kostenbefreiung bewilligt worden war, sie deshalb damit rechnen konnte, daß ihr diese — Erfolgsaussicht vorausgesetzt — auch in der höheren Instanz bewilligt werde, und sie nunmehr erst nach Ablauf der Berufungsfrist erfährt, daß das Berufungsgericht Bedenken habe, ob die Voraussetzungen zur Bewilligung einstweiliger Kostenbefreiung gegeben seien. Diese Bedenken hat das Bezirksgericht erstmalig mit dem Auflagenbeschluß vom 13. August 1957, nachdem die Berufungsfrist längst verstrichen war, zu erkennen gegeben. Daß aber die Verklagten ohne Verschulden annehmen konnten, ihnen würde auch vom Berufungsgericht einstweilige Kostenbefreiung bewilligt, ergibt sich daraus, daß das Vermögen, das sie seit August 1956 durch die Ablösung der Hypothek besaßen, auf einem Sperrkonto eingezahlt und für sie nicht ohne weiteres verfügbar war, weil sie dabei als in Westberlin wohnende Konteninhaber den sich aus den verschiedenen in Deutschland bestehenden Währungen ergebenden Beschränkungen unterlagen. Die Verklagten konnten also durchaus nicht von Anfang an davon ausgehen, daß sie objektiv nicht arm seien, weil ihnen die für die Durchführung des Berufungsverfahrens erforderlichen Gelder von der Notenbank zur Verfügung gestellt werden würden. Wenn sie sich daher zunächst darauf verlassen haben, daß sie auch das Berufungsgericht als mittellos ansehen werde, so handelten sie nicht schon deshalb schuldhaft, weil sie mit der Einlegung der Berufung warteten, bis das Bezirksgericht über ihren Antrag auf Kostenbefreiung entschieden hätte. Sie haben es daher nicht schuldhaft unterlassen, rechtzeitig Berufung einzulegen.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Auffassung hätte das Bezirksgericht allerdings weiter prüfen müssen, ob die Verklagten, nachdem sie durch die Verfügung des Senats vom 13. August 1957 Kenntnis von dem Bedenken des Senats erhalten hatten, alles getan haben, um entweder ihre Mittellosigkeit nachzuweisen oder aber die notwendigen Gelder für die Einzahlung des Prozeßkostenvorschusses von der Deutschen Notenbank freigegeben zu erhalten. Aus den Akten ist lediglich ersichtlich, daß sie um Fristverlängerung gebeten haben, nachdem ihnen durch den Senat des Bezirksgerichts zum Nachweis ihrer Mittellosigkeit bzw. darüber, daß ihnen die Notenbank Geld zur Einzahlung des Prozeßkostenvorschusses zur Verfügung stellte, eine Frist von drei Wochen bestimmt worden war, und daß innerhalb der verlängerten Frist am 27. September 1957 Berufung eingelegt worden ist; Die Verklagten hätten aber zur Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrages gemäß § 236 Ziff. 1 und 2 ZPO nicht nur behaupten, sondern auch glaubhaft machen müssen, daß sie sich insbesondere nach dem 13. bzw. 20. August 1957 rechtzeitig und sachgemäß darum bemüht haben, das notwendige Geld bewilligt zu erhalten. Das müßte ja aber ohne weiteres aus der Korrespondenz, die der Prozeßbevollmächtigte der Verklagten mit der Deutschen Investbank bzw. mit der Deutschen Notenbank geführt hat, ersichtlich sein. Fiel den Verklagten auch insoweit ein Versäumnis nicht zur Last, so hätte ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumnis der Berufungsfrist stattgegeben werden müssen und die Berufung nicht als unzulässig verworfen werden dürfen.

§§ 222, 519b ZPO; § 188 BGB

1. Befristete Rechtsmittel können bis zum Ablauf des letzten Tages der Rechtsmittelfrist — 24.00 Uhr — eingereicht werden. Es genügt Einwurf in den Hausbriefkasten des Gerichts.

2. Die Rechtzeitigkeit des Eingangs kann nicht nur durch Eingangsstempel oder Eingangsvermerk, sondern durch jedes beliebige Beweismittel bewiesen werden.

3. **Wird die Richtigkeit des Eingangsvermerks bestritten, so ist der Zeitpunkt des Eingangs fcstzustellen. Führen die Ermittlungen zu keinem sicheren Ergebnis, so ist die Rechtsmittelschrift mindestens dann als rechtzeitig eingegangen anzusehen, wenn sie an dem auf den Fristablauf folgenden Morgen aus dem Hausbriefkasten des Gerichts bei dessen erster Leerung entnommen wird.**

OG, Urt. vom 9. Januar 1959 — 2 Za 65/58.

Die Verklagte war vom April bös zum 1. Juli 1957 Verkaufsstellenledterin der Verkaufsstelle der Klägerin in E. Als solche erhielt sie — nach der Behauptung der Klägerin am 19. April, nach ihrer eigenen Darstellung am 14. Juni 1957 — eine Warenlieferung, die nach Angaben des Lieferscheins 50 Kolli (Frachtstücke), umfaßte. Sie bestätigte den