



Kass.-Nr. AA110010-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 8. Juni 2011

in Sachen

X. Ltd.,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

1. **Y. Ltd.**,

...,

2. **Z.**,

...,

Beklagte und Beschwerdegegner

betreffend

Forderung (Prozesskaution)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2011 (HG100359-O/Z03/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Nach klägerischer Darstellung gewährte die Beschwerdeführerin (Klägerin), eine auf den British Virgin Islands eingetragene Gesellschaft, der gleichorts domizilierten Beschwerdegegnerin 1 (Beklagte 1) mit Vertrag vom 16. April 2010 ein Darlehen über EUR 3'300'000.-- (HG act. 4/3 = KG act. 4/7), das später einvernehmlich um EUR 100'000.-- reduziert worden sei. Für dessen Rückzahlung habe der Beschwerdegegner 2 (Beklagter 2), der wirtschaftlich Berechtigter an der Beschwerdegegnerin 1 sei und seinen Wohnsitz in London hat, unter demselben Datum eine "Garantie" abgegeben (HG act. 4/4 = KG act. 4/9). Damit habe er die unbedingte und vom Bestand des Darlehensvertrags unabhängige Verpflichtung übernommen, der Beschwerdeführerin auf erstes Verlangen unter der Bestätigung, dass das Darlehen nicht zurückbezahlt worden sei, einen Betrag bis EUR 3'500'000.-- plus Vertragszins zu bezahlen. Nach erfolgter Überweisung des Darlehensbetrags seien weder die Beschwerdegegnerin 1 noch der Beschwerdegegner 2 ihren Verpflichtungen aus dem Darlehens- bzw. Garantievertrag nachgekommen (HG act. 1 S. 9 ff., Rz 10 ff.; KG act. 1 S. 9 ff., Rz 16 ff.).

2. Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 25. Oktober 2010 (HG act. 3) und Klageschrift vom 24. Dezember 2010 (HG act. 1; Eingang beim Gericht am 28. Dezember 2010) machte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) gegen die beiden Beschwerdegegner eine Forderungsklage mit folgendem Rechtsbegehren anhängig:

- "1. Die Beklagte 1 sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag Euro 3'200'000.00 nebst Vertragszins zu 18% seit 28. April 2010 zu zahlen;
2. Der Beklagte 2 sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag Euro 3'500'000.00 nebst Vertragszins zu 18% seit 16. April 2010 zu zahlen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

In der Folge wurde der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 3. Januar 2011 gestützt auf § 73 Ziff. 1 und § 76 ZPO/ZH Frist angesetzt, um

für die Klage gegen die Beschwerdegegnerin 1 eine Prozesskaution von Fr. 175'000.-- und für die Klage gegen den Beschwerdegegner 2 eine solche von Fr. 184'000.-- zu leisten (HG Prot. S. 2 = KG act. 4/3). Gegen die Höhe der eingeforderten Kauttionen erhob die Beschwerdeführerin unter dem 18. Januar 2011 Einsprache (HG act. 6). In teilweiser Gutheissung derselben setzte die Vorinstanz die Kautionsbeträge mit Beschluss vom 28. Januar 2011 auf Fr. 110'000.-- (für die Klage gegen die Beschwerdegegnerin 1) und Fr. 119'000.-- (für die Klage gegen den Beschwerdegegner 2) fest (HG act. 10 = KG act. 2).

3. Gegen diesen der Beschwerdeführerin am 7. Februar 2011 zugestellten (HG act. 11) handelsgerichtlichen Entscheid richtet sich die vorliegende, innert der Frist von § 287 ZPO/ZH (in Verbindung mit §§ 191-193 GVG/ZH) eingereichte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vom 9. März 2011 (KG act. 1). Darin beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 (betreffend Kauttion) des angefochtenen Beschlusses und – im Sinne eines neuen Sachentscheids – die Herabsetzung der Prozesskaution auf einstweilen insgesamt Fr. 149'000.--; eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die Kauttion auf der Grundlage eines Streitwerts bzw. des Streitinteresses von EUR 3'500'000.-- neu festzusetzen (KG act. 1 S. 3).

Mit Verfügung vom 16. März 2011 (KG act. 6) wurde der Beschwerde antragsgemäss (vgl. KG act. 1 S. 3) aufschiebende Wirkung verliehen und der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 75 Abs. 1 und § 76 ZPO/ZH eine Prozesskaution von Fr. 17'000.-- auferlegt, die innert Frist geleistet wurde (vgl. KG act. 6, 7 und 10). Weitere prozessuale Anordnungen sind bislang nicht ergangen. Da die Sache spruchreif ist, sind solche auch nicht notwendig. Insbesondere kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO/ZH abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, die Beschwerde den Beschwerdegegnern zur freigestellten Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (§ 289 ZPO/ZH e contrario; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO/ZH).

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO/CH) in Kraft. Diese kennt das von der Beschwerdeführerin bewusst und irrtumsfrei (vgl. KG act. 1 S. 5 ff., Rz 6 ff.) ergriffene Rechtsmittel (Nichtigkeitsbeschwerde) nicht. Es stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob gegen den angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt (noch) zulässig sei.

2. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH gilt für Verfahren, die bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der eidgenössischen Zivilprozessordnung hängig waren, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz weiter. Das noch im Jahre 2010 anhängig gemachte Verfahren vor Vorinstanz untersteht – wie diese selber zutreffend ausgeführt hat (KG act. 2 S. 2, Erw. 2) – somit dem bisherigen (kantonalen) Prozessrecht, d.h. den Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH), des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) sowie – bezüglich der Nebenfolgen (Gerichtsgebühr/Prozessentschädigung) und demzufolge auch der Kautionshöhe – den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (aGGebV) resp. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010). In solchen Verfahren sind die erforderlichen prozessleitenden Anordnungen bzw. Zwischenentscheide (wie z.B. betreffend Prozesskaution) daher nach Massgabe des bisherigen (kantonalen) Rechts zu fällen.

Fraglich erscheint indessen, ob ein (wie hier) nach Inkrafttreten der ZPO/CH eröffneter Zwischenentscheid in einem dem bisherigen Recht unterstellten Verfahren der neuen Rechtsmittelordnung der ZPO/CH unterliegt oder ob er (weiterhin) mit den altrechtlichen Rechtsmitteln des kantonalen Rechts anfechtbar sei. Soweit ersichtlich, wurde die Frage vom Bundesgericht bis anhin noch nicht entschieden. Sie ist durch Auslegung von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH zu beantworten.

Danach gilt für die Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung "des Entscheides" in Kraft ist.

3. Diese besondere intertemporalrechtliche Vorschrift für Rechtsmittel kann auf zwei verschiedene Arten interpretiert werden:

3.1. Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH differenziert (auch in der französischen und italienischen Textfassung) nicht nach der Art des anzufechtenden Entscheids. Daraus liesse sich einerseits ableiten, dass die Bestimmung die Frage des für die Rechtsmittel massgeblichen Rechts für alle Entscheide und Entscheidarten einheitlich regelt. Nach dem Gesetzeswortlaut allein unterlägen somit nicht nur End-, sondern auch Zwischenentscheide, die nach dem 31. Dezember 2010 eröffnet wurden, der Rechtsmittelordnung des neuen Rechts, das sowohl die Art des zulässigen Rechtsmittels als auch das Rechtsmittelverfahren bestimmt.

Folgt man dieser (aufgrund des Gesetzestextes naheliegenden) Ansicht, ist (insbesondere auch) die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen Zwischenentscheide, die im Rahmen eines nach bisherigem Recht weiterzuführenden Verfahrens nach dem 31. Dezember 2010 eröffnet wurden, unzulässig. Damit wäre auch dem – allerdings schon vom Gesetz selbst (Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH) durchbrochenen – Grundsatz Rechnung getragen, dass neues Prozessrecht (unter Vorbehalt abweichender Übergangsbestimmungen) sofort anwendbar sein soll (vgl. BGE 112 V 306, Erw. 4/a; 115 II 101; 126 III 435, Erw. 2/b m.w.Hinw.; 129 V 115, Erw. 2.2; 136 I 48, Erw. 2; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 zu Art. 404 ZPO/CH; Schwander, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike Online-Kommentar, Zürich 2010, N 104 zu Art. 404 ZPO/CH [Stand 16.12.2010]; Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. A., Bern 2010, Kap. 1 Rz 82; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 14).

In der *Lehre* wird diese Auffassung ausdrücklich von Hofmann/Lüscher (Le Code de procédure civile, Bern 2009, S. 236), Domej (in: Oberhammer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Basel 2010, N 3 zu Art.

405 ZPO/CH), Gasser (Schweizerische ZPO: Checkliste für Tag 1, AnwRev 2010, S. 256) und Walther (Das Übergangsrecht zur neuen ZPO – offene Fragen und mögliche Antworten, SZPP 2010, S. 414) vertreten. Daneben dürften ihr stillschweigend wohl auch jene Autoren folgen, die sich nicht explizit zur hier aufgeworfenen Frage äussern, sondern mit Bezug auf die Rechtsmittelordnung lediglich allgemein und ohne Differenzierung hinsichtlich der Art des anzufechtenden Entscheids auf Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH hinweisen (so etwa Spühler/Vock, a.a.O., S. 12; Gasser/Rickli, a.a.O., N 1 zu Art. 405 ZPO/CH und N 1 zu Art. 404 ZPO/CH; Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., Kap. 1 Rz 83 f.; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 430; Fischer, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, N 1 zu Art. 405 ZPO/CH; Urbach, in: Gehri/Kramer [Hrsg.], ZPO Kommentar, Zürich 2010, N 1 f. zu Art. 405 ZPO/CH; Brönnimann, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 – ein Überblick, recht 2009, S. 96; Vock, Veränderungen im Rechtsmittelverfahren, Unterlagen zur Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen vom 7. September 2010, S. 19; Diggelmann, Rechtsmittel, Unterlagen zur ZPO-Tagung des Instituts für zivilgerichtliches Verfahren der Universität Zürich vom 5. Oktober 2010, S. 28; Freiburghaus, Die Rechtsmittel der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Unterlagen zur ZPO-Tagung der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter vom 27. August und 3. September 2010, S. 13).

Die *Praxis des Zürcher Obergerichts* folgt ebenfalls dieser Auffassung, nachdem sich dessen I. und II. Zivilkammer in einem Gedankenaustausch darauf verständigt haben, auf nach dem 31. Dezember 2010 eröffnete (erstinstanzliche) Zwischenentscheide die Rechtsmittel des neuen (eidgenössischen) Rechts anzuwenden (vgl. Verfügung der I. Zivilkammer vom 17. Februar 2011, publiziert in ZR 110 Nr. 32). Eine nähere Begründung oder vertieftere Erwägungen zur Auslegung von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH bleibt das Obergericht (bis anhin) allerdings schuldig. Daneben liesse sich allenfalls auch der Hinweis auf Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH in einem *Entscheid des Bundesgerichts* vom 11. April 2011 (BGer 4A_20/2011, Erw. 1), wo – allerdings unter einem anderen Aspekt – ebenfalls die Zulässigkeit der

Anfechtung eines Zwischenentscheids geprüft wurde, in diesem Sinne interpretieren.

3.2. Nach anderer Ansicht, der sich die Beschwerdeführerin anschliesst (KG act. 1 S. 5 ff., Rz 6 ff.), darf Art. 405 ZPO/CH nicht isoliert betrachtet, sondern muss als logische Fortsetzung von Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH gelesen werden. Danach geht aus diesen beiden Vorschriften hervor, dass der Wechsel zum neuen Verfahrensrecht zwischen den Instanzen stattfindet. Gemäss dem in letztgenannter Vorschrift statuierten übergangsrechtlichen Grundsatz setze ein Rechtswechsel aber voraus, dass das Verfahren vor der betroffenen Instanz "zum Abschluss" gebracht wurde; bis zu diesem Zeitpunkt gelte das bisherige Verfahrensrecht (umfassend) weiter. Da ein prozessleitender bzw. Zwischenentscheid der betroffenen Instanz nicht verfahrensabschliessend wirke, sondern (ex definitione) noch vor dem Abschluss des Verfahrens ergehe, werde ein solcher von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH nicht erfasst. Denn ungeachtet einer allfälligen Anfechtung des Zwischenentscheids bleibe das Verfahren vor der betroffenen Instanz hängig, was einen Rechtswechsel verhindere. So betrachtet, spricht die Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs, in dem die besondere Vorschrift über die Rechtsmittel steht, gegen eine Unterstellung von Zwischenentscheiden unter Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH (in diesem Sinne Frei/Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 7 f. zu Art. 405 ZPO/CH [unter Anführung weiterer Argumente]; Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JdT 2010 III, S. 36 ff., m.Hinw. auf Haldy, La nouvelle procédure civile suisse, Basel 2009, S. 3, Anm. 7; Schwander, a.a.O., N 107 zu Art. 405 ZPO/CH [Stand 16.12.2010]). Im Unterschied zum Zürcher Obergericht pflichtet auf Seiten der *Rechtsprechung* die Zivilabteilung des *Obergerichts des Kantons Bern* in ihrem Kreisschreiben "Übergangsrecht ZPO" vom 30. September 2010 (KG act. 4/5 S. 4, abrufbar unter www.be.ch/Obergericht [Stichworte Zivilverfahren / Kreisschreiben] und abgedruckt in SZZP 2011, S. 163 ff.) dieser Ansicht bei.

Die Auffassung, wonach in den fraglichen Fällen weiterhin die bisherige kantonale Rechtsmittelordnung massgeblich und die vorliegende Nichtigkeitsbe-

schwerde unter den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 ZPO/ZH folglich (weiterhin) zulässig sei (vgl. dazu hinten, Erw. III/2), dürfte auch den Ausführungen in der Botschaft zur ZPO/CH zugrunde liegen und lässt sich daher allenfalls auch darauf stützen. Zwar thematisieren die dortigen Erörterungen zu Art. 401/402 des bundesrätlichen Entwurfs, die inhaltlich unverändert als Art. 404/405 ZPO/CH ins Gesetz überführt wurden (Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 3 zu Art. 404 ZPO/CH), die Frage der Unterstellung von Zwischenentscheiden unter die Vorschrift betreffend das auf die Rechtsmittel anwendbare Recht nicht explizit. Immerhin wird dort aber Folgendes festgehalten: "Prozesse, die bei Inkrafttreten der vereinheitlichten ZPO hängig sind, schliessen die Instanz nach bisherigem (kantonalem) Prozessrecht ab (Art. 401 Abs. 1). Für ein *anschliessendes* innerkantonales Rechtsmittel gilt dann aber die ZPO (Art. 402)." (BBI 2006, S. 7407 [ohne Hervorhebung im Original]; ebenso Votum Wicki, Amtl. Bull. SR 2007, S. 644; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 4 zu Art. 405 ZPO/CH; im gleichen Sinne auch die französische Fassung der bundesrätlichen Botschaft: "Les procès en cours à l'entrée en vigueur du code de procédure civile unifiée sont régis par le droit de procédure [cantonal] en vigueur jusqu'à la clôture de la procédure [art. 401, al. 1]. Cependant, une fois la décision rendue, les voies de recours cantonales se déterminent selon le CPC [art. 402]." [FF 2006, S. 6778]). Daraus könnte in subjektiv-historischer Auslegung der Schluss gezogen werden, dass die Botschaft (und mit ihr auch der Gesetzgeber) implizit davon ausgeht, der Rechtswechsel greife erst bezüglich eines Rechtsmittels, das an den Verfahrensabschluss vor der betroffenen Instanz (im Sinne von Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH) anschliesst (und Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH erfasse mithin nur End- oder Teilentscheide), währenddem sich der Rechtsmittelweg gegen einen Zwischenentscheid, den die betroffene Instanz vor Abschluss ihres Verfahrens gefällt hat, weiterhin nach bisherigem (kantonalem) Recht richtet.

Dem stünde auch die ratio legis von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH nicht entgegen, die verhindern will, dass sich der Übergang zum neuen Recht wegen innerkantonalen Rechtsmittel übermässig verzögert; denn dieser Übergang findet in einem

unter bisherigem Recht durchzuführenden Verfahren ohnehin erst nach Abschluss desselben vor der betroffenen Instanz statt, und zwar unabhängig vom Rechtsmittelweg gegen darin ergangene Zwischenentscheide. Überdies wäre damit auch der gesetzgeberische Entscheid verwirklicht, den Rechtswechsel (erst) zwischen den (mit der Sache als solcher befassten) Instanzen stattfinden zu lassen. Und schliesslich liesse sich damit ein (an anderer Stelle) als unerwünscht und den Parteien nicht zumutbar bezeichnetes Hin und Her zwischen den Rechtsordnungen vermeiden (vgl. Spühler/Vock, a.a.O., S. 14; Vock, a.a.O., S. 20; Diggelmann, a.a.O., S. 31), bleibt auf ein dem bisherigen Recht unterstehendes Verfahren doch so oder anders weiterhin das bisherige (kantonale) Recht anwendbar (Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH). Auf der anderen Seite kann diese Lösung dazu führen, dass für die Anfechtung eines Zwischenentscheids unter Umständen mehr Rechtsmittel oder Instanzen offenstehen als für die Anfechtung des (späteren) Endentscheids. Das läuft zwar dem Grundsatz der Einheit des Prozesses zuwider (vgl. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2; 134 II 195, Erw. 1.3; 119 Ib 412 ff.; statt vieler ferner auch BGer 4A_220/2009 vom 17.6.2009, Erw. 1.1; 4A_131/2009 vom 26.6.2009, Erw. 1.1), trifft aufgrund der übergangsrechtlichen Vorschriften jedoch auch auf andere Fälle zu; nämlich auf diejenigen, in denen gegen einen vor dem 1. Januar 2011 eröffneten Zwischenentscheid, nicht aber auch gegen den erst nach diesem Zeitpunkt ergehenden Endentscheid noch ein zusätzliches kantonales Rechtsmittel oder eine zusätzliche Instanz zur Verfügung standen resp. stehen.

3.3. Für beide der vorstehend dargelegten, in gleicher Weise vertretbaren Auslegungsvarianten von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH lassen sich gute Gründe anführen. Währenddem für die erstgenannte (Erw. II/3.1) vor allem der Umstand spricht, dass das Gesetz eine vom Wortlaut her scheinbar klare (Spezial-)Bestimmung zum anwendbaren Recht für Rechtsmittel enthält, führt die zweitgenannte (Erw. II/3.2) zu sachlich stimmigeren Ergebnissen. Insbesondere verhindert sie fremdartig anmutende (und möglicherweise problemträchtige) Eingriffe des neuen Verfahrensrechts in ein von der befassten Instanz nach bisherigem Recht abzuschliessendes Verfahren bzw. stellt sie sicher, dass das Verfahren vor einer bestimmten Instanz bis zu dessen Abschluss nach denselben, bei Prozesseinleitung

in Kraft stehenden Verfahrensregeln durchgeführt wird. Insofern trägt sie auch zur Rechtssicherheit bei (vgl. dazu Frei/Willisegger, a.a.O., N 8 zu Art. 405 ZPO/CH). Gesamthaft betrachtet mag die Auffassung, der Rechtswechsel könne erst nach Abschluss des Verfahrens vor derjenigen Instanz stattfinden, vor der es am 1. Januar 2011 rechtshängig war, und (auch) die Rechtsmittelordnung gegen Zwischenentscheide, die im Rahmen eines nach bisherigem Recht geführten Verfahrens ergehen, richte sich folglich nach bisherigem Recht, aufgrund der Gesetzesystematik und der Materialien als überzeugender und sachgerechter und deshalb als vorzugswürdig erscheinen. Da die Beschwerde aus den nachstehend darzulegenden Gründen (vgl. Erw. III) jedoch ohnehin nicht durchzudringen vermag, braucht ihre Zulässigkeit letztlich nicht abschliessend beurteilt zu werden; diese Frage kann vielmehr offenbleiben.

III.

1. Geht man (übergangsrechtlich) von der Zulässigkeit der Beschwerde aus, ist mit Bezug auf deren Beurteilung das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil das Verfahren vor Vorinstanz gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH dem bisherigen Recht untersteht (s.a. vorne, Erw. II/2) und im Beschwerdeverfahren demnach zu prüfen ist, ob dasselbe richtig angewendet wurde bzw. der in dessen Rahmen ergangene vorinstanzliche Entscheid mit einem von diesem Recht (§ 281 ZPO/ZH) bezeichneten Nichtigkeitsgrund behaftet ist. Dabei liegt die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Beschwerde (weiterhin) beim Kassationsgericht (§ 69a Abs. 1 GVG/ZH und § 211 Abs. 1 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010).

2. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Im Interesse einer raschen Prozesserledigung sind solche (nach bisherigem Recht) grundsätzlich erst mit dem Endentscheid anfechtbar. Immerhin lässt § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO/ZH eine selbstständige Anfechtung derartiger Entscheide zu, wenn ein schwer wieder gutzumachender Nachteil droht. Diese (zusätzliche) Prozessvoraussetzung ist in Fällen der vorliegenden Art (Auferlegung einer Prozesskaution mit der Androhung, bei deren Nichtleistung auf die Klage

nicht einzutreten) praxisgemäss erfüllt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5b zu § 282 ZPO/ZH; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 6; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 1. A., Zürich 1999, S. 64; SJZ 1995, S. 96 f., Nr. 9; statt vieler auch Kass.-Nr. AA070041 vom 11.5.2007 i.S. P. et al. c. K. et al., Erw. II/2.1; AA100118 vom 16.11.2010 i.S. G.c.A., Erw. 1/c). Insofern ist die (selbstständige) Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Beschlusses zu bejahen. Auch liegt kein Ausschlussgrund gemäss § 284 ZPO/ZH vor.

3. Die Vorinstanz erwog im vorliegend interessierenden Kontext ihrer Entscheidungsbegründung, dass sich die Höhe der Prozesskautionen nach den mutmasslichen Gerichts- und Prozessentschädigungskosten richte, welche wiederum zunächst vom Streitwert der Klage abhingen. Dieser richte sich gemäss § 18 Abs. 1 ZPO/ZH nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit. Würden mehrere Rechtsbegehren erhoben, bestimme sich der Streitwert nach dem Wert aller Rechtsbegehren, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 1 ZPO/ZH).

Gemäss Rechtsbegehren – so die Vorinstanz weiter – sei die Beschwerdegegnerin 1 zur Bezahlung von EUR 3'200'000.-- nebst Zins und der Beschwerdegegner 2 zur Bezahlung von EUR 3'500'000.-- nebst Zins zu verpflichten. Diese Forderungen stütze die Beschwerdeführerin einerseits auf einen Darlehensvertrag und andererseits auf einen damit zusammenhängenden Garantievertrag und mithin auf dasselbe Ereignis und denselben Schaden. Sie vertrete aber die Ansicht, dass sie aufgrund des Bereicherungs- und des Rechtsmissbrauchsverbots nicht beide Ansprüche geltend machen können, so dass ihren Rechtsbegehren keine über den Betrag von EUR 3'500'000.-- hinausgehende wirtschaftliche Bedeutung zukomme und dies somit der Streitwert sei.

Dem entgegnete die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Klage nicht bloss eine solidarische Verpflichtung der beiden Beschwerdegegner für denselben Betrag geltend mache. Vielmehr wolle sie – wie sich aus dem klaren Wortlaut der Rechtsbegehren sowie der Klage- und Einsprachebegründung erge-

be – die Verpflichtung *beider* Beschwerdegegner je einzeln und uneingeschränkt für die jeweils eingeklagten Beträge. Ob die Beschwerdeführerin das angestrebte Urteil gegen beide Beschwerdegegner werde durchsetzen können, sei nicht entscheidend, sondern vielmehr, dass sie sowohl ihren Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin 1 als auch denjenigen gegen den Beschwerdegegner 2 unabhängig voneinander gutgeheissen haben wolle. Sie strenge ein Urteil an, in dem *beide* Beschwerdegegner ohne Einschränkung zur Zahlung der eingeklagten Forderungen verpflichtet würden. Ob das Bereicherungs- oder Rechtsmissbrauchsverbot den kumulierten Ansprüchen der Beschwerdeführerin schon im Erkenntnis- oder erst im Vollstreckungsverfahren entgegenstände, könne offenbleiben. Entscheidend für die Berechnung des Streitwerts sei, welches Urteil die Klägerin mit ihrer Klage anstrebe. Es sei somit davon auszugehen, dass der Wert des Rechtsbegehrens bezüglich der Beschwerdegegnerin 1 EUR 3'200'000.-- und bezüglich des Beschwerdegegners 2 EUR 3'500'000.-- betrage und dass diese beiden Werte zusammenzurechnen seien. Der massgebliche Streitwert betrage daher EUR 6'700'000.--, wovon ein Anteil von 48% auf die Klage gegen die Beschwerdegegnerin 1 und ein Anteil von 52% auf die Klage gegen den Beschwerdegegner 2 entfalle.

Sodann räumte die Vorinstanz ein, dass das tatsächliche Streitinteresse der Beschwerdeführerin bloss EUR 3'500'000.-- betragen und somit in einem Missverhältnis zum Streitwert von EUR 6'700'000.-- stehen möge. Dies sei für die Gerichtsgebühr jedoch ohne Belang, weil sich diese gemäss § 2 Abs. 2 aGGebV nach dem höheren der beiden Werte richte (KG act. 2 S. 3 f., Erw. 4).

In der Folge errechnete die Vorinstanz die mutmassliche Gerichtsgebühr, und sie begründete, weshalb ernsthaft damit zu rechnen sei, dass diese auf das Doppelte zu erhöhen sei. Dementsprechend betrage der sicherzustellende Kostenanteil der Beschwerdegegnerin 1 Fr. 100'000.-- und derjenige des Beschwerdegegners 2 Fr. 109'000.-- (KG act. 2 S. 4 f., Erw. 5).

Schliesslich setzte die Vorinstanz die sicherzustellenden Anteile an den Prozessentschädigungen der (bislang) nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner auf einstweilen je Fr. 10'000.-- fest, wobei sie eine Erhöhung der Kaution für

den Fall, dass diese einen selbstständig praktizierenden Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung betrauen sollten, ausdrücklich vorbehielt (KG act. 2 S. 5 f., Erw. 6). Daraus resultierten die eingeforderten Kautionsbeträge von Fr. 110'000.-- resp. Fr. 119'000.--.

4. Die Beschwerdeführerin beanstandet in ihrer Beschwerde nicht die Kautionsauflage als solche, sondern nur die *Höhe* der eingeforderten Vorschüsse (vgl. insbes. KG act. 1 S. 9 f., Rz 21 f., und S. 22, Rz 45 ff.). Die damit als verletzt gerügten Bestimmungen über die Prozesskautionen und deren Höhe (§§ 73 ff. ZPO/ZH) gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH (von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock [1. A.], a.a.O., S. 67; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 73 ZPO/ZH und N 24 zu § 281 ZPO/ZH). Deshalb prüft das Kassationsgericht – im Rahmen der rechtsgenügend erhobenen Rügen (vgl. dazu § 288 und § 290 ZPO/ZH sowie von Rechenberg, a.a.O., S. 17 ff.) – mit freier Kognition, ob eine Verletzung derselben vorliegt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO/ZH; Spühler/Vock [1. A.], a.a.O., S. 75; s.a. Kass.-Nr. AA100114 vom 2.12.2010 i.S. B.c.E., Erw. II/3).

4.1. Im Einzelnen wiederholt die Beschwerdeführerin zunächst ihre bereits in der Einsprache gegen die handelsgerichtliche Präsidialverfügung vom 3. Januar 2011 vorgetragenen Einwände gegen die vorinstanzliche *Bezifferung des Streitwerts* (vgl. HG act. 6 S. 6 ff., Rz 10 ff.).

4.1.1. Konkret macht sie im Wesentlichen geltend, dass es ihr im Falle einer vollumfänglichen Guttheissung der Klage aufgrund des Bereicherungs- und des Rechtsmissbrauchsverbots verwehrt sei, die eingeklagten Ansprüche (kumulativ) gegen beide Beschwerdegegner durchzusetzen; vielmehr könne sie, auch wenn sie ein Leistungsurteil gegen beide Beschwerdegegner erlange, im Ergebnis nur einmal Zahlung verlangen. Ihre beiden Rechtsbegehren bezweckten daher eine einzige Leistung, und deren Kumulation erhöhe deshalb die wirtschaftliche Bedeutung des Prozesses nicht. Damit schlossen sich die gestellten Rechtsbegehren wirtschaftlich aus. Ihre Klage sei bezüglich der Streitwertberechnung deshalb gleich zu behandeln wie eine Klage gegen mehrere Schuldner auf solidarische Leistung, bei welcher keine Addition von Streitwerten statfinde. Denn das von der

Beschwerdeführerin erstrebte Urteil unterscheide sich nicht von einem Urteil gegen mehrere Beklagte auf solidarische Leistung, werde (bei Begründetheit der Klage) doch hier wie dort jeder Beklagte zur Leistung des vollen Betrages verurteilt, ohne dass die klagende Partei nach erfolgter Leistung durch einen der Verpflichteten nochmals Erfüllung durch einen anderen Verpflichteten verlangen könne. Somit handle es sich in beiden Fällen um sich ausschliessende Klagen. Indem die Vorinstanz die Streitwerte der beiden Rechtsbegehren zusammengerechnet habe, habe sie § 19 Abs. 1 ZPO/ZH verletzt (KG act. 1 S. 15 ff., Rz 29 ff.).

4.1.2. Gemäss § 18 Abs. 1 ZPO/ZH richtet sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit, d.h. danach, was der Kläger fordert (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 18 ZPO/ZH). Das wirtschaftliche Streitinteresse spielt bei der Streitwertbezifferung keine Rolle (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 a.E. zu § 18 ZPO/ZH; ZR 83 Nr. 104, Erw. 4). Geht die Klage auf Zahlung einer Geldsumme, entspricht der Streitwert der Höhe des eingeklagten Betrages (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 18 ZPO/ZH; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 109). Werden von einem Kläger im gleichen Prozess mehrere (vermögensrechtliche) Rechtsbegehren erhoben, bestimmt sich der Streitwert nach dem Wert aller Rechtsbegehren, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 1 ZPO/ZH). Diese Regel, die sich im Übrigen auch in der eidgenössischen Zivilprozessordnung (Art. 93 Abs. 1 ZPO/CH) und im Bundesgesetz über das Bundesgericht (Art. 52 BGG) findet (und überdies bereits in Art. 47 Abs. 1 aOG enthalten war), gilt nicht nur bei objektiver Klagenhäufung, d.h. wenn der Kläger gegen einen einzelnen Beklagten mehrere Rechtsbegehren stellt, sondern auch im Falle, in dem sich die mehreren Rechtsbegehren gegen verschiedene Beklagte richten (subjektive Klagenhäufung) (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 19 ZPO/ZH). Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die wirtschaftliche Bedeutung des Prozesses im dem Masse steigt, als verschiedene, sich gegenseitig nicht ausschliessende Begehren gestellt werden (Guldener, a.a.O., S. 113, Anm. 31; s.a. Stein-Wigger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 1 zu Art. 93 ZPO/CH; Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], a.a.O., N 1 zu Art. 93 ZPO/CH).

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin (im Sinne einer subjektiven Klagenhäufung) mehrere Rechtsbegehren (gegen zwei einfache passive Streitgenossen) erhoben. Strittig ist, ob für die Streitwertberechnung deren Werte zu addieren sind oder ob sich die Rechtsbegehren gegenseitig ausschliessen.

4.1.3. Rechtsbegehren, die sich gegenseitig ausschliessen, sind solche, die nicht gleichzeitig gutgeheissen werden können bzw. bei denen die Gutheissung des einen zwangsweise die Abweisung des anderen Begehrens zur Folge hat, wobei der Grund hierfür im materiellen Recht oder im Willen der klagenden Partei liegen kann. Als Beispiele für die zweitgenannte Kategorie werden in der Literatur (zu § 19 Abs. 1 ZPO/ZH oder zu gleichlautenden Bestimmungen des Bundesrechts oder bisheriger kantonaler Verfahrensrechte) etwa die Stellung von Haupt- und Eventualbegehren oder von alternativen Begehren genannt; demgegenüber schliessen sich kraft materiellen Rechts etwa Begehren auf Vertragserfüllung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags oder solche auf Wandelung und Minderung eines Kaufvertrags aus (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 19 ZPO/ZH; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 4 zu § 19 ZPO/LU; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, N 1 zu § 18 ZPO/AG; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 2 zu Art. 74 ZPO/SG; Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zürich 2000, N 4 zu § 39 ZPO/TG; Stein-Wigger, a.a.O., N 12 zu Art. 93 ZPO/CH; Rüegg, a.a.O., N 2 und 5 zu Art. 93 ZPO/CH; Rudin, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 13 zu Art. 52 BGG; Güngerich, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 2 f. zu Art. 52 BGG; s.a. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 1.f und 2 zu Art. 139 ZPO/BE; van de Graaf, in: Oberhammer [Hrsg.], a.a.O., N 4 zu Art. 93 ZPO/CH; Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, N 5 zu Art. 47 OG; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Volume II, Bern 1990, N 1.5 zu Art. 47 OG).

Eine Zusammenrechnung der Streitwerte setzt sodann eine Mehrheit von Begehren voraus. Eine solche liegt nur dann vor, wenn mit den mehreren Begehren Verschiedenes (und nicht das Gleiche) verlangt wird. Deshalb findet bei Klagen gegen mehrere Beklagte nach der Praxis auch dann keine Zusammenrechnung der Streitwerte statt, wenn die einzelnen Rechtsbegehren denselben Streitgegenstand betreffen, d.h. der Streitgegenstand der einzelnen eingeklagten Ansprüche identisch ist. Letzteres trifft beispielsweise bei einer Klage zu, mit der mehrere Solidarschuldner je (in solidarischer Haftung) auf den gesamten Betrag eingeklagt werden (vgl. Rudin, a.a.O., N 12 zu Art. 52 BGG; van de Graaf, a.a.O., N 3 zu Art. 93 ZPO/CH; Stein-Wigger, a.a.O., N 8 zu Art. 93 ZPO/CH; Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., N 2 zu § 19 ZPO/LU; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 3 zu § 18 ZPO/AG; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 2 zu Art. 74 ZPO/SG; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 1.f zu Art. 139 ZPO/BE; Rüegg, a.a.O., N 2 zu Art. 93 ZPO/CH; Birchmeier, a.a.O., N 4 zu Art. 47 OG; Poudret, a.a.O., N 1.2.1 zu Art. 47 OG).

Schliesslich greift (auch) die Regel von § 19 Abs. 1 ZPO/ZH nur dann, wenn die mit den mehreren Rechtsbegehren geltend gemachten Ansprüche unabhängig voneinander bestehen. Deshalb findet auch keine Zusammenrechnung der Werte einer Hauptforderung mit denjenigen der zu ihr akzessorischen Nebenforderungen statt. Das gilt insbesondere bei Verbindung einer Klage auf Erfüllung einer Forderung mit der Pfandklage, deren Streitwert sich nach der Höhe der (pfandgesicherten) Forderung bemisst. Denn das Pfandrecht besteht nur akzessorisch zur Hauptforderung und bleibt deshalb für die Berechnung des Streitwerts ohne Bedeutung (Stein-Wigger, a.a.O., N 10 zu Art. 93 ZPO/CH; Rudin, a.a.O., N 12 zu Art. 52 BGG; Poudret, a.a.O., N 1.2.1 a.E. zu Art. 47 OG [kritisch]; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 1.f zu Art. 139 ZPO/BE; BGE 55 II 41, Erw. 1).

4.1.4. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, hat die Beschwerdeführerin ihre beiden Rechtsbegehren nicht im Sinne eines Haupt- und eines Eventualbegehrens gestellt; auch verlangt sie (aus materiellrechtlichen Gründen) nicht die solidarische Verpflichtung der beiden Beschwerdegegner für ein und dieselbe Leistung.

Vielmehr beantragt sie mit ihrer Klage, die Beschwerdegegner (aufgrund zweier verschiedener Verpflichtungsgeschäfte) je einzeln und uneingeschränkt zur Bezahlung der jeweils eingeklagten Beträge zu verpflichten, d.h. die Klage gegen beide Beschwerdegegner kumulativ gutzuheissen. Das ergibt sich zweifelsfrei sowohl aus dem Rechtsbegehren selbst (HG act. 1 S. 3) als auch aus der Klage- und der Einsprachebegründung (vgl. insbes. HG act. 1 S. 18 und 21, Rz 31 und 36; HG act. 6 S. 10, Rz 20).

Dabei stellt sich die Beschwerdeführerin selber auf den Standpunkt, der (kumulativ neben der Verpflichtung der Darlehensschuldnerin [Beschwerdegegnerin 1]) eingeklagte Anspruch gegenüber dem Beschwerdegegner 2 beruhe auf einem dem schweizerischen Recht unterstehenden Garantievertrag ("Vertrag zu Lasten eines Dritten") im Sinne von Art. 111 OR (HG act. 1 S. 19 ff., Rz 32 ff.; HG act. 6 S. 7, Rz 15; KG act. 1 S. 16, Rz 32). Ein solcher stellt einen selbstständigen Vertrag (Garantieverhältnis) dar, mit dem der Promittent (Garant, Garantieschuldner) dem Promissaren (Begünstigter, Garantiegläubiger) in dem Sinne (in eigenem Namen und auf eigene Rechnung) die Leistung eines Dritten verspricht, dass er sich verpflichtet, dem Promissaren Ersatz für den Schaden zu leisten, der diesem aus der Nichtleistung durch den Dritten entstanden ist. Der Promittent verpflichtet sich also nicht, die versprochene, aber ausbleibende Leistung des Dritten selbst zu erbringen, sondern den aus der Nichtleistung durch den Dritten entstandenen Schaden zu ersetzen. Dabei handelt es sich beim Dritten häufig um einen Schuldner des Promissaren, dessen Leistung (Erfüllung) der Promittent (aus bestimmten Gründen) sicherstellen will (bürgschaftsähnliche Garantie). Begriffsnotwendig ist das Vorliegen eines derartigen – zusätzlichen – Valuta- oder Grundverhältnisses zwischen Dritten und Begünstigtem jedoch nicht. Als Vertragsparteien am Garantievertrag beteiligt sind nur der Promittent und der Promissar, nicht auch der Dritte. Der Garantievertrag erzeugt mit anderen Worten nur Rechtswirkungen zwischen dem Promittenten und dem Promissaren; der Dritte wird (entgegen dem missverständlichen Randtitel von Art. 111 OR) nicht verpflichtet. Dient der Garantievertrag der Sicherstellung von Ansprüchen aus einem (Valuta-)Verhältnis zwischen dem Promissaren und dem Dritten, ist für dessen Gültigkeit unerheblich, ob der Dritte dem Promissaren die versprochene (garantierte) Leistung

tatsächlich schuldet oder nicht. Der Garantievertrag ist somit grundsätzlich unabhängig (abstrakt) vom Bestand der zu sichernden Forderung bzw. von der Gültigkeit des Valutaverhältnisses und die Forderung aus Garantievertrag weder akzessorisch noch subsidiär gegenüber der Verpflichtung des Dritten (vgl. zum Ganzen etwa Pestalozzi, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 1 f. und 6 zu Art. 111 OR; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 3920 ff.; Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abt., 6. Teilbd., Bern 2002, N 4 ff., 123 ff. zu Art. 111 OR; Scyboz, Garantie und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 325 ff.). Letzteres wurde in der vom Beschwerdegegner 2 ausgestellten "Guarantee" (HG act. 4/4) denn auch ausdrücklich festgehalten.

Nach klägerischer Darstellung hat der Beschwerdegegner 2 somit keine fremde (Rückzahlungs-)Schuld (aus Darlehensvertrag) übernommen bzw. der Beschwerdeführerin gegenüber keinen kumulativen Schuldbeitritt zur (behaupteten) Schuld der Beschwerdegegnerin 1 erklärt, mit welchem er Solidarschuldner der Forderung auf Rückzahlung des Darlehens geworden wäre. Die beiden Klagebegehren der Beschwerdeführerin richten sich somit nicht auf ein und dieselbe Leistung (aus Darlehensvertrag). Vielmehr verlangt die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner 2 die Erfüllung einer im Garantievertrag eingegangenen selbstständigen Zahlungsverpflichtung, die nicht an das Schicksal der Darlehensschuld gebunden ist. Somit macht die Beschwerdeführerin zwei verschiedene, voneinander unabhängige Forderungen gegen zwei Schuldner geltend, die je auf einem eigenständigen Verpflichtungsgrund bzw. -geschäft beruhen: gegen die Beschwerdegegnerin 1 die Rückzahlungsforderung aus Darlehensvertrag und gegen den Beschwerdegegner 2 die (davon unabhängige) Forderung auf Ersatz des aus der Nichterfüllung dieser (Valuta-)Schuld entstandenen Schadens aus Garantievertrag. Die beiden Beschwerdegegner werden somit je aus eigenem Recht resp. aufgrund zweier konkurrierender vertraglicher Ansprüche belangt. Zwar besteht zwischen den beiden Ansprüchen insoweit ein Zusammenhang, als die Beschwerdeführerin sie *im Ergebnis* nicht über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus kumulieren kann (Pestalozzi, a.a.O., N 11 zu Art. 111 OR). Un-

geachtet dieses Zusammenhangs handelt es sich aber um verschiedene, voneinander unabhängige Ansprüche, welche zwei verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben. Diese beiden Forderungen will die Beschwerdeführerin im Erkenntnisverfahren vor Vorinstanz, dessen Streitwert vorliegend zu bestimmen ist, (gemäss ihrem Rechtsbegehren) *kumulativ* zugesprochen erhalten. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der hier zur Diskussion stehenden Klage und einer Klage, mit der ein Kläger von mehreren Solidarschuldnern je die gesamte (identische) Schuld einfordert (oder einer Klage, mit welcher neben der Hauptschuld auch eine dazu akzessorische Nebenschuld eingeklagt wird, deren rechtliches Schicksal vom Bestand der Ersteren abhängt). Die dort geltende Ausnahme von der Regel (der Zusammenrechnung der Streitwerte mehrerer Rechtsbegehren) findet deshalb nicht ohne Weiteres auch auf den vorliegenden Fall Anwendung.

Die Beschwerdeführerin verfolgt mit ihrer Klage somit die gerichtliche Zurechnung mehrerer, voneinander verschiedener Forderungen, wobei im Lichte der klägerischen Argumentation jedes der beiden Rechtsbegehren unabhängig vom Schicksal des anderen gutgeheissen (oder abgewiesen) werden kann. Eine (kumulative) Guttheissung beider Rechtsbegehren ist insbesondere solange denkbar, als keiner der gemeinsam ins Recht gefassten Beschwerdegegner seine (eigene) Schuld erfüllt hat. Solange könnten nämlich durchaus beide eingeklagten Ansprüche begründet sein. Damit schliessen sich die beiden Rechtsbegehren (entgegen den Vorbringen in der Beschwerdeschrift) aber nicht (im Sinne der Praxis zu § 19 Abs.1 ZPO/ZH) aus. Insbesondere wird damit im vorinstanzlichen Erkenntnisverfahren, für das – und nur für das – die Streitwertbestimmung zu erfolgen hat, auch wirtschaftlich nicht nur eine einzige Leistung gefordert. Denn die Beschwerdeführerin will mit ihrer Klage gegen jeden der beiden Beschwerdegegner je einen eigenen, vom konkurrierenden Anspruch unabhängigen Vollstreckungstitel für die jeweils versprochene Leistung erwirken. Durch diese Kumulation der Rechtsbegehren wird die wirtschaftliche Bedeutung des Prozesses aber durchaus erhöht, weshalb deren Streitwerte zusammenzurechnen sind (§ 19 Abs. 1 ZPO/ZH). (Ob und inwiefern sich im Falle einer vollständigen Guttheissung der Klage auch beide Ansprüche zwangsweise vollstrecken lassen [vgl. KG act. 1

S. 17 f., Rz 33 ff.], ist für die Berechnung des Streitwerts im Erkenntnisverfahren ohne Belang.)

Der (Gesamt-)Streitwert des vorinstanzlichen Erkenntnisverfahrens beträgt folglich EUR 6'700'000.-- bzw., gemäss dem von der Beschwerdeführerin nicht beanstandeten Umrechnungskurs von Fr. 1.25137, den die Vorinstanz der Berechnung zugrunde gelegt hat, Fr. 8'384'179.--. Mit Bezug auf die Streitwertbeziehung liegt mithin kein Nichtigkeitsgrund vor.

4.2. Weiter rügt die Beschwerdeführerin als Verletzung von § 2 Abs. 1 und 2 aGGebV, dass die Vorinstanz der Festsetzung der Kautionshöhe den Streitwert von EUR 6'700'000.-- und nicht das *niedrigere Streitinteresse* zugrunde gelegt hat, welches nur EUR 3'500'000.-- betrage (KG act. 1 S. 19 ff., Rz 38 ff.).

4.2.1. Zur Begründung dieses Einwands macht die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Rechtsprechung (ZR 109 Nr. 55; BGer 2C_110/2008 vom 3. April 2009) geltend, dass bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Streitwert und tatsächlichem Streitinteresse nicht stets, sondern nur in Ausnahmefällen auf das Gesamtinteresse abgestellt werden dürfe; nämlich dann, wenn die mit der Erhebung einer Teilklage angestrebte Reduktion des Kostenrisikos missbräuchlich erscheine. Überdies dürfe nach der Praxis ein offensichtliches Missverhältnis im Sinne von § 2 Abs. 2 aGGebV nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden, sei diese Bestimmung doch nur als "Notventil" gedacht. Da die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall selbst bei kumulativer Gutheissung ihrer Rechtsbegehren nur *eine* Zahlung über EUR 3'500'000.-- durchsetzen könne, dürfe ihrer Klage keine über diesen Betrag hinausgehende wirtschaftliche Bedeutung zugemessen werden. Somit liege das tatsächliche Streitinteresse bei höchstens EUR 3'500'000.--. In Anbetracht des Charakters von § 2 Abs. 2 aGGebV als Notventil und der gebotenen Zurückhaltung bei dessen Anwendung sei in casu kein derart offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und Streitinteresse anzunehmen, dass auf den höheren Streitwert abzustellen sei. Dies umso weniger, als aus dem Äquivalenzprinzip folge, dass nicht nur ein formeller Betrag, sondern auch der mutmassliche Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falles miteinzubeziehen seien (§ 2 Abs. 1 aGGebV) und angesichts der eher kurzen Klageschrift

und der klaren Sach- und Rechtslage kein besonders aufwändiges Verfahren vorliege.

4.2.2. Dieser Einwand geht fehl, wobei zu seiner Widerlegung zunächst im Sinne von § 161 GVG/ZH auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (KG act. 2 S. 4, Erw. 4 a.E.) verwiesen werden kann.

Ergänzend dazu ist festzuhalten, dass die Kautionspflicht nach dem insoweit klaren Wortlaut von § 79 Abs. 1 ZPO/ZH aufgrund des *Streitwerts* – und nicht des *Streitinteresses* – (sowie nach dem Umfang des Prozesses für die angerufene Instanz) festgesetzt wird. Das gilt mangels einer abweichenden gesetzlichen Anordnung auch dann, wenn der Streitwert das tatsächliche Streitinteresse übersteigt. Für die (durch die Kautionspflicht sicherzustellenden) Gerichtskosten ergibt sich die grundsätzliche Massgeblichkeit des Streitwerts auch aus § 2 Abs. 1 und §§ 3 ff. aGGebV. Daran ändert auch die gleichzeitige Erwähnung des Streitinteresses in der erstgenannten Bestimmung nichts. Sie führt nämlich nicht generell ein zum Streitwert alternatives Kriterium zur Bemessung der Gerichtskosten ein, sondern dient lediglich der Harmonisierung mit § 2 Abs. 2 aGGebV, welche Vorschrift es (ausnahmsweise) erlaubt, statt auf den (grundsätzlich massgeblichen) Streitwert auf das (höhere) Streitinteresse abzustellen. Wie die Entstehungsgeschichte zeigt, hat § 2 Abs. 2 aGGebV jedoch den Fall im Visier, in welchem das tatsächliche Streitinteresse den durch das Rechtsbegehren bestimmten Streitwert *übersteigt*, wobei als Anwendungsfall primär an die Erhebung einer blossen Teilklage gedacht wurde (vgl. Protokoll des Zürcher Kantonsrates, 23. Sitzung vom 12.11.2007, S. 1404 ff.; s.a. ZR 109 Nr. 55). Es ist daher ernsthaft zu bezweifeln, ob § 2 Abs. 2 aGGebV den (gegenteiligen) Fall, in welchem der Streitwert über dem Streitinteresse liegt, überhaupt erfasst. Selbst wenn dem so wäre, liesse sich die Vorschrift aber jedenfalls nicht in dem Sinne verstehen, dass diesfalls nicht auf den Streitwert, sondern (grundsätzlich) auf das niedrigere Streitinteresse abzustellen sei. Eine derartige Auslegung stünde nicht nur in klarem Widerspruch zu deren Wortlaut, der den höheren der beiden Werte für massgebend erklärt, sondern auch zu deren Sinn und Zweck, soll § 2 Abs. 2 aGGebV doch ermöglichen, durch "Begünstigung des Streitinteresses gegenüber dem Streitwert ... die Ge-

richtsgebühr entsprechend zu erhöhen" (Weisung des Obergerichts vom 4. April 2007 betreffend Revision der Verordnung über die Gerichtsgebühren, Amtsblatt des Kantons Zürich vom 18.5.2007, Nr. 20, S. 814; s.a. ZR 109 Nr. 25, Erw. III/1.5). Damit besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kein Raum, bei der Berechnung der Gerichtsgebühr nicht vom Streitwert, sondern vom niedrigeren Streitinteresse auszugehen. Die Vorinstanz hat somit § 2 Abs. 2 aGGebV nicht verletzt, indem sie bei der Berechnung der mutmasslichen Gerichtsgebühr auf den Streitwert und nicht auf das niedrigere Streitinteresse abgestellt hat. Auch in diesem Punkt ist kein Nichtigkeitsgrund ersichtlich.

4.2.3. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die eingeforderten Kautionsbeträge auch das Äquivalenzprinzip nicht verletzen (vgl. Kass.-Nr. AA090073 vom 1.3.2010 i.S. M.c.N., Erw. II/1/h). Sollte der entsprechende Hinweis der Beschwerdeführerin (vgl. KG act. 1 S. 20, Rz 42) im Sinne einer dahingehenden Rüge aufzufassen sein, wäre die Beschwerde auch diesbezüglich unbegründet.

4.3. Nachdem die Vorinstanz bei der Bemessung der Kautionsmangels anwaltlicher Vertretung der Beschwerdegegner (noch) keine Prozessentschädigung nach den Vorschriften der aAnwGebV in Anschlag gebracht hat, braucht nicht näher geprüft zu werden, nach welchen Kriterien sich eine solche zu richten hätte (vgl. dazu immerhin ZR 109 Nr. 25). Insbesondere kann offenbleiben, ob und gegebenenfalls inwieweit die vorstehenden Erwägungen (Erw. III/4.2.2) auch auf die Bemessung der Prozessentschädigung nach §§ 2 ff. aAnwGebV zutreffen. In diesem Punkt (vgl. KG act. 1 S. 21, Rz 43) ist die Beschwerdeführerin nicht beschwert bzw. fehlt es ihr an einem rechtlich geschützten Interesse an der Beurteilung der Beschwerde (vgl. § 51 ZPO/ZH). Dass die im angefochtenen Entscheid einstweilen veranschlagten Umtriebsentschädigungen von je Fr. 10'000.-- zu hoch seien, wird in der Beschwerdeschrift nicht geltend gemacht.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin nicht nachweist, dass der vorinstanzliche Beschluss vom 28. Januar 2011 (KG act. 2) an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO/ZH leidet. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit sie nach den übergangsrechtlichen Vorschriften der

ZPO/CH überhaupt zulässig ist. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung, und der Beschwerdeführerin ist die von der Vorinstanz angesetzte, durch den Suspensiveffekt jedoch in ihrem Lauf gehemmte Frist zur Bezahlung der Prozesskautionen für das vorinstanzliche Verfahren neu zu eröffnen (vgl. von Castelberg, Zur aufschiebenden Wirkung bei der Zürcher Kassationsbeschwerde, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 295/296; s.a. von Rechenberg, a.a.O., S. 22; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2a zu § 291 ZPO/ZH).

IV.

1. Gemäss der allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH, die auch im Kassationsverfahren gilt, werden die (nach den Ansätzen der aGGebV festzusetzenden; vgl. § 23 GebV OG) Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 aGGebV), welche – ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 80'000.-- (vgl. RB 2009 Nr. 41 und KG act. 6 S. 3, Erw. 3) – nach § 4 Abs. 1 aGGebV in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 aGGebV zu bemessen und gemäss § 9 Ziff. 2 aGGebV auf annähernd das Doppelte zu erhöhen ist. Da die Beschwerdeführerin mit ihrem Rechtsmittelantrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids unterliegt, hat sie die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen.

Mangels Einholung von Beschwerdeantworten sind den Beschwerdegegnern vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO/ZH entstanden. Es ist ihnen deshalb keine Prozess- oder Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

2. Der vorliegende Beschluss schliesst den Prozess (als gesamten) nicht ab. Es handelt sich (in der Terminologie des BGG) somit um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert Fr. 30'000.-- weit übersteigt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG). Damit – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (vgl. statt vieler

BGer 5A_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A_55/2008 vom 22.4.2008, Erw. 1) – unterliegt der kassationsgerichtliche Beschluss der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Seine selbstständige Anfechtbarkeit setzt jedoch voraus, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Das bejaht die höchstrichterliche Praxis in Fällen der vorliegenden Art (Kautonierung mit der Androhung, im Säumnisfall auf die Klage nicht einzutreten) zwar regelmässig (vgl. BGer 5A_55/2008 vom 22.4.2008, Erw. 1; 4A_270/2009 vom 14.7.2009, Erw. 1.1; 5A_430/2009 vom 2.11.2009, Erw. 1.1; s.a. BGE 133 V 403, Erw. 1.2), wäre letztlich aber vom Bundesgericht zu entscheiden.

Ebenfalls vom Bundesgericht zu entscheiden wäre gegebenenfalls, ob daneben mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur (direkten) Anfechtung des handelsgerichtlichen Beschlusses vom 28. Januar 2011 mittels Beschwerde beim Bundesgericht (neu) zu laufen beginnt (Art. 100 aAbs. 6 BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Der Beschwerdeführerin wird eine einmal erstreckbare Frist von **15 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um für die Gerichtskosten und Prozessentschädigung im Verfahren vor Handelsgericht
 - a) für die Klage gegen die Beklagte 1 eine Prozesskaution von Fr. 110'000.-- und
 - b) für die Klage gegen den Beklagten 2 eine Prozesskaution von Fr. 119'000.-- zu leisten.

Bei Säumnis würde auf die Klage gegen den betroffenen Beklagten nicht eingetreten.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 15'000.--.
4. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozess- oder Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. (insbes. Art. 93) 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 liegt über Fr. 30'000.--.

Ob daneben mit der Zustellung des vorliegenden Entscheids auch die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichts vom 28. Januar 2011 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu zu laufen beginnt (Art. 100 Abs. 1 und aAbs. 6 BGG), hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beschwerdegegner unter Beilage der Präsidialverfügung vom 16. März 2011 [KG act. 6] durch direkte Postzustellung gemäss Art. 10 lit. a HZUe 1965), die Kasse des Obergerichts und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: