



---

Kass.-Nr. AA040171/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 16. Juni 2005

in Sachen

X.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Bank Y.,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2004 (LB030042/Z03)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Am 13. April 1999, ungefähr um 19.30 Uhr, erteilte der Beschwerdeführer am Schalter der Beschwerdegegnerin den Auftrag zum Kauf von 220 Aktien der NetBank AG. Sie wurden am 14. April 1999 in New York gekauft. Die Beschwerdegegnerin belastete dem Beschwerdeführer dafür am 16. April 1999 USD 55'145.19.

Gleichzeitig mit diesem Kauf-Auftrag beauftragte der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin, aus seinem Depot bei ihr 240 Aktien der eBay Inc. zu verkaufen. Sie wurden am 14. April 1999 in New York verkauft. Die Beschwerdegegnerin schrieb dem Beschwerdeführer aus diesem Verkauf am 15. April 1999 USD 42'747.90 gut.

Am 14. April 1999 erteilte der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin telefonisch den Auftrag, 170 Aktien der RealNetworks Inc. zu kaufen. Der Auftrag wurde am 14. April 1999 in New York ausgeführt. Die Beschwerdegegnerin belastete dem Beschwerdeführer dafür am 15. April 1999 USD 37'461.34.

Am 19. April 1999 wies das Konto des Beschwerdeführers, über welches die genannten Transaktionen ausgeführt worden waren, einen Soll-Saldo von USD 50'131.63 aus. Der Beschwerdeführer warf der Beschwerdegegnerin vor, er habe nur darum nebst den NetBank-Aktien auch die RealNetworks-Aktien gekauft, weil er von ihr ungenügend und falsch informiert worden sei und weil sie seinen Widerruf des Auftrags zum Kauf der NetBank-Aktien missachtet habe.

In der Folge liquidierte die Beschwerdegegnerin das Depot des Beschwerdeführers (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 3 f.).

2. Vor den Vorinstanzen beantragte der Beschwerdeführer im Wesentlichen, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm auf dem fraglichen Konto USD 67'162.78 (USD 55'145.19 aus dem Kauf der Aktien der NetBank AG sowie

USD 12'017.59 für den Verlust aus dem Verkauf der Aktien der RealNetworks Inc.) gutzuschreiben (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 3).

3. Mit Beschluss vom 26. Februar 2002 gewährte das Obergericht dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege (BG act. 65).

Mit Beschluss vom 12. Februar 2003 auferlegte das Bezirksgericht Zürich dem Beschwerdeführer den Hauptbeweis u.a. dafür,

- dass er der Beschwerdegegnerin am 14. April 1999 um ca. 11.30 Uhr die Weisung erteilt hatte, den am 13. April 1999 erteilten Auftrag zum Kauf von 220 NetBank-Aktien unverzüglich zu widerrufen;
- dass ihm die Beschwerdegegnerin im Rahmen eines Telefonats vom 14. April 1999 um ca. 15.30 Uhr zugesichert hatte, dass der erste Kaufauftrag gestoppt sei, stattdessen der zweite Kaufauftrag ausgeführt werde und die E-Bay-Aktien verkauft würden;
- dass die Annullation des NetBank-Aktienkaufs Bedingung für den Kauf der Realnetworks-Aktien gewesen sei und die Beschwerdegegnerin dies gewusst habe oder, da er über keinen Kredit verfügt habe, hätte wissen müssen;
- dass er durch den Verkauf der Realnetworks-Aktien durch die Beschwerdegegnerin einen Schaden von USD 12'017.59 erlitten habe und
- dass er durch den Verkauf der NetBank-Aktien durch die Beschwerdegegnerin einen Schaden von USD 39'145.-- erlitten habe (BG act. 66).

Der Beschwerdeführer unterliess eine rechtzeitige Beweisantrittung (vgl. BG act. 77 - 79, 86).

Mit Urteil vom 15. April 2003 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab (OG act. 91). Dagegen führt der Beschwerdeführer Berufung vor Vorinstanz (OG act. 101). Mit Beschluss vom 7. Oktober 2004 entzog das Obergericht, I. Zivilkammer, in Dispositiv-Ziffer 1 dem Beschwerdeführer die unentgeltliche

Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur Replik an (KG act. 2).

4. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 7. Oktober 2004 reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1 i.V. mit ES an OG act. 103). Mit dieser beantragt er die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Abnahme der Frist zur Einreichung der Replik (KG act. 1 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 10. November 2004 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (mit der Wirkung, dass der Beschwerdeführer die Berufungsrepliksschrift noch nicht einzureichen hatte) (KG act. 6). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10), die Beschwerdegegnerin auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 11).

## II.

1. Gegen den Entscheid über den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ohne weiteres zulässig (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5a f. zu § 282).

2. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer mache einen Schadenersatzanspruch geltend. Der Rechtsgrund, auf den er sich stütze, seien Vertragsverletzungen der Beschwerdegegnerin. Was der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht zur Begründung der Klage vorbringe, seien indes zum einen keine Verletzungshandlungen und sei zum andern unbewiesen geblieben (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 Ziff. 4.1.). Eine Umkehrung der auf dem Beschwerdeführer (entsprechend der erstinstanzlichen Beweisaufgabe) lastenden Beweislast, wie dies der Beschwerdeführer geltend mache, sei nicht gerechtfertigt (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 - 8). Was die vom Beschwerdeführer behauptete Abhängigkeit des Kaufs der Realnetworks-Aktien vom Verkauf der NetBank-Aktien angehe, gebe es nichts, das die Beweislast gemäss Art. 8 ZGB relativieren könnte (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 vor Ziff. 4.2.3.). Fehle es an einer

Verletzung des Vertrags durch die Beschwerdegegnerin, sei der eingeklagte Anspruch auf Schadenersatz unbegründet. Der Prozess sei demnach für den Beschwerdeführer aussichtslos mit der Folge, dass ihm die bewilligte unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 Ziff. 5).

3. Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, im vorliegenden Fall dränge sich "ohne weiteres" eine Umkehr der Beweislast auf. Es verstehe sich von selbst, dass Börsengeschäfte mit einem gewissen Risiko verbunden seien. Zurecht werde deshalb das hohe Risiko des Kaufes der 220 Net-Bank-Aktien von der Vorinstanz nicht verneint. Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vom Beschwerdeführer dazu zitiert BGE 113 II 431 ff.) könne im vorliegenden Fall demnach sehr wohl von einer Umkehr der Beweislast ausgegangen werden. Wieso gerade im mit hohen Risiken behafteten Aktienhandel insbesondere im Hinblick auf die gebotenen Aufklärungspflichten keine Beweislastumkehr stattfinden solle, sei nicht nachvollziehbar (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Ziff. 9).

Der Beschwerdeführer unterlässt eine Erklärung, für welche tatsächlichen Behauptungen die Beweislast seiner Meinung nach umgekehrt werden solle.

a) Meint er damit eine allgemeine Beweislast dafür, dass die Leistung des Beauftragten (nicht) gehörig erfolgt sei (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Ziff. 9), kann darauf nicht eingetreten werden, da dies in dieser Allgemeinheit nicht auf den konkreten Fall bzw. auf den angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid bezogen werden kann. Insbesondere fehlt eine Bezugnahme auf eine konkrete Behauptung, welche Leistung der Beschwerdegegnerin inwiefern nicht gehörig erfolgt sei.

Abgesehen davon auferlegten die Vorinstanzen dem Beschwerdeführer die Beweislast für seine Behauptungen des Widerrufs eines Kaufauftrages und des Vorbehaltes einer Bedingung. Dabei handelt es sich nicht um Fragen der Vertragserfüllung, sondern um den Vertragsinhalt. Daran gehen aber die Rügen des Beschwerdeführers betreffend Beweislastumkehr bei der (nicht) gehörigen Vertragserfüllung vorbei.

b) Meint der Beschwerdeführer indes mit seiner Rüge, die Beweislast bezüglich der von der Erstinstanz zum Beweis verstellten tatsächlichen Behauptungen (vgl. vorstehend Ziff. I.3.) sei umzukehren, geht seine Rüge fehl. Behauptet eine Partei einen bestimmten Vertragsinhalt (und leitet aus diesem Rechte [bzw. vorab Pflichten der andern Partei] ab), trägt sie die Beweislast dafür (Art. 8 ZGB). Das - dem Beschwerdeführer gemäss der unbeanstandeten vorinstanzlichen Feststellung bekannte (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7; nachfolgend lit. d) - Risiko von Börsengeschäften führte nicht dazu, dass entgegen der gesetzlichen Beweislastregelung gemäss Art. 8 ZGB und entgegen der erstinstanzlichen Beweislastverteilung die Beschwerdegegnerin zu beweisen hätte - bzw. die Beschwerdegegnerin die Beweislast dafür träge -, dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin am 14. April 1999 um ca. 11.30 Uhr *nicht* die Weisung erteilt hatte, den am 13. April 1999 erteilten Auftrag zum Kauf von 220 NetBank-Aktien unverzüglich zu widerrufen, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer *nicht* im Rahmen eines Telefonats vom 14. April 1999 um ca. 15.30 Uhr zugesichert hatte, dass der erste Kaufauftrag gestoppt sei, stattdessen der zweite Kaufauftrag ausgeführt werde und die E-Bay-Aktien verkauft würden, und dass die Annullaion des NetBank-Aktienkaufs *nicht* Bedingung für den Kauf der Realnetworks-Aktien gewesen sei. Ebenso wenig führte das dem Beschwerdeführer bekannte Risiko von Börsengeschäften dazu, dass die Beschwerdegegnerin die Folgen einer Beweislosigkeit der erstinstanzlichen Beweissätze in dem Sinne zu tragen hätte, dass bei einer Beweislosigkeit davon auszugehen wäre, dass die Beweissätze erstellt wären.

c) Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers selber hatte er der Beschwerdegegnerin die Aufträge erteilt, Aktien der NetBank AG zu kaufen, Aktien der eBay Inc. zu verkaufen und Aktien der Realnetworks Inc. zu kaufen. Alle diese Aufträge hat die Beschwerdegegnerin auch ausgeführt. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer über die damit verbundenen Risiken hätte aufklären müssen, obläge die Beweislast für die Behauptungen, einen dieser Aufträge (vor Ausführung) rückgängig gemacht zu haben und einen Auftrag von der Rückgängigmachung des anderen abhängig gemacht zu haben (bzw. nur unter einer entsprechenden Bedingung erteilt zu haben), dem Beschwerdeführer,

der daraus Rechte ableiten möchte (Schadenersatzansprüche gegen die Beschwerdegegnerin) (Art. 8 ZGB). Weshalb sich bezüglich dieser Behauptungen eine Umkehr der Beweislast aufdrängen sollte, ist nicht ersichtlich. Dies ergibt sich auch nicht aus dem vom Beschwerdeführer zitierten BGE 113 II 429 ff. Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

d) Möchte der Beschwerdeführer schliesslich mit dieser Rüge geltend machen, die Beschwerdegegnerin hätte ihn bezüglich des Kaufes der 220 Net-Bank-Aktien über das damit verbundene Risiko aufklären müssen, so kann auch darauf nicht eingetreten werden:

aa) Die Frage einer allfälligen Aufklärungspflicht der Beschwerdegegnerin über das Risiko des Kaufes bestimmter Wertpapiere betrifft keine Frage einer Beweislastumkehr. Vielmehr ist es eine Rechtsfrage, welche Aufklärungspflichten eine Bank hat. Wird davon ausgegangen, dass die Bank bestimmte Aufklärungspflichten hat, obliegt die Beweislast dafür, dass sie aufgeklärt hat, zweifellos der Bank. Vorliegend geht es aber nicht um eine Umkehr dieser Beweislast, sondern darum, dass die Vorinstanz von gar keiner solchen Aufklärungspflicht der Beschwerdegegnerin betreffend dem Auftrag des Beschwerdeführers zum Kauf von NetBank-Aktien ausging (vgl. angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7 vor dem 3. Absatz). Insoweit geht die Rüge am angefochtenen Beschluss vorbei und es kann deshalb nicht darauf eingetreten werden.

bb) Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass und wo er in den vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht hatte, er sei bezüglich des Risikos beim Kauf von NetBank-Aktien nicht bzw. ungenügend aufgeklärt gewesen. Im Gegenteil macht er selber geltend, es verstehe sich von selbst, dass Börsengeschäfte mit einem gewissen Risiko verbunden seien (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Ziff. 9). Also war er sich eines solchen Risikos durchaus bewusst und brauchte nicht speziell darüber aufgeklärt zu werden. Sodann erwog die Vorinstanz, wer an der Börse spekuliere, tue dies vernünftigerweise nicht blindlings, und daran habe sich auch der Beschwerdeführer gehalten. Spätestens seit anfangs 1999 habe er sich unbestrittenermassen intensiv im Effektenbörsen-Handel mit Schwergewicht auf Aktien von Internet-Gesellschaften betätigt und sei mit den einschlägigen Risiken

bestens vertraut gewesen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 7). Diese Feststellungen werden vom Beschwerdeführer nicht beanstandet. Deshalb ginge eine Rüge fehl, die mit der Behauptung begründet würde, die Beschwerdegegnerin habe den Beschwerdeführer über die Risiken im Zusammenhang mit den ihr erteilten Aufträgen zum Kauf und Verkauf von Aktien nicht genügend aufgeklärt.

cc) Schliesslich ist nicht klar, welchen Nachteil der Beschwerdeführer aus der geltend gemachten fehlenden oder mangelhaften Aufklärung durch die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit dem Kauf der NetBank-Aktien ableiten möchte (bzw. was für eine Bedeutung einer fehlenden oder mangelhaften Aufklärung zukomme). Wollte er damit geltend machen, er hätte die NetBank-Aktien nicht gekauft, wenn er genügend aufgeklärt worden wäre, und die Beschwerdegegnerin habe ihm dadurch Schaden verursacht, dass er überhaupt NetBank-Aktien gekauft habe (welche in der Folge an Wert verloren haben), so wäre ihm entgegenzuhalten, dass er nicht darlegt, dass und wo er eine solche Behauptung in den vorinstanzlichen Verfahren erhoben hatte (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. 5.a).

4. Weiter macht der Beschwerdeführer - ebenfalls unter dem Titel "Beweislastumkehr" - geltend, er habe vor Vorinstanz dargetan, dass durch die Entgegennahme des Kaufauftrages am 13. April 1999 bei ihm die Erwartung geweckt worden sei, die Beschwerdegegnerin führe den Aktienkauf gleichentags durch. Er habe nicht wissen können, wie wahrscheinlich es sei, dass die Beschwerdegegnerin den Kaufauftrag entgegennahme, diesen aber trotz Oeffnung der amerikanischen Börse nicht sofort ausführen werde. Aufgrund der hohen Volatilität der betreffenden Titel sei das Risiko eines Verlustes bei nicht sofortigem Kauf erheblich gewesen. Zumindest über dieses Risiko hätte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer gemäss seiner Rüge aufklären müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 6 Ziff. 10).

a) Auch dazu gilt das in der vorstehenden Ziffer Ausgeführte. Auch damit erklärte der Beschwerdeführer nicht, bezüglich welcher tatsächlichen Behauptungen die Beweislast (aufgrund der von ihm postulierten Aufklärungspflicht der Beschwerdegegnerin) umgekehrt werden müsse, und folgte auch aus einer allfälli-

gen Aufklärungspflicht der Beschwerdegegnerin keine Umkehr der Beweislast bezüglich der erstinstanzlichen Beweissätze.

b) Abgesehen davon erwog die Vorinstanz dazu, ob der Beschwerdeführer gewusst habe, mit welcher Wahrscheinlichkeit sein Kaufauftrag für die NetBank-Aktien vom 13. April 1999 noch am gleichen Tag ausgeführt würde oder erst am folgenden Tag, sei bei der Beurteilung der Beweislast für seine Behauptungen betreffend die Auskünfte der Beschwerdegegnerin über die Ausführung des Kaufauftrags und betreffend ihr Wissen, dass der unterbliebene Kauf der NetBank-Aktien für ihn Bedingung für den Kauf der RealNetworks-Aktien gewesen sei, ohne jede Bedeutung. Sei es wirklich ungewiss gewesen, ob der Kaufauftrag noch am 13. April 1999 ausgeführt würde, wäre - so die Vorinstanz weiter - die Aufklärung der Beschwerdegegnerin über diese Ungewissheit nutzlos gewesen, denn der Beschwerdeführer hätte sich, so wie er es darstelle, vor dem Kauf der RealNetworks-Aktien ohnehin Gewissheit verschaffen müssen, ob der Kauf der NetBank-Aktien zustande gekommen sei. Was schliesslich die vom Beschwerdeführer behauptete Abhängigkeit des Kaufs der RealNetworks-Aktien vom Verkauf der NetBank-Aktien angehe, so gebe es nichts, das die Beweislast gemäss Art. 8 ZGB relativieren könnte (angefochtener Beschluss KG act. 1 S. 7 f).

Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens folgt aber, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). Mit seiner Bemerkung, der vorinstanzlichen Argumentation könne nicht beige-pflichtet werden (Beschwerde KG act. 1 S. 6 unten), weist der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund derselben nach. Auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden.

5. Der Beschwerdeführer macht geltend, vorliegend könne der eingetretene Schaden nach der allgemeinen Lebenserfahrung und aus dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ohne weiteres darauf zurückgeführt werden, dass die Beschwerdegegnerin den erteilten Aktienkauf nicht sofort ausgeführt bzw. den Grundsatz verletzt habe, wonach Aufträge mit der Kursvorschrift "bestens" nach der laufenden Bör-

sensitzung nicht mehr durchgeführt werden dürften (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 12).

a) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

b) Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass bzw. wo er bereits vor den Vorinstanzen behauptet hätte, der geltend gemachte Schaden sei darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdegegnerin den erteilten Aktienkauf nicht sofort ausgeführt bzw. den (vom Beschwerdeführer behaupteten) Grundsatz verletzt hätte, wonach Aufträge mit der Kursvorschrift "bestens" nach der laufenden Börsensitzung nicht mehr durchgeführt werden dürften. Demgegenüber führte der Beschwerdeführer vor Vorinstanz den behaupteten Schaden gemäss den von ihm nicht beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen darauf zurück, dass er wegen ungenügender und falscher Information durch die Beschwerdegegnerin nebst den NetBank-Aktien auch die RealNetworks-Aktien gekauft habe und die Beschwerdegegnerin seinen Widerruf des Auftrages zum Kauf der NetBank-Aktien (vgl. zu dieser Behauptung die erstinstanzliche Beweisaufgabe; vorstehend Ziff. 3) missachtet und dass sie RealNetworks-Aktien gekauft habe, obwohl er für einen sol-

chen Kauf die Bedingung gestellt habe, dass der Kauf der NetBank-Aktien rückgängig gemacht sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 Ziff. 3.2. und S. 6 Ziff. 4.2.1.). Vor der Vorinstanz führte der Beschwerdeführer den geltend gemachten Schaden somit auf eine fehlende Annullation des Kaufs der NetBank-Aktien und auf einen Kauf der RealNetworks-Aktien trotz nicht erfüllter Bedingung zurück. Die in Ziff. 12 der Beschwerde erhobene Behauptung, der Schaden sei darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdegegnerin den erteilten Aktienkauf (der NetBank-Aktien) nicht sofort (noch am 13. April 1999) ausgeführt habe (bei dieser Position läge der Schaden in einer allfälligen Kursveränderung zum Nachteil des Klägers zwischen dem 13. April 1999, an welchem Tag die Beschwerdegegnerin seiner Position nach die NetBank-Aktien hätte kaufen sollen, und dem 14. April 1999, an welchem sie diese Aktien tatsächlich gekauft hat), ist neu und somit unzulässig. Es ist nicht darauf einzutreten.

c) Abgesehen davon ergibt sich entgegen der hierunter vorgetragenen Behauptung des Beschwerdeführers der Kausalzusammenhang zwischen einem behaupteten Schaden und einer behaupteten verspäteten Auftragsausführung nicht "ohne weiteres" aus der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, sondern nur aus konkreten, zu beweisenden tatsächlichen Umständen. Die Rüge ginge offensichtlich fehl, wenn auf sie eingetreten werden könnte.

6. Die Position des Beschwerdeführers, dass ein genügender Beweis für eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beschwerdegegnerin im Sinne "des von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung anerkannten" Anscheinsbeweises erbracht worden sei (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 13), soll offenbar aus der vorherigen Ziffer der Beschwerde folgen. Dazu ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen. Im übrigen begründet der Beschwerdeführer diese Position nicht. Es ist auch darauf nicht einzutreten.

7. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die "nötigen" Beweise schon mit den vor dem Erlass des Beweisaufgabebeschlusses eingereichten Rechtsschriften genannt. Dabei habe es sich zum vorwiegenden Teil um zu den Akten erhobene Urkunden gehandelt (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 16). In der

Folge verweist der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Beweissätze auf verschiedene Eingaben und Unterlagen, die er vor den Vorinstanzen eingereicht habe (Beschwerde KG act. 1 S. 8 - 10).

Die Vorinstanz erwog, ob der Beschwerdeführer in seinen Rechtsschriften im erstinstanzlichen Hauptverfahren Beweismittel bezeichnet habe, mit denen der im Beweisaufgabebeschluss auferlegte Beweis geführt werden könnte, sei gemäss § 137 ZPO, auf den die Erstinstanz im Beweisaufgabebeschluss vom 12. Februar 2003 ausdrücklich verwiesen habe, unerheblich. Nach dieser Bestimmung seien nur Beweismittel zum Beweis zugelassen, die unter genauer Bezugnahme auf den Beweisaufgabebeschluss bezeichnet würden. Eine Ausnahme gelte gemäss § 138 ZPO für Beweisofferten, die die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllten. Solche nenne der Beschwerdeführer jedoch nicht (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 Ziff. 4.2.3.).

a) Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Diese Erwägungen beanstandet der Beschwerdeführer nicht. Seine Behauptung, die Vorinstanz habe die Auffassung geäussert, dass die schon zu den Akten erhobenen Beweismittel wie Urkunden bzw. Protokolle von Zeugenaussagen bzw. Parteibefragungen nicht mehr neuerlich angerufen werden müssten (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 16), trifft nicht zu. Eine solche Auffassung äusserte die Vorinstanz nicht. Die Darlegungen des Beschwerdeführers zu einzelnen Beweissätzen und zu bei der Erstinstanz eingereichten Dokumenten und Rechtsschriften gehen an der vorinstanzlichen Erwägung vorbei und vermögen damit von vornherein keinen Nichtigkeitsgrund darzutun. Auch auf diese Rügen kann nicht eingetreten werden.

b) Abgesehen davon vermögen die vom Beschwerdeführer zitierten Dokumente und Rechtsschriften die behaupteten Beweise nicht zu erbringen:

aa) Der Beschwerdeführer behauptet, aus BG act. 17/3 = KG act. 4/5 ergebe sich, dass er der Kundenberaterin der Beschwerdegegnerin am 14. April 1999 um ca. 11.30 Uhr die Weisung erteilt habe, den am 13. April 1999 in Auftrag gegebenen Kauf von 220 NetBank-Aktien unverzüglich zu widerrufen (Beschwerde KG act. 1 S. 8 Ziff. 17).

Bei diesem Dokument handelt es sich um ein Schreiben des Beschwerdeführers selber an die Beschwerdegegnerin vom 25.6.1999. Ein solches ist eine bloße Parteibehauptung und vermag keinen Beweis für eine bestrittene Behauptung des Beschwerdeführers selber zu erbringen. Abgesehen davon behauptete nicht einmal der Beschwerdeführer in seinem Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 25.6.1999 (KG act. 4/5), er habe der Kundenberaterin der Beschwerdegegnerin um ca. 11.30 Uhr des 14. April 1999 die Weisung erteilt, den Kauf der 220 NetBank-Aktien zu widerrufen.

bb) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm die Kundenberaterin (der Beschwerdegegnerin) A. im Rahmen des Telefonats vom 14. April 1999 um ca. 15.30 Uhr zugesichert habe, dass der erste Kaufauftrag gestoppt sei, stattdessen der zweite Kaufauftrag ausgeführt werde und die E-Bay-Aktien verkauft würden, sei mit den als Klagebeilage 9 und 10 eingereichten Schreiben (= KG act. 4/5 und 4/6) belegt worden. Dieser Sachverhalt sei zudem von der Beschwerdegegnerin anerkannt worden, was sich aus der Klagebegründung und der Replik ergebe (Beschwerde KG act. 1 S. 8 Ziff. 18).

aaa) Die Klagebeilage 9 ist das bereits unter dem vorstehenden Buchstaben behandelte Schreiben des Beschwerdeführers selber vom 25.6.1999 (KG act. 4/5). Dieses ist eine bloße Parteibehauptung und vermag als solche keinen Beweis für eine entsprechende Behauptung des Beschwerdeführers selber zu erbringen. Aus dem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 30. Juni 1999 (KG act. 4/6) ergibt sich weder eine Bestätigung des Inhaltes des Schreibens des Beschwerdeführers vom 25.6.1999 noch sonst im geringsten ein Beweis für den Beweissatz, den der Beschwerdeführer damit als bewiesen bezeichnet.

bbb) Die Erstinstanz verstellte die vom Beschwerdeführer erwähnte Behauptung zum Beweis. Die Erstinstanz ging damit davon aus, dass diese bestritten ist. Unter Hinweis auf eigene Rechtsschriften - Klagebegründung und Replik (KG act. 4/7 und 4/8) - vermag der Beschwerdeführer nicht darzutun, dass die Beschwerdegegnerin die entsprechende Tatsachendarstellung im Gegensatz zur erstinstanzlichen Auffassung anerkannt hätte.

ccc) Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers erachtete die Vorinstanz nicht anerkannte Sachverhaltsdarstellungen, für die keine Beweise offeriert wurden, als nicht bewiesen (KG act. 1 S. 8 Ziff. 18). Demgegenüber erwog sie, der Beschwerdeführer habe den ihm auferlegten Beweis nicht erbracht (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 Ziff. 4.2.4). Damit bezog sich die Vorinstanz auf die erstinstanzliche Beweisaufgabe und damit auf die von der Erstinstanz als bestritten erachteten und deshalb zum Beweis verstellten Behauptungen. Die diesbezüglich erhobenen Rügen der Willkür und des überspitzten Formalismus (Beschwerde KG act. 1 S. 8 Ziff. 18) gehen an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Auch darauf ist nicht einzutreten.

cc) Auf die Darstellungen des Beschwerdeführers zum geltend gemachten erlittenen Schaden (Beschwerde KG act. 1 S. 9 Ziff. 20 und 21) ist nicht weiter einzugehen. Ein (fehlender) Nachweis (der Höhe) des Schadens wäre nur dann von Bedeutung, wenn die Beschwerdegegnerin grundsätzlich dafür ersatzpflichtig wäre. Bezüglich der vorinstanzlichen Annahme, dass bereits diese Position des Beschwerdeführers aussichtslos ist, wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die sich nur im gegenteiligen Fall stellende Frage des (Nachweises der Höhe des) Schadens kann demnach offen gelassen werden.

8. Die Vorinstanz erwog, fehle es an einer Verletzung des Vertrags durch die Beschwerdegegnerin, sei der eingeklagte Anspruch auf Schadenersatz unbegründet und der Prozess demnach für den Beschwerdeführer aussichtslos (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 Ziff. 5). Für diese vorinstanzliche Schlussfolgerung waren die Beweissätze, bezüglich welcher der Beschwerdegegnerin der Hauptbeweis auferlegt worden war, ohne Bedeutung. Es war denn auch kein Beweis darüber abgenommen worden, und die Vorinstanz hatte nicht auf die entsprechenden Tatsachenbehauptungen abgestellt. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Gegenbeweis zum der Beschwerdegegnerin auferlegten Hauptbeweis (Beschwerde KG act. 1 S. 10 lit. D. Ziff. 24 und 25) gehen deshalb am angefochtenen Beschluss vorbei. Es ist auch darauf nicht weiter einzugehen.

9. Der Beschwerdeführer wies bei der vorinstanzlichen Annahme der Aussichtslosigkeit des Prozesses für ihn nach der unterlassenen Beweisantretung

keinen Nichtigkeitsgrund nach. Auch der darauf beruhende vorinstanzliche Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege ist deshalb mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

10. Mit der Abweisung der Beschwerde entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung. Die Frist zur Einreichung der Berufungsreplik ist dem Beschwerdeführer neu anzusetzen.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beschwerdeantwort und stellte keine Anträge, auch nicht auf eine Prozessentschädigung. Es sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Dem Kläger, Appellanten und Beschwerdeführer wird eine neue **Frist von 10 Tagen** ab Mitteilung dieses Beschlusses angesetzt, um dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, die Replikschrift in dreifacher Ausfertigung einzureichen.  
Säumnis gilt als Verzicht auf Replik.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 373.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht (ins Verfahren 4P.262/2004) , je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: