



Kass.-Nr. AA070036/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 7. März 2008

in Sachen

X Inc.,

...,

Klägerin, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **E.**,

...,

Beklagter, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt ...

2. **S.**,

...,

Beklagter, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Januar 2007 (LB050060/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beklagten waren Angestellte der A AG in ... und gehörten deren Geschäftsleitung an. Sie kündigten ihre Arbeitsverträge im Februar 2002 auf Ende Mai 2002 und gründeten am 1. Juli 2002 zusammen mit der US-amerikanischen Werbeagentur B die S/F/B AG.

Die Klägerin, die amerikanische Muttergesellschaft der A AG, schloss in den Jahren 1997, 1999 und 2000 mit den Beklagten 1 und 2, F und S, Stock Option Agreements und Restricted Option Agreements (Verträge über Mitarbeiteroptionen und -aktien) sowie in den Jahren 1999 und 2000 mit dem Beklagten 3, Z, Stock Option Agreements ab. Die Beklagten übten in der Folge die Optionen, mit Ausnahme derjenigen des Jahres 2000, aus. Die Klägerin verlangt von den Beklagten die Herausgabe der gestützt auf diese Vereinbarungen empfangenen Leistungen und begründet dies damit, die Beklagten hätten eine Bedingung für den Erhalt der Leistungen verletzt, indem sie ihre frühere Arbeitgeberin nach dem Ausscheiden aus deren Diensten konkurrenziert und Mitarbeiter von ihr abgeworben hätten. In diesem Sinne beehrte die Klägerin mit ihrer Klageschrift vom 31. Oktober 2002, es seien der Beklagte 1 zur Bezahlung von USD 792'262.96 nebst Zins, der Beklagte 2 zur Bezahlung von USD 530'795.52 nebst Zins und der Beklagte 3 zur Bezahlung von USD 27'433.93 nebst Zins an die Klägerin zu verpflichten (BG act. 1 S. 2).

Mit Urteil vom 3. Mai 2005 verpflichtete das Bezirksgericht Uster den Beklagten 1 zur Bezahlung von Fr. 461'490.-- zuzüglich Zins und den Beklagten 2 zur Bezahlung von Fr. 245'364.35 nebst Zins an die Klägerin. Im Mehrbetrag wies das Bezirksgericht die Klage gegen die Beklagten 1 und 2 ab. Weiter wies es die Klage gegen den Beklagten 3 ab (BG act. 76 = OG act. 83). Gegen dieses Urteil erhoben die Beklagten 1 und 2 Berufung (OG act. 78 und 79). Mit Bezug auf den Beklagten 3 blieb das Urteil unangefochten, so dass dieser nicht Partei im Berufungsverfahren war.

Das Obergericht (II. Zivilkammer) hielt in seinem Urteil vom 26. Januar 2007 die Aktivlegitimation der Klägerin für nicht ausgewiesen und wies folglich die Klage gegen die Beklagten 1 und 2 ab (OG act. 136 = KG act. 2).

2. Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin, es sei das genannte Urteil des Obergerichts aufzuheben (KG act. 1 S. 2). Der Beklagte 1 beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11). Der Beklagte 2 beantwortete die Beschwerde nicht. Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 10).

Die Klägerin liess die ihr auferlegte Prozesskaution fristgerecht durch ihre Tochtergesellschaft leisten (KG act. 9).

II.

1. Streitig ist, ob die Gesellschaft, welche Vertragspartnerin der "stock option agreements" und "restricted stock agreements" mit den Beschwerdegegnern ist, mit der Beschwerdeführerin identisch ist. Das Obergericht hält fest, in den Einleitungen der genannten Vereinbarungen werde durchwegs die X Inc., a Delaware corporation, als Vertragspartei genannt. Im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die zeitlichen Begrenzungen der Ausübung dieser Optionen resp. bei einem möglichen Börsengang würden in Ziffer 3 der Vereinbarungen nebst der "Delaware corporation" auch eine "X Holding Inc., a New York corporation" und eine "X Inc., a New York corporation" genannt. Vor der Unterschrift fände sich die Firmenbezeichnung X Inc., ohne weiteren Hinweis, namentlich nicht auf deren Sitz oder auf das Recht des Bundesstaats, nach dem diese Gesellschaft organisiert sei (vgl. z.B. BG act. 3/2) (KG act. 2 S. 12 f. Erw. III/4.1).

Laut Klagebegründung, so das Obergericht weiter, handle es sich bei der Beschwerdeführerin um eine amerikanische, nach dem Recht des Bundesstaats Delaware organisierte Gesellschaft mit Sitz in New York (BG act. 1 S. 3 Rz 8). Nachdem die Beschwerdegegner in der Klageantwort die Aktivlegitimation der

Beschwerdeführerin bestritten hatten, habe die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vorgebracht, es habe ursprünglich zwei gleichnamige Gesellschaften gegeben, die eine eingetragen in New York, die andere in Delaware. Durch Fusion dieser beiden Gesellschaften sei die Delaware Gesellschaft in der New Yorker Gesellschaft aufgegangen; letztere sei Trägerin sämtlicher Rechte der vormaligen Delaware Gesellschaft (BG act. 57 S. 8 Rz 25). Damit stelle sich die Beschwerdeführerin explizit als New Yorker Gesellschaft dar, welche nunmehr Rechte der früheren Delaware Gesellschaft gegen die Beschwerdegegner geltend mache. Diese Vorbringen seien klar, eindeutig und unmissverständlich. Für Interpretationen liessen sie keinen Spielraum (KG act. 2 S. 13 Erw. III/4.2). Die klägerischen Vorbringen in der Replik widersprüchen offenkundig der anfänglichen Sachdarstellung, wonach es sich bei ihr um eine Delaware Gesellschaft mit Sitz in New York handle. Es frage sich daher, ob diese unterschiedlichen Behauptungen zur Sachlegitimation das Bezirksgericht zu einem Vorgehen nach § 55 ZPO (richterliche Fragepflicht) hätte veranlassen müssen. Die Darlegungen der Beschwerdeführerin in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften bezüglich ihrer Sachlegitimation seien weder unklar noch unbestimmt. Auch könnten sie in ihrer Knappheit nicht als unvollständig bezeichnet werden. Diese Ausführungen seien daher nicht mangelhaft im Sinne von § 55 ZPO. Daran ändere die Widersprüchlichkeit zu den ersten Ausführungen nichts. Da das Verfahren grundsätzlich der Dispositionsmaxime unterstehe, stehe es den Parteien frei, ihre im ersten Parteivortrag geäusserten Vorbringen in der zweiten Rechtsschrift zu ändern und zu korrigieren oder zu verwerfen. Dies habe die Beschwerdeführerin getan. Dementsprechend habe keine Veranlassung bestanden, der Beschwerdeführerin im Sinne von § 55 ZPO Gelegenheit zur Verbesserung ihrer Ausführungen zu geben (KG act. 2 S. 13 f. Erw. III/4.3).

Das Obergericht hält weiter fest, die Beschwerdeführerin habe sich zu ihrer Sachlegitimation in ihrer Klagerplik eindeutig und klar geäussert: danach sei sie eine New Yorker Gesellschaft und Trägerin aller Rechte der vormaligen X Inc. Delaware. Die Beschwerdegegner hätten die Beschwerdeführerin auf diese Erklärung behaftet. Insoweit seien die Parteibehauptungen zur Sachlegitimation der

Beschwerdeführerin nicht kontrovers und es sei hierüber kein Beweis abzunehmen (KG act. 2 S. 14 Erw. III/4.4).

In der Berufungsantwort, so das Obergericht, habe die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf die von ihr in der Klagereplik eingereichte Unterlage über die Fusion der New Yorker und Delaware Gesellschaft (BG act. 58/1) ihre Behauptung zur Sachlegitimation geändert. Nunmehr gehe sie davon aus, dass gestützt auf die Fusion der New Yorker Gesellschaft mit der Delaware Gesellschaft Letztere weiterbestehe und als Vertragspartei der umstrittenen Agreements mit der Beschwerdeführerin identisch sei. Ausserdem sei es nicht unüblich, dass in den Vereinigten Staaten mehrere Gesellschaften mit gleichem Namen existierten (OG act. 103 S. 49 Rz 219). Unter dem Vorbehalt von § 115 ZPO, so das Obergericht, seien neue Behauptungen im Berufungsverfahren unzulässig. Allerdings sei diese Behauptung zur Sachlegitimation nicht neu, hätte doch die Beschwerdeführerin bereits in der Klagebegründung erklärt, es handle sich bei ihr um eine nach dem Recht des Bundesstaats Delaware organisierte Gesellschaft mit Sitz in New York. Mit dieser Änderung oder Ergänzung ihrer Behauptung sei die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren ausgeschlossen, da das Streitverhältnis im Hauptverfahren vollständig und bestimmt darzustellen sei und sich allenfalls ungünstig auswirkende Behauptungen nachträglich nicht zurückgenommen werden könnten. Die Beschwerdeführerin bringe in ihrer Berufungsantwort überdies keine Gründe für ihre nachträglich geänderte Behauptung vor. Ihre Behauptung, die Beschwerdeführerin sei die aus der Fusion hervorgegangene resp. überlebende Delaware Gesellschaft mit Sitz in New York lasse sich entgegen ihrer Auffassung nicht ohne weiteres aus dem "Certificate of Merger" (BG act. 58/1) entnehmen. Dem stehe sodann die von den Beschwerdegegnern vor Bezirksgericht eingereichte Unterlage über eine X Inc. mit Sitz in Delaware (BG act. 68/1 und 70/1) entgegen. Da zudem die fraglichen "Agreements" selbst mehrere "X Incs." enthielten, ergebe sich die Richtigkeit der Behauptung der Beschwerdeführerin gerade nicht aus der eingereichten Unterlage. Ein Anwendungsfall von § 115 Ziffer 2 ZPO in Verbindung mit § 267 ZPO läge daher auch bei Annahme einer neuen Tatsachenbehauptung durch die Beschwerdeführerin nicht vor (KG act. 2 S. 15 Erw. III/4.5).

Das Obergericht schliesst, die Beschwerdeführerin sei eine New Yorker Gesellschaft. Vertragspartei beider Beschwerdegegner sei jedoch eine Delaware Gesellschaft. Eine Identität der Vertrags- mit der Klagepartei liege nicht vor. Wenn die Beschwerdeführerin vorbringen lasse, sie sei Rechtsnachfolgerin der Delaware Gesellschaft resp. Trägerin aller Rechte der vormaligen X Inc. Delaware, ergebe sich in der zeitlichen Abfolge der Geschehnisse ein unüberbrückbarer Widerspruch: die Fusion der New Yorker und Delaware Gesellschaften solle im Dezember 1996 stattgefunden haben. Die fraglichen Vereinbarungen mit den beiden Beschwerdegegnern seien jedoch in den Jahren 1997, 1999 und 2000 geschlossen worden. Die New Yorker Gesellschaft habe bei der Fusion im Jahr 1996 keine Rechte der Delaware Gesellschaft erwerben können, die damals noch gar nicht bestanden hätten. Die Aktivlegitimation lasse sich daher aus der Fusion der Delaware Gesellschaft mit der New Yorker Gesellschaft nicht herleiten. Zusammenfassend sei die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin nicht ausgewiesen, was zur Abweisung der Klagen gegen die beiden Beschwerdegegner führe (KG act. 2 S. 15 - 17 Erw. III/5).

2. Die Beschwerdeführerin bezeichnete sich in der Klageschrift als "eine amerikanische, nach dem Recht des Bundesstaats Delaware organisierte Gesellschaft mit Sitz in New York" (BG act. 1 SD. 3 Rz 8). In der Replik führte die Beschwerdeführerin aus (BG act. 57 S. 8 Rz 25): "Es bestanden ursprünglich zwei X Gesellschaften. Die eine X Inc. war in New York eingetragen, die andere im Bundesstaat Delaware. Die X Inc. Delaware ist durch Fusion in die X Inc. New York eingegangen. Letztere ist Trägerin aller Rechte der vormaligen X Inc. Delaware." Daraus schliesst das Obergericht, die Beschwerdeführerin habe sich in der Klage replik eindeutig und klar geäussert: danach sei sie eine New Yorker Gesellschaft und Trägerin aller Rechte der vormaligen X Inc. Delaware (KG act. 2 S. 14 Erw. 4.4).

Diese Feststellung würde zutreffen, wenn bezüglich der Replik lediglich auf den Wortlaut der Rechtsschrift abgestellt würde. Allerdings ergänzte die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen in der Replik, wonach die X Inc. Delaware durch Fusion in die X Inc. New York eingegangen sei und letztere die Trägerin aller Rechte der

X Inc. Delaware sei, mit einer Beweisofferte: das Certificate of Merger vom 27. Dezember 1996, welches sie der Replik beilegte (BG act. 58/1). Dieses Certificate bestätigt die Übernahme von X New York durch X Delaware und hält fest, "THIRD: The Name of the surviving corporation is 'X Inc.' (a Delaware corporation)". Unter "SIXTH" wird weiter "111 M Avenue, New York" als "principal place of business of the Surviving Corporation" bezeichnet. Dies ist die von der Beschwerdeführerin in sämtlichen Rechtsschriften als ihre eigene genannte Adresse.

Es besteht somit ein Widerspruch zwischen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Replik (Delaware Gesellschaft ist in New York Gesellschaft eingegangen) und dem gleichzeitig eingereichten "Certificate of Merger" (Delaware Gesellschaft ist die überlebende Gesellschaft). Nicht nur der fortlaufende Text, sondern auch die Nennung einer Beweisofferte in einer Rechtsschrift ist Bestandteil derselben. Die Feststellung des Obergerichts, die Beschwerdeführerin habe sich in der Klagereplik eindeutig und klar geäußert, ist somit falsch. Das mit der Replik eingereichte "Certificate of Merger" steht nicht im Widerspruch mit dem Vorbringen in der Klagebegründung, die Beschwerdeführerin sei eine amerikanische, nach dem Recht des Bundesstaats Delaware organisierte Gesellschaft mit Sitz in New York. Das Bezirksgericht geht denn auch davon aus, die Beschwerdeführerin sei mit der Delaware Gesellschaft mit Sitz in New York identisch, und hält dafür, die missverständliche Wiedergabe des Ablaufs der Fusion durch die Beschwerdeführerin in der Replik vermöge daran nichts ändern (OG act. 83 S. 7 Erw. III/3 am Ende).

In der Berufungsantwort nimmt die Beschwerdeführerin Bezug auf ihre Replikbeilage, das "Certificate of Merger", aus welchem hervorgehe, dass sie, die Delaware Gesellschaft, nach der Fusion als "Surviving Company" weiterbestehe und ihren Sitz an der 111 M Avenue in New York habe (OG act. 103 S. 49 Rz 219). Wenn das Obergericht unter ausdrücklichem Hinweis auf eben diese Stelle in der Berufungsantwort festhält, die Beschwerdeführerin habe unter Bezugnahme auf die von ihr in der Klagereplik eingereichte Unterlage über die Fusion der New Yorker und Delaware Gesellschaft (BG act. 58/1) ihre Behauptung zur Sachlegitimation geändert, so greift dies zu kurz, indem das Obergericht nicht berücksich-

tigt, dass der Hinweis auf das "Certificate of Merger" Beweisofferte und damit Bestandteil der Replik bildet und somit - wegen des Widerspruchs zwischen dem Wortlaut der Replik und der Beweisofferte - aus der Replik nicht ein klarer Standpunkt der Beschwerdeführerin, sie sei eine New York Gesellschaft, in welche durch Fusion eine Delaware Gesellschaft eingegangen ist, zu entnehmen ist.

Geht man im Einklang mit dem Bezirksgericht davon aus, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Replik zum Ablauf der Fusion gesamthaft gesehen bloss missverständlich formuliert sind, so findet sich in der Berufungsantwort keine Änderung der Behauptung der Beschwerdeführerin zur Sachlegitimation und es liegt kein Novum vor. Dann zielen die Erwägungen des Obergerichts zur Zulässigkeit neuer Vorbringen im Berufungsverfahren gemäss § 267 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 115 und 138 ZPO ins Leere und es stellt das Obergericht zu Unrecht nicht auf die Vorbringen in der Berufungsantwort ab.

Will das Obergericht jedoch auf den strikten Wortlaut der Sachdarstellung in Replikschrift abstellen, so hätte es zu berücksichtigen, dass dieser in Widerspruch zur in der Replikschrift genannten Beweisofferte steht. Damit wäre das Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Replik unklar und es wäre in Ausübung der richterlichen Fragepflicht der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben (§ 55 ZPO). Im vorliegenden Fall ist die entsprechende Klarstellung faktisch bereits in der Berufungsantwort erfolgt, so dass sich eine förmliche Ausübung der richterlichen Fragepflicht erübrigt.

Jedenfalls erweist sich die ohne prozessuale Weiterungen erfolgte Annahme des Obergerichts, es liege ein unzulässiges und damit nicht zu berücksichtigendes Novum vor, als fehlerhaft und gehörsverweigernd. Die entsprechenden Rügen (KG act. 1 S. 20 - 23 Rz 73 - 86) sind begründet und der Nichtigkeitsgrund der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (§ 281 Ziffer 1 ZPO) gegeben.

Ob auch die weiteren in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen der aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme (KG act. 1 S. 11 - 17 Rz 34 - 64), der Verletzung der Verhandlungsmaxime, des Verstosses gegen das Verbot des überspitzten Formalismus und der Verletzung der Begründungspflicht (KG act. 1

S. 11 - 17 Rz 34 - 64; S. 17 - 20 Rz 65 - 72; S. 23f. Rz 87 - 93) begründet sind, kann offen bleiben

3. Es stellt sich die Frage, ob die Feststellung des Obergerichts, aus der Adressgleichheit zwischen der Delaware Corporation als Surviving Company im "Certificate of Merger" und der Beschwerdeführerin ergebe sich noch nicht deren Identität mit der Partei der Agreements, eine Alternativ- oder Nebenbegründung darstelle, welche für sich allein die Verneinung der Aktivlegitimation rechtfertigen würde, womit sich die vorliegenden Nichtigkeitsgründe letztlich nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt hätten, was einer Gutheissung der Beschwerde entgegenstehen würde (§ 281 ZPO).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei die Vertragspartnerin der "stock option agreements" und "restricted stock agreements" mit den Beschwerdegegnern. Die Beschwerdegegner bestreiten diese Identität.

Die Beschwerdeführerin bringt verschiedentlich vor, so in der Berufungsantwort (OG act. 103 S. 49 Rz 218) und auch in der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 10 Rz 30), dass es in den USA möglich sei, dass mehrere Gesellschaften gleichen Namens existieren, die ihren Sitz sogar im selben Bundesstaat haben, hingegen in verschiedenen Staaten inkorporiert sind. Auch nennen die Stock Option Agreements vom Dezember 1997 neben der Vertragspartei "X Inc., a Delaware corporation" zwei weitere Gesellschaften mit identischen oder ähnlichen Bezeichnungen, aber einem anderen geographischen Hinweis: "X Holdings Inc., a New York corporation" und "X Inc., a New York corporation", worauf das Obergericht (KG act. 2 S. 12 Erw. III/4.1 und S. 15 Erw. III/4.5) wie auch die Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 17 Rz 63) Bezug nehmen. Die darauf gestützte Folgerung des Obergerichts, aus der Adressgleichheit zwischen der Delaware Corporation als Surviving Company im "Certificate of Merger" und der Beschwerdeführerin ergebe sich noch nicht deren Identität mit der Partei der Agreements, mag demnach nachvollziehbar sein und ist in jedem Fall nicht willkürlich und aktenwidrig, wie die Beschwerdeführerin behauptet (KG act. 1 S. 14 Rz 64), denn es ist nicht vollends ausgeschlossen, dass eine namensgleiche Gesellschaft ihren "principal place of business" an der gleichen Adresse hat. In diesem Sinn ist die Behauptung der

Beschwerdeführerin, sie sei die Vertragspartnerin der "stock option agreements" und "restricted stock agreements" und damit aktivlegitimiert, keine Behauptung, deren Richtigkeit sich im Sinne von § 115 Ziffer 2 ZPO aus den Prozessakten ergibt oder durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden kann. Doch darauf kommt es nicht an, da, wie vorne unter Erwägung 2 ausgeführt, die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie sei eine amerikanische, nach dem Recht des Bundesstaats Delaware organisierte Gesellschaft mit Sitz in New York, entgegen der Ansicht des Obergerichts kein Novum im Berufungsverfahren darstellt. Somit kommt § 115 Ziffer 2 ZPO nicht zum Zug und es kann die Aktivlegitimation nicht ohne weiteres mit dem (an sich willkürfreien) Hinweis, aus der Adressgleichheit zwischen der Delaware Corporation als Surviving Company im "Certificate of Merger" und der Beschwerdeführerin ergebe sich noch nicht deren Identität mit der Partei der Agreements, verneint werden. Vielmehr hat das Obergericht, da eine bestrittene Tatsachenbehauptung vorliegt, darüber Beweis zu erheben (§ 133 ZPO).

4. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als begründet und ist sie gutzuheissen. Das angefochtene Urteil und der damit verbundene Beschluss (betreffend Aufhebung des bezirksgerichtlichen Beschlusses über die Verwendung der geleisteten Kautions, OG act. 83 S. 23) sind aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

III.

a) Der Beschwerdegegner 1 beantragte Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11) und ist damit unterliegende Partei im Kassationsverfahren. Der Beschwerdegegner 2 äusserte sich im Kassationsverfahren nicht und veranlasste auch nicht den zur Gutheissung der Beschwerde führenden Nichtigkeitsgrund. Er ist demnach weder obsiegende noch unterliegende Partei. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner 1, nicht aber der Beschwerdegegner 2, für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Der Streitwert des gesamten Verfahrens beträgt Fr. 1'941'184.--, nämlich bezüglich des Beschwerdegegners 1 Fr. 1'162'408.-- und bezüglich des Beschwerdegegners 2 Fr. 778'782.-- (vgl. KG act. 2 S. 17 Erw. IV/1.2.1, 1.2.2 und 2.1).

Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist vom gesamten Streitwert auszugehen. Die Kosten sind entsprechend des Verhältnisses der auf die beiden Beschwerdegegner entfallenden Streitwertanteile zu 3/5 dem Beschwerdegegner 1 aufzuerlegen und zu 2/5 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die vom Beschwerdegegner 1 der Beschwerdeführerin zu bezahlende volle Prozessentschädigung bemisst sich nach dem auf den Beschwerdegegner 1 entfallenden Streitwert.

b) 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 Nichtigkeitsbeschwerde werden das Urteil und der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Januar 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 40'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden zu 3/5 dem Beschwerdegegner 1 auferlegt und zu 2/5 auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Beschwerdegegner 1 wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 24'000.-- zu entrichten.

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 Fr. 1'941'184.-- (bezüglich des Beschwerdegegners 1 Fr. 1'162'408.--, bezüglich des Beschwerdegegners 2 Fr. 778'782.--).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die 2. Abteilung des Bezirksgerichts Uster, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: