



Kass.-Nr. AA090073/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Ersatzrichter Karl Schroeder, die Ersatzrichterin Doris Farner und der Ersatzrichter Mathis Zimmermann sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Sitzungsbeschluss vom 1. März 2010

in Sachen

X.,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Fürsprecher

gegen

Nachlassmasse der SAirGroup in Nachlassliquidation,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch den Liquidator, Rechtsanwalt,
dieser vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Kollokation

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. April 2009 (NK080026/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2006 wies der Liquidator der Beschwerdegegnerin die von der Beschwerdeführerin mit Eingaben vom 29. Januar 2002 und 19. April 2006 im Nachlassverfahren der Beschwerdegegnerin angemeldeten Forderungen von insgesamt Fr. 3'852'500'000.-- im Umfang von Fr. 3'469'948'475.45 ab. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 31. Oktober 2006 gestützt auf Art. 250 Abs. 1 in Verbindung Art. 321 Abs. 2 SchKG vor dem Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirks Zürich Kollokationsklage ein, mit welcher sie die Zulassung und Kollozierung von zusätzlichen Fr. 2'387'468'475.45 beantragte. Mit Einreichung der Klage beantragte sie zudem die Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des in Belgien seit dem 6. Juli 2001 (nunmehr in zweiter Instanz, Cour d'appel de Bruxelles) pendenten Prozesses zwischen X. und SAirLines AG in Liquidation betreffend dieselben Forderungen (ER act. 1 S. 2 ff.).

2. Der Einzelrichter stellte mit Verfügung vom 14. November 2006 das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Sistierungsentscheides im Geschäft Nr. FB060046 (Verfahren betreffend Klage der Beschwerdeführerin gegen die Nachlassmasse der SAirLines AG in Nachlassliquidation, welches seinerseits bis zur endgültigen Erledigung des Sistierungsverfahrens im Geschäft FB060044 [Staat A. und Konsorten gegen Liquidationsmasse der SAirLines AG] sistiert worden war) ein. Mit Verfügung vom 20. Oktober 2008 führte der Einzelrichter das Verfahren weiter und setzte der Beschwerdeführerin gestützt auf § 73 Ziff. 7 ZPO eine Frist zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von einstweilen Fr. 2'313'745.-- (Gerichtskosten Fr. 1'328'290.-- plus Prozessentschädigung Fr. 985'455.--) an. Dagegen rekurrierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht des Kantons Zürich und beantragte in erster Linie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Erstinstanz sei anzuweisen, ihr eine Kautions erst aufzuerlegen, wenn das Verfahren formell weitergeführt werden könne.

Eventuell sei ihr unter Ansetzung einer angemessenen, jedenfalls länger als zehntägigen Frist eine Prozesskaution nach richterlichem Ermessen, höchstens aber in der Höhe von einstweilen maximal Fr. 495'000.-- aufzuerlegen (angefochtener Beschluss = KG act. 2 S. 2 f.).

Mit Beschluss vom 3. April 2009 (KG act. 2) hiess das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs teilweise gut und setzte der Beschwerdeführerin eine Frist von 20 Tagen zur Leistung einer Prozesskaution von einstweilen Fr. 1'966'000.-- (Gerichtskosten Fr. 1'129'000.-- plus Prozessentschädigung Fr. 837'000.--) an. Dabei ging es von einem Streitwert von Fr. 251,5 Mio. aus (vgl. KG act. 2 S. 12). Im Übrigen wies es den Rekurs ab (KG act. 2 S. 16).

3. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, und es sei entweder unter Ansetzung einer angemessenen Frist von mindestens 20 Tagen die Prozesskaution durch das Kassationsgericht nach richterlichem Ermessen, aber höchstens in der Höhe von einstweilen Fr. 495'000.-- festzusetzen, oder es sei die Sache zu entsprechendem Vorgehen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Beschwerde = KG act. 1 S. 2 f.). Dabei richtet sich die Beschwerde nicht gegen die Verwerfung des Hauptstandpunktes der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren, wonach das Verfahren nicht habe weitergeführt werden dürfen, bevor über ihr Sistierungsgesuch formell entschieden worden sei, sondern lediglich gegen die Bemessung der Kautionshöhe (KG act. 1 Ziff. 5.5-5.7 und Ziff. 6 ff.).

Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 14), während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (KG act. 9). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 15). Eine weitere Stellungnahme ging nicht ein.

4. Mit Verfügung vom 8. Mai 2009 (KG act. 5) wurde der Nichtigkeitsbeschwerde antragsgemäss (KG act. 1 S. 3) aufschiebende Wirkung verliehen.

II.

1. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von § 79 Abs. 1 ZPO und Art. 6 und 13 EMRK (Verletzung des Äquivalenzprinzips; KG act. 1 S. 12 ff. Ziff. 12 ff.) sowie insbesondere von Art. 29a BV (Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf Zugang zu den Gerichten; KG act. 1 S. 24 ff. Ziff. 24 ff.) und beruft sich auf die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1 und 3 ZPO (KG act. 1 S. 11 f. Ziff. 10 bis 11). Vorab macht sie geltend, die Höhe der ihr auferlegten Kautionsverletzung verletze das Äquivalenzprinzip (KG act. 1 S. 12 ff.). Dazu verweist sie u.a. darauf, vor Vorinstanz habe sie zur Begründung ihres Standpunktes, dass die Kautionsverletzung unangemessen hoch sei, einen Entscheid des Kassationsgerichts in Sachen SAirlines zitiert. In diesem Entscheid habe das Kassationsgericht - so habe sie vor Vorinstanz geltend gemacht - zwar die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution für die Gerichtskosten von Fr. 275'000.-- geschützt, gleichzeitig aber festgehalten, einen Betrag in dieser Höhe werde der von der Erstinstanz zu leistende Aufwand kaum erreichen. Ein Betrag in dieser Höhe bewege sich insgesamt an der obersten Grenze des Zulässigen. Daraus folge, dass die von der Erstinstanz der Kautionsverfügung zugrundegelegte Gerichtsgebühr von Fr. 1'328'290.-- das Äquivalenzprinzip verletze (KG act. 1 S. 7 f. mit Verweisung auf OG act. 3/8 S. 16). In der Folge setzt sich die Beschwerdeführerin mit vorinstanzlichen Erwägungen zu diesem kassationsgerichtlichen Beschluss auseinander (KG act. 1 S. 12 ff.).

a) Im von der Beschwerdeführerin zitierten Beschluss vom 1. Oktober 2007 behandelte das Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin (der gleichen Beschwerdeführerin wie im vorliegenden Verfahren) gegen die Nachlassmasse der SAirlines in Nachlassliquidation betreffend Kollokation / Prozesskaution (OG act. 3/8). Die Beschwerdeführerin hatte in jenem Verfahren eine Kollokationsklage eingereicht, mit welcher sie die Zulassung und Kollozierung von zusätzlichen Fr. 230'835'000.-- im Nachlassverfahren der dortigen Beschwerdegegnerin beantragt hatte. Der Einzelrichter hatte der Beschwerdeführerin eine Prozesskaution von Fr. 495'000.-- auferlegt (Gerichtskosten Fr. 275'000.--, Prozessentschädigung Fr. 220'000.--), das Obergericht hatte diese

bestätigt (OG act. 3/8 S. 2). Mit einer dagegen gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde hatte sich die Beschwerdeführerin auf eine Verletzung des Äquivalenzprinzips berufen (OG act. 3/8 S. 12). Das Kassationsgericht hat dazu u.a. erwogen, beim beschleunigten Verfahren sei die einzelrichterliche Zuständigkeit gegeben. Dies führe zu einem gegenüber dem Kollegialgericht reduzierten personellen Aufwand. Inwiefern sich dieser reduzierte personelle Aufwand effektiv in einer finanziellen Einsparung niederschlage, könne aber offen bleiben, da jedenfalls auch im Kollegialgericht das Schwergewicht der Fallbearbeitung beim Referenten liege. In diesem Zusammenhang sei hingegen zu berücksichtigen, dass es sich nach den eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerin um ein besonders komplexes Verfahren handle. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei davon auszugehen, dass der effektive Aufwand auf Seiten des Gerichts zwar kaum den der Kautionsoweit zugrundegelegten Betrag von Fr. 275'000.-- erreichen dürfte, dass aber zumindest noch kein offensichtliches Missverhältnis vorliege, wenn man neben den Personalkosten (bei welchen nebst denjenigen des Einzelrichters auch diejenigen des juristischen Sekretariates sowie des Kanzleipersonals anfielen) die Infrastrukturkosten (Räumlichkeiten, EDV) in Rechnung stelle. Die Rüge sei deshalb materiell unbegründet. Immerhin sei festzuhalten, dass sich ein Gebührenansatz wie der vorliegende an der obersten Grenze des Zulässigen bewege. Vergleichsweise sei auf die Regelung für das Verfahren vor Bundesgericht verwiesen. Danach betrage die höchstzulässige Gerichtsgebühr gemäss Art. 65 Abs. 3 lit. b BGG Fr. 100'000.--; bei Vorliegen besonderer Gründe, wie namentlich einem besonders hohen Streitwert, könne die Gerichtsgebühr bis zum doppelten Betrag, also auf Fr. 200'000.-- erhöht werden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass es sich um ein Rechtsmittelverfahren handle, wobei zufolge grundsätzlicher Bindung an den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt vor Bundesgericht kein Beweisverfahren mehr stattfinde, was den Aufwand in der Regel reduziere. So betrachtet erscheine es als noch zulässig, für ein erstinstanzliches Verfahren, bei welchem mit intensivem Aktenstudium und allenfalls mit einem aufwändigen Beweisverfahren gerechnet werden müsse, eine im Verhältnis dazu nochmals um ca. einen Drittel erhöhte oberste Gerichtsgebühr ins Auge zu fassen. Allerdings dürfte damit im Lichte des Äquivalenzprinzips der Rahmen des Zulässigen

erschöpft sein (OG act. 3/8 S. 15 f. mit Verweisung auf BGE 132 I 134 [= Pra 2007 Nr. 15] und BGer 4P.315/2006 vom 22.5.2007).

b) Die Vorinstanz erwog dazu und zur Verweisung der Beschwerdeführerin auf diesen Entscheid Folgendes:

Die Beschwerdeführerin verstehe die Erwägungen des Kassationsgerichts dahingehend, dass es im Bereich sehr hoher Streitwerte auf dieselben praktisch nicht (mehr) ankomme. Sei im Verfahren, auf den sich der kassationsgerichtliche Entscheid bezogen habe, bei einer Kautio von Fr. 495'000.-- bereits davon auszugehen, dass die mutmasslichen Aufwendungen mehr als gedeckt seien, müsste dies (so das Verständnis der Beschwerdeführerin gemäss Vorinstanz) beim vorliegenden, weitestgehend gleichgelagerten Fall zur gleichen Plafonierung führen. Die Vorinstanz erwog dazu, ob aus den fallbezogenen Erwägungen des Kassationsgerichts dieser generelle Schluss gezogen werden könne, sei fraglich. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung könne dies bezweifelt werden. In BGE 130 III 225 ff. habe sich das Bundesgericht mit dem nach oben nicht begrenzten Tarif der GebV SchKG zu befassen gehabt und zum Äquivalenzprinzip Folgendes ausgeführt (BGE 130 III 228):

"Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges (BGE 101 Ib 462 E. 3b S. 468), wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 128 I 46 E. 4a S. 52; BGE 126 I 180 ...). Bei der Festsetzung von Verwaltungsgebühren darf deshalb innerhalb eines gewissen Rahmens auch der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interesse am abzugeltenden Akt Rechnung getragen werden (BGE 126 I 180 E. 3a/bb S. 188 ...), und bei Gerichtsgebühren darf namentlich der Streitwert eine massgebende Rolle spielen (BGE 120 Ia 171 E. 2a S. 174; Alain Wurzbürger, *De la constitutionnalité des émoluments judiciaires en matière civil ...*, S. 307 f.), wobei dem Gemeinwesen nicht verwehrt ist, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen (BGE 120 Ia 171 E. 2a S. 174 und E. 4c S. 177/178 ...)".

Diese Ausführungen seien - so die Vorinstanz weiter - offensichtlich kein Beleg dafür, dass der Streitwert, wenn er eine gewisse Höhe übersteige, nicht mehr ins Gewicht falle, wie die Beschwerdeführerin annehme, wenn sie für einen Prozess mit einem mehr als viermal höheren Streitinteresse die gleiche Kautions für angemessen halte. Ganz im Gegenteil werde im zitierten Bundesgerichtsentscheid darauf hingewiesen, dass der Streitwert bei Gerichtsgebühren eine massgebliche Rolle spielen dürfe. Was den erwähnten Wert der Leistung anbelange, auf den abgestellt werden dürfe, dürfte dieser in aller Regel mit dem wirtschaftlichen Nutzen zusammenfallen, den die Leistung dem Pflichtigen bringe: Je höher die Streitsumme, desto höher sei bzw. könne der aus einem Prozess resultierende Nutzen sein. Im Verfahren FB060046 (dem Verfahren, das dem von der Beschwerdeführerin herangezogenen kassationsgerichtlichen Entscheid vom 1. Oktober 2007 zugrunde lag) habe es sich um einen Streitwert von Fr. 58.35 Mio. gehandelt, während der hier massgebliche Streitwert Fr. 251.5 Mio. betrage. Der mögliche Nutzen für die Beschwerdeführerin sei hier mehr als viermal höher als dort, und diesem Verhältnis entspreche auch die Höhe der Kautionen (gemeinsam für Kosten und Entschädigung Fr. 2.3 Mio. und Fr. 495'000.-- im Verfahren FB060046).

Auch bei Berücksichtigung des alternativ genannten Kriteriums (Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges) entstehe kein grundsätzlich anderes Bild, denn auch damit sei nicht gesagt, dass ausschliesslich die im Einzelfall konkret angefallenen Kosten in Rechnung gestellt werden dürften. In BGE 101 Ib 468 werde dazu ausgeführt:

"Es (das Äquivalenzprinzip) setzt der Verteilung der gesamten Kosten eines Verwaltungszweiges auf die einzelnen Verrichtungen Schranken, indem es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf (BGE 97 I 335; Imboden, a.a.O., Nr. 412 V in fine)".

Eine Gerichtsgebühr könne - so die Vorinstanz weiter - somit die konkreten Kosten, welche der einzelne Prozess verursache, durchaus übersteigen. Verluste in weniger bedeutenden Geschäften könnten damit bis zu einem gewissen Grad

wettgemacht werden. Die Grenze liege dort, wo der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte illusorisch oder übermässig erschwert werde. Das sei hier nicht der Fall, sodass es auch nicht entscheidend darauf ankomme, dass die Erstinstanz sich an den Streitwert gehalten habe und keine Schätzung der mutmasslich anfallenden realen Kosten vorgenommen habe, wie die Beschwerdeführerin moniere. Schliesslich habe sie es ihrerseits ebenfalls unterlassen, detailliertere Angaben zum Verhältnis von effektiven Kosten und zur Höhe der Kautions zu machen (KG act. 2 S. 11 - 13).

c) Zusammengefasst wies die Vorinstanz den Einwand der Verletzung des Äquivalenzprinzips durch die Kautions aus zwei Gründen ab:

aa) Der Wert der Leistung, auf den bei der Bemessung der Gerichtsgebühr abgestellt werden dürfe, falle in aller Regel mit dem wirtschaftlichen Nutzen zusammen, den die Leistung dem Pflichtigen bringe. Je höher die Streitsumme, desto höher könne der aus einem Prozess resultierende Nutzen sein. Beim rund viermal höheren Streitwert im vorliegenden Verfahren als im Verfahren FB060046 sei der mögliche Nutzen für die Beschwerdeführerin viermal höher als im genannten Verfahren. Deshalb sei eine viermal höhere Kautions zulässig.

bb) Das Kriterium des Kostenaufwandes der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand, auf welches Kriterium alternativ zum vorstehend genannten abgestellt werden dürfe, finde eine Grenze (nur) dort, wo der Rechtsschutz illusorisch oder übermässig erschwert würde. Das sei hier nicht der Fall.

d) Die Beschwerdeführerin wendet dazu insbesondere ein, es sei willkürlich, aus einem viermal höheren Streitwert oder aus einem angeblich viermal höheren Nutzen auf die Angemessenheit einer viermal höheren Gerichtsgebühr zu schliessen (KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 23.3 und 23.4). Der Nutzen, den die Beschwerdeführerin aus dem angehobenen Kollokationsprozess ziehen werde, stehe in keinem linearen logisch/mathematischen Verhältnis zum Aufwand, den die Justiz für die Prozesserledigung allenfalls treiben müsse (KG act. 1 S. 16 Ziff. 23.4). Entscheidendes Kriterium sei die Frage, ob die auferlegte Gebühr nicht in einem

offensichtlichen Missverhältnis zum Wert der in Anspruch genommenen staatlichen Leistung stehe (KG act. 1 S. 18 Ziff. 23.8, S. 24 Ziff. 26). Die Grenze der Höhe der Kautions müsse im Vergleich zum mutmasslichen Aufwand von Gericht und Gegenpartei verhältnismässig sein (KG act. 1 S. 24 Ziff. 26).

Die Beschwerdeführerin macht damit geltend, die Vorinstanz sei bei der Bemessung der Gerichtsgebühr von unzutreffenden Kriterien ausgegangen. Nicht der Nutzen, den sie allenfalls aus dem Prozess ziehen werde, sei relevant, sondern der Wert der in Anspruch genommenen staatlichen Leistung bzw. der staatliche Aufwand. Implizit macht die Beschwerdeführerin damit auch geltend, der Wert der in Anspruch genommenen staatlichen Leistung könne nicht mit ihrem allfälligen aus dem Prozess resultierenden Nutzen gleichgesetzt werden.

e) Die Beschwerdegegnerin verweist im Wesentlichen auf die vorinstanzlichen Erwägungen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Äquivalenzprinzip (KG act. 14 S. 5 f., S. 7 Ziff. 20). Überdies macht sie geltend, dem Äquivalenzprinzip sei erst im Endentscheid Rechnung zu tragen (KG act. 14 S. 6 Ziff. 18).

f) Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 130 III 225, 228 Erw. 2.3 mit Verweisung auf Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 9 BV). Diese verfassungsrechtlichen Grundsätze gelten nicht erst für einen Endentscheid, sondern auch bereits während eines gerichtlichen Verfahrens. Erscheint eine ausschliesslich nach dem Streitwert bemessene Gerichtsgebühr aufgrund der in Anspruch genommenen staatlichen Leistung als unverhältnismässig, darf einer Partei keine Kautions in einer solchen unverhältnismässigen Höhe auferlegt werden, weil auch dies dem verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 5 Abs. 2 BV) widerspräche. Das gelangt auch in § 79 Abs. 1 ZPO speziell zum Ausdruck, wonach die Höhe der Kautions nicht nur auf Grund des Streitwertes, sondern auch nach dem Umfang des Prozesses festzusetzen ist und nachträglich erhöht oder herabgesetzt werden kann. Dies bietet nicht nur die

Flexibilität, auf tatsächliche Veränderungen des Prozessumfangs (und auch auf Veränderungen des Streitwertes etc.) durch Erhöhung oder Herabsetzung der Kautions zu reagieren, sondern besagt auch, dass bei der Bemessung der Kautions dem Aufwand des Gerichts (und der Gegenpartei) neben dem Streitwert besondere Bedeutung zukommt. Der Einwand der Beschwerdeführerin, das Äquivalenzprinzip sei erst im Endentscheid beachtlich, geht fehl.

g) Das Äquivalenzprinzip bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs (BGE 130 III 228 Erw. 2.3). Das sind die bundesgerichtlichen Kriterien zur Prüfung einer Gebühr unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips (vgl. auch Kass.-Nr. AA070010 vom 1.10.2007 Erw. III.3.3). Davon ging grundsätzlich auch die Vorinstanz aus (KG act. 2 S. 11). Im Folgenden verkannte sie indes die Bedeutung dieser Kriterien:

aa) Nach der Darstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Äquivalenzprinzip hielt die Vorinstanz fest, was den Wert der Leistung anbelange, auf den abgestellt werden dürfe, dürfte dieser in aller Regel mit dem wirtschaftlichen Nutzen zusammenfallen, den die Leistung dem Pflichtigen bringe. Je höher die Streitsumme, desto höher könne der aus einem Prozess resultierende Nutzen sein. Im Verfahren FB060046 habe es sich um einen Streitwert von Fr. 58.35 Mio. gehandelt, während der im vorliegenden Verfahren massgebliche Streitwert Fr. 251.5 Mio. betrage. Der mögliche Nutzen für die Beschwerdeführerin sei im vorliegenden Verfahren mehr als viermal höher als im Verfahren FB060046. Diesem Verhältnis entspreche auch die Höhe der Kautions (gemeinsam für Kosten und Entschädigung Fr. 2.3 Mio. im vorliegenden Verfahren; Fr. 495'000.-- im Verfahren FB060046). Anschliessend erwog die Vorinstanz, auch bei Berücksichtigung des alternativ genannten Kriteriums (Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges) entstehe kein grundsätzlich anderes Bild (KG act. 2 S. 12). Die

Vorinstanz ging somit von zwei alternativen Kriterien aus mit der Auffassung, bereits bei der Erfüllung eines dieser beiden Kriterien erweise sich die Gerichtsgebühr auch unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips als zulässig. Als erstes dieser beiden Kriterien nannte die Vorinstanz den wirtschaftlichen Nutzen, den die Leistung dem Pflichtigen bringe.

Dies ist indes im Bereich der Gerichtsgebühren kein Kriterium, bei dessen Erfüllung allein eine Verletzung des Äquivalenzprinzips nach der bundesgerichtlichen und der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung entfielen: Entweder könnte nach diesem Kriterium eine ausschliesslich in Prozenten des Streitwertes berechnete Gerichtsgebühr nie das Äquivalenzprinzip verletzen, dann nämlich, wenn, wie der vorinstanzlichen Erwägung entnommen werden muss, der wirtschaftliche Nutzen dem Streitwert (der eingeklagten Streitsumme) entspricht. Denn die in Prozenten des Streitwertes berechnete Gerichtsgebühr ist ja immer nur ein Teil des Streitwertes, liegt also immer innerhalb des in diesem Sinne verstandenen wirtschaftlichen Nutzens und kann diesen nie übersteigen. Eine dermassen unbegrenzte Zulässigkeit der Gerichtsgebühren widerspricht aber gerade der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Äquivalenzprinzip (vgl. BGE 130 III 229 Erw. 2.3 dritter Absatz). Oder schon eine minimale Gerichtsgebühr von beispielsweise Fr. 100.-- könnte nach diesem Kriterium auch bei einem sehr hohen Streitwert das Äquivalenzprinzip verletzen, dann nämlich, wenn der wirtschaftliche Nutzen, "der aus einem Prozess resultierende Nutzen" (KG act. 2 S. 12 dritter Absatz) null ist, weil die klagende Partei vollumfänglich unterliegt. Die Zulässigkeit der Höhe der Gerichtsgebühr hinge dabei vom Umfang des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien ab und wäre demnach für die Parteien desselben Gerichtsverfahrens unterschiedlich. Das trifft nicht zu.

Das Bundesgericht hielt denn auch im Urteil BGE 130 III 225 fest, die genannten Kriterien könnten nur Hilfsmittel zur Bestimmung des Werts der staatlichen Leistung sein; der erzielte Verwertungserlös, den das Obergericht im dort beurteilten Fall dem Nutzen gleichsetzte, gebe jedenfalls nicht den Wert der staatlichen Leistung wieder (BGE 130 III 229 Erw. 2.4). Aus der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich als massgebliches Kriterium unter dem Aspekt

des Verhältnismässigkeitsprinzips der Aufwand des Gerichts (bzw. das Verhältnis zwischen der Gerichtsgebühr und dem Aufwand des Gerichts bzw. ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Aufwand des Gerichts und der Gerichtsgebühr (vgl. Kass.-Nr. AA070010 vom 1.10.2007 Erw. 3.3 und 3.4; vgl. auch BGE 130 III 229 erw. 2.3 dritter Absatz).

Der wirtschaftliche Nutzen, den die gerichtliche Leistung der Partei bringen kann, setzt einerseits unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips der Gerichtsgebühr eine obere Grenze, indem die Gerichtsgebühr die eingeklagte Streitsumme nicht übersteigen darf. Ein Umkehrschluss daraus in dem Sinne, dass eine Gerichtsgebühr unter dieser oberen Grenze unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips schon deshalb zulässig wäre, ist nicht zulässig. Andererseits ist der wirtschaftliche Nutzen, den die gerichtliche Leistung der Partei bringen kann, durchaus ein Kriterium zur Bemessung der Gerichtsgebühr, indem sich diese nach dem Streitwert richten kann. Mit der oberen Grenze unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips hat dies aber nichts zu tun. Insbesondere trifft die vorinstanzliche Schlussfolgerung nicht zu, dass eine Gerichtsgebühr, welche das Äquivalenzprinzip (allenfalls nur gerade knapp) nicht verletzt, das Äquivalenzprinzip auch in vierfacher Höhe (nur schon deshalb) nicht verletzt, wenn bzw. weil der mögliche Nutzen für die Partei (d.h. die Streitsumme, der Streitwert) viermal höher ist.

bb) Beim alternativ geprüften Kriterium des Kostenaufwandes der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges sah die Vorinstanz die Grenze einer Gerichtsgebühr unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips nur bzw. erst dort, wo der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte illusorisch oder übermässig erschwert würde (KG act. 2 S. 12 letzter Absatz). Das trifft nicht zu, und die Vorinstanz erklärt denn auch nicht, worauf sie sich bei dieser auch von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 130 III 225 abweichenden Auffassung stützt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf die Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen. Auch eine Gebühr, welche in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung steht, kann noch weit davon entfernt sein, dass der Rechtsschutz durch staatliche

Gerichte deswegen illusorisch oder übermässig erschwert würde. So kann bei einer Gebühr von 2 Promillen eines Verwertungserlöses (BGE 130 III 225) nicht gesagt werden, dass deswegen der Rechtsschutz illusorisch oder übermässig erschwert würde. Gleichwohl verletzt eine solche Gebühr das Äquivalenzprinzip, wenn sie in einem offenbaren Missverhältnis zum behördlichen Aufwand steht (BGE 130 III 229/230 Erw. 2.4). Diesbezügliches Kriterium ist der gerichtliche Kostenaufwand. Dabei ist es zwar einerseits nicht notwendig, dass die Gebühr in jedem Fall genau dem Aufwand der konkreten Verrichtung entspricht, sondern es dürfen schematische Massstäbe angelegt werden. Andererseits dürfen mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte Ausfälle in weniger bedeutsamen Fällen kompensiert werden (BGE 130 III 228). Die Gebühr bei einem hohen Streitwert darf mithin den gerichtlichen Aufwand im konkreten Fall übersteigen; allerdings eben nicht masslos, unbeschränkt, sondern es darf auch dabei kein offensichtliches Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung entstehen, wobei sich dieser objektive Wert der Leistung wiederum am Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme bemisst.

h) Die Vorinstanz wandte mithin unzulässige bzw. in ihrer Bedeutung verkannte Kriterien an. Damit verletzte sie das Äquivalenzprinzip. Als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Willkürverbots (BGE 103 III 228 Erw. 2.3) ist dieses ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Der auf dieser Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes beruhende angefochtene Beschluss muss deshalb aufgehoben werden. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Gerichtsgebühr erneut unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips prüft und die Kautionsentsprechung festsetzt. Dabei wird sie zur Vermeidung eines Nichtigkeitsgrundes Folgendes zu beachten haben:

Es ist nicht notwendig, in jedem Fall und bei jeder Gerichtsgebühr den gerichtlichen Aufwand zu bemessen. Aufgrund der Zulässigkeit schematischer, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhender Massstäbe und der Zulässigkeit der Kompensation von Ausfällen in weniger bedeutsamen Fällen (BGE 130 III 228 Erw. 2.3) darf davon ausgegangen werden, dass eine Gerichts-

gebühr bis zu Fr. 275'000.-- für ein erstinstanzliches einzelrichterliches Verfahren das Äquivalenzprinzip grundsätzlich nicht verletzt (vgl. Kass.-Nr. AA070010 vom 1.10.2007 Erw. III.3.4.3.b). Höhere Gerichtsgebühren bedürfen indes einer überprüfbaren, d.h. konkretisierten und substantiierten Begründung des (im Falle einer Kautio mutmasslichen) gerichtlichen Kostenaufwandes. Diese kann entweder aufgrund einer - möglicherweise pauschalierten - Bemessung des Arbeitsaufwandes mit den entsprechenden Lohn- und sonstigen Infrastrukturkosten bezüglich des konkreten Prozesses vorgenommen werden oder nach dem Verhältnis des Prozesses zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, d.h. i.c. nach dem Anteil eines (aufwendigen) Verfahrens des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren zum gesamten Aufwand des Bezirksgerichts Zürich (oder auf eine andere plausible, nachvollziehbare und überprüfbare Weise). Bei einer Schätzung dieses Aufwandes wird die Vorinstanz ggfs. auch den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Synergieeffekt im Hinblick auf den Prozess FB060046 (vgl. KG act. 1 S. 10 Ziff. 7, S. 11 Ziff. 9, S. 20 - 22 Ziff. 23.17 - 23.25; KG act. 2 S. 13 f. Erw. 5; vgl. auch nachfolgend Erw. 2.c) berücksichtigen. Auch in diesem Zusammenhang (vgl. bereits vorstehend lit. f) speziell zu erwähnen ist die in § 79 Abs. 1 ZPO vorgesehene Möglichkeit, die Kautio nachträglich zu erhöhen oder herabzusetzen. Sollte der gerichtliche Aufwand zur Zeit kaum in einem Fr. 275'000.-- übersteigenden Umfang abgeschätzt werden können, kann die Kautio für die Gerichtsgebühr einstweilen in dieser Höhe festgesetzt und später erhöht werden, falls sich der gerichtliche Aufwand beim Fortgang des Prozesses als grösser erweisen sollte.

2. Die der Beschwerdeführerin mit dem angefochtenen Entscheid auferlegte Prozesskautio umfasst die sicherzustellende Gerichtsgebühr (in der Höhe von Fr. 1'129'000.--) und die ebenfalls sicherzustellende Prozessentschädigung an die Gegenpartei (in der Höhe von Fr. 837'000.--) (KG act. 2 S. 14 f.). Die vorstehenden Erwägungen (und das Äquivalenzprinzip) betreffen die Gerichtsgebühr. Die Beschwerdeführerin beanstandet aber auch den Betrag für die Prozessentschädigung:

a) Die Vorinstanz ging von der einzelrichterlich mit Fr. 985'455.-- berechneten Prozessentschädigung aus und reduzierte diese um 15 % wegen des Synergieeffekts mit andern Verfahren (KG act. 2 S. 14). Der Einzelrichter erwog, die Beschwerdegegnerin sei durch einen Rechtsanwalt vertreten, der als Liquidator amte und somit als Organ der Beschwerdegegnerin. Deshalb gelange die Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zur Anwendung, jedoch in einem reduzierten Rahmen (OG act. 2 S. 4 mit Verweisung auf ZR 96 [1997] S. 236). In Anwendung von § 2 und § 3 AnwGebV sei von einer Prozessentschädigung von rund 75 % der Anwaltsgebühr auszugehen (OG act. 2 S. 4). Die berechnete Prozessentschädigung von Fr. 985'455.-- beruht auf der aus § 3 Abs. 1 AnwGebV bei einem Streitwert von Fr. 251.5 Mio. (OG act. 2 S. 3) resultierenden Grundgebühr von Fr. 1'313'900.-- (davon 75 % sind Fr. 985'425.--).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, es rechtfertige sich nicht, den gemäss ZR 106 Nr. 78 nach pflichtgemäsem Ermessen zu schätzenden Aufwand des Liquidators der Beschwerdegegnerin einfach nach der Streitwerttabelle der AnwGebV zu pauschalisieren (KG act. 2 S. 23 Ziff. 23.28 mit Verweisung auf ZR 106 [2007] Nr. 78).

ZR 106 Nr. 78 behandelt den Fall der Vertretung durch einen Anwalt, der in einem arbeitsrechtlichen Anstellungsverhältnis zur entschädigungsberechtigten Partei steht. Ist ein als Rechtsanwalt tätiger Rechtsvertreter zugleich Organ der vertretenen Partei, darf die Prozessentschädigung nach der AnwGebV berechnet werden (ist allerdings angemessen zu reduzieren, was der Einzelrichter auch getan hat [OG act. 2 S. 4]) (ZR 106 Nr. 19 mit zahlreichen Hinweisen). Diese Rüge geht fehl.

c) Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, betreffend Tatsachen und Rechtsgründen bestehe eine umfassende Parallelität zwischen den erstinstanzlichen Verfahren FB060046 und FB060144 (dem Verfahren, welches dem vorliegenden Beschwerdeverfahren zugrunde liegt [OG act. 2]). Das erzeuge einen umfassenden Synergieeffekt. Eine Reduktion der Prozesskaution um nur 15 %, wie sie die Vorinstanz zugestanden habe, liege ausserhalb des pflichtgemässen Ermessens (KG act. 1 S. 22 Ziff. 23.25).

aa) Die Vorinstanz erwog, es bleibe unklar, inwieweit im Verfahren FB060046 und dem vorliegenden die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe von Bedeutung seien und damit inwieweit daher tatsächlich Synergien entstünden. Parallelen bestünden. Wie weit diese reichten, sei zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens streitig. Die Beschwerdeführerin mache geltend, beim Verfahren FB060046 handle es sich um einen Teil des Ganzen des vorliegenden Verfahrens. Die Beschwerdegegnerin behaupte, es seien zusätzliche Ansprüche zu beurteilen. Das lasse sich derzeit nicht abschliessend abschätzen. Ausgehend von der Regelung in § 12 Abs. 1 AnwGebV, wo es sich um eine Reduktion im Bereich zwischen einem Drittel bis zwei Drittel bei identischen Fällen handle, sei deshalb (auch) für die Prozessentschädigung von einem eher oberen Wert auszugehen. Dabei sei zu beachten, dass hier nur über die finanziellen Auswirkungen des Synergieeffekts auf das eine Verfahren - der an sich alle Verfahren betreffe - zu entscheiden sei. Das lasse eine Reduktion um 15 % als angemessen erscheinen (KG act. 2 S. 14).

bb) Die Beschwerdeführerin bezeichnet die Erwägung als aktenwidrig, es lasse sich nicht abschliessend feststellen, dass die beiden Kollokationsklagen der Beschwerdeführerin gegen die Nachlassmassen der Beschwerdegegnerin bzw. der SAirLines AG auf denselben Tatsachen und Rechtsgründen beruhen würden (KG act. 1 S. 20 Ziff. 23.17 und 18). Zur Begründung dieser Rüge macht sie geltend, die Identität der Tatsachen und Rechtsgründe ergebe sich einerseits klar daraus, dass der Liquidator der Beschwerdegegnerin in seiner Kollokationsverfügung SG14304 ausdrücklich selber festgehalten habe, dass die Beschwerdeführerin die im Nachlassliquidationsverfahren der SAirGroup angemeldeten Forderungen, die Gegenstand des Kollokationsprozesses FB060144 bildeten, auch im Nachlassliquidationsverfahren der SAirLines AG angemeldet habe und durch die allfälligen Dividendenzahlungen in den Nachlassverfahren der Beschwerdegegnerin und der SAirLines maximal 100% ihrer Forderungen erhalten könne. Zum andern ergebe sich die Identität der Tatsachen und Rechtsgründe aus einem Vergleich der beiden Klageschriften gemäss OG act. 3/3 (recte OG act. 3/2) und 3/4 und aus den beiden Forderungseingaben vom 19. April 2006

je an den Liquidator der Nachlassmassen der Beschwerdegegnerin und der SAirLines AG OG act. 3/5 und 3/6 (KG act. 1 S. 20 f. Ziff. 23.19 und 23.20).

cc) Die Vorinstanz erwog nicht, es lasse sich nicht feststellen, dass die beiden Kollokationsklagen der Beschwerdeführerin gegen die Nachlassmassen der Beschwerdegegnerin und der SAirLines AG auf denselben Tatsachen und Rechtsgründen beruhten. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin mache geltend, beim Verfahren FB060046 handle es sich um einen Teil des Ganzen des vorliegenden Verfahrens. Die Beschwerdegegnerin behaupte, es seien zusätzliche Ansprüche zu beurteilen. Das lasse sich derzeit nicht abschliessend abschätzen (KG act. 2 S. 14). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Aus den von der Beschwerdeführerin zitierten Klageschriften ergibt sich vorab, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren gegen die Beschwerdegegnerin Fr. 2.77 Milliarden fordert (inklusive Fr. 382 Mio., welche bereits kolloziert seien und damit unstreitig sind) (OG act. 3/2 S. 2), während sie im Verfahren gegen die SAirLines AG Fr. 628 Millionen fordert (inklusive Fr. 397 Mio., welche bereits kolloziert seien und damit unstreitig sind) (OG act. 3/4 S. 2). Die Beschwerdegegnerin hatte im vorinstanzlichen Verfahren u.a. geltend gemacht, ein Verfahren mit einer zehnmal höheren Klagesumme sei mit grosser Wahrscheinlichkeit umfangreicher und mit grösserem Aufwand verbunden als ein Klageverfahren über einen wesentlich geringeren Betrag. Es sei daher anzunehmen, dass die vorliegende Kollokationsklage (sollte sie auf denselben Sachverhalten und Rechtsgründen beruhen) das Verfahren der Beschwerdeführerin gegen die SAirLines in Nachlassliquidation mitumfasse. Hingegen sei wenig wahrscheinlich, dass das vorliegende Verfahren umgekehrt auch vom Verfahren und somit von der Kautions im Verfahren der Beschwerdeführerin gegen die SAirLines in Nachlassliquidation gedeckt sei. Die Beschwerdeführerin habe jedenfalls das Rechtsbegehren in der Klageschrift vom 31. Oktober 2006 materiell nicht soweit begründet, dass es der Beschwerdegegnerin zum heutigen Zeitpunkt möglich wäre, zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach die beiden Verfahren gegen die SAirLines in Nachlassliquidation und gegen die Beschwerdegegnerin bis auf das Quantitativ identisch sei, im Detail Stellung zu nehmen. In der Klageschrift verweise die Beschwerdeführerin für die materielle Begründung ihres

Anspruchs lediglich auf eine Beilage, ohne den Rechtsgrund näher zu behaupten (OG act. 18 S. 7 f. Ziff. 22 mit Verweisung auf Rz 99 der Klageschrift OG act. 3/2). Tatsächlich umfassen die Ausführungen unter dem Titel "III. Materielles" dieser Klageschrift lediglich zwei Seiten und verweist die Beschwerdeführerin darin auf eine erst noch zu erstattende effektive Klagebegründung, in der sie die Grundlage ihrer Ansprüche substantiiert darlegen und belegen werde (OG act. 3/2 S. 46 f. Ziff. 100 und 103). Die Beschwerdegegnerin hatte vor Vorinstanz überdies geltend gemacht, vermutlich beruhten die Forderungen der Beschwerdeführerin u.a. auf dem Vertrag mit der SAirLines und der SAirGroup vom 2. August 2001. Die in diesem Vertrag vereinbarten Leistungen der SAirLines und der SAirGroup seien jedoch nicht identisch. Die Beschwerdeführerin habe denn auch in ihrer Forderungsanmeldung bei der Beschwerdegegnerin zusätzlich zu den im Nachlassverfahren der SAirLines bereits angemeldeten Forderungen weitere Schadenersatzforderungen aus den Verträgen vom Januar 2001 sowie eine zusätzliche Forderung aus dem Vertrag vom 2. August 2001 geltend gemacht. Es sei daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auch im vorliegenden Verfahren umfangreichere Ansprüche, welche auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhten, geltend mache und diese nicht identisch seien mit den Ansprüchen im Kollokationsprozess der Beschwerdeführerin gegen die SAirLines in Nachlassliquidation (OG act. 18 S. 8 Ziff.2 3).

Unter diesen Umständen sind die vorinstanzlichen Erwägungen nicht zu beanstanden, es bleibe (vorläufig) unklar, inwieweit im Verfahren FB060046 und dem vorliegenden Verfahren die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe von Bedeutung seien (von einer Aktenwidrigkeit [KG act. 1 S. 20 Ziff. 23.18] kann diesbezüglich keine Rede sein) und damit inwieweit daher tatsächlich Synergien entstanden, und es lasse sich derzeit nicht abschliessend abschätzen, ob im vorliegenden Verfahren zusätzliche Ansprüche (zu den im Verfahren FB060046 geltend gemachten) zu beurteilen seien (KG act. 2 S. 14). Damit ist auch kein Ermessensmissbrauch dadurch nachgewiesen, dass die Vorinstanz aufgrund der behaupteten Synergien keine höhere als eine 15 % Reduktion bei der Kautionsvornahme vornahm. Die Rüge geht fehl.

d) Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, der Liquidator der Beschwerdegegnerin habe Forderungen ihrerseits im Umfang von Fr. 382 Mio. rechtskräftig kolloziert. Die publizierte Schätzung des Liquidationserlöses lasse eine Nachlassdividende zwischen 7.2 % und 14.9 % erwarten. Die Beschwerdeführerin habe somit einen gesicherten Anspruch zwischen Fr. 11 Mio. und Fr. 57 Mio. Damit könne die Beschwerdegegnerin eine allfällige Prozessentschädigung jederzeit verrechnen. Es bestehe deshalb auch bei vollständigem Unterliegen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Prozess keine Gefahr, dass eine Prozessentschädigung der Beschwerdegegnerin uneinbringlich wäre. Eine Kautions von Fr. 837'000.-- für die Prozessentschädigung erweise sich aus dieser Sicht als unverhältnismässige prohibitive cautio iudicatum solvi (KG act. 1 S. 26 f.).

aa) 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 (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 4a zu § 288 ZPO mit Hinweisen).

bb) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass und wo sie bereits vor den Vorinstanzen geltend gemacht hätte, dass sie gegenüber der Beschwerdegegnerin einen gesicherten Anspruch von mindestens Fr. 11 Mio. habe. Bei dieser Behauptung handelt es sich um ein im Beschwerdeverfahren unzulässiges Novum. Darauf und damit auf die darauf beruhende Rüge (auch der Verletzung der Rechtsweggarantie [KG act. 1 S. 24 - 28]) kann nicht eingetreten werden.

cc) Abgesehen davon kann die Kautions nur in bar, durch Hinterlegung solider Wertschriften oder durch hinreichende Garantie einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank geleistet werden (§ 79 Abs. 2 ZPO). Eine Kautions-

leistung durch Verrechnung mit einer gegen die Gegenpartei zustehenden Forderung sieht die ZPO nicht vor und ist demnach nicht möglich. Aus dem Sinn und Zweck der Prozesskaution ergibt sich, dass es dem Schuldner einer Prozessentschädigung nicht gestattet ist, akzessorische Einreden und Einwendungen (wie eine Verrechnungseinrede) zu erheben. Mit der Prozesskaution soll sichergestellt werden, dass der dadurch Begünstigte für seine Umtriebe effektiv entschädigt wird. Zudem wäre es der Gerichtskasse nicht zumutbar, darüber zu befinden, ob die durch den Schuldner vorgebrachten Einreden und Einwendungen rechtlich begründet sind. Die Prozesskaution bewirkt ein garantieähnliches Sicherungsrecht, das den Grundsätzen der Akzessorietät nicht folgt (Kass.-Nr. 92/229 Z vom 7.12.1992 Erw. III.2 mit weiteren Hinweisen). Demnach kann eine Prozesskaution auch nicht unter Berufung auf dem Kautionspflichtigen angeblich gegen den Prozessgegner zustehende Ansprüche abgewandt werden.

3. Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin in Bezug auf die der angefochtenen Prozesskaution zugrundegelegte Gerichtsgebühr einen Nichtigkeitsgrund nach. Bezüglich der der angefochtenen Prozesskaution ebenfalls zugrundegelegten Prozessentschädigung wies sie keinen Nichtigkeitsgrund nach. Da das Dispositiv des angefochtenen Beschlusses die Prozesskaution insgesamt (für Gerichtskosten und Prozessentschädigung gemeinsam) festsetzt, muss dieser bezüglich Prozessentschädigung auf einem Nichtigkeitsgrund beruhende Beschluss insgesamt aufgehoben werden. Die Sache ist zu neuer Prüfung und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

In der Regel sind die Gerichtskosten der unterliegenden Partei - vorliegend die Beschwerdegegnerin - aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde gegen die vorinstanzliche Festsetzung der Höhe der Kautionsrichtete, welche sich aus zwei Beträgen zusammensetzt (nämlich Fr. 1'129'000.-- für die Gerichtsgebühr und Fr. 837'000.-- für die Prozessentschädigung), die Beschwerdeführerin jedoch bezüglich letzterem Betrag mit ihren Rügen nicht durchzudringen vermochte, rechtfertigt es sich,

die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin zu 1/3 und der Beschwerdegegnerin zu 2/3 aufzuerlegen und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine auf 1/3 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Dabei ist in Fällen der vorliegenden Art als Streitwert im Kassationsverfahren nicht der Gesamtverfahrensstreitwert, sondern der strittige Kautionsbetrag – vorliegend Fr. 1'966'000.-- – zu veranschlagen (vgl. Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Kass.-Nr. AA090103 vom 23.10.2009 Erw. III. mit Hinweisen), wobei sich dieser entsprechend dem von der Beschwerdeführerin mit höchstens Fr. 495'000.-- anerkannten Betrag (KG act. 1 S. 2 Ziff. 2) reduziert.

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. April 2009 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 35'400.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zu 1/3 und der Beschwerdegegnerin zu 2/3 auferlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt rund Fr. 2.3 Mio.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (Proz.-Nr. NK080026) sowie den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich (Proz.-Nr. FB060144), je gegen Empfangs-schein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der jur. Sekretär: