

4C.409/2006

Urteil vom 31. Oktober 2007

I. zivilrechtliche Abteilung

Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch, Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiberin Hürlimann.

X. _____ AG,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Mathis Zimmermann,

gegen

A. _____,
Beklagten und Berufungsbeklagten,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Oliver Kälin.

Arbeitsvertrag; Abfindung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I.
Zivilkammer, vom 16. Oktober 2006.

Sachverhalt:

A.
Der amerikanische Staatsangehörige A. _____ (Beklagter) trat bei der
X. _____ AG (Klägerin) Ende 1972 eine Stelle an. Seit 1. Juli 1995 war er
als "Leiter Operations Research" tätig. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2003
kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten fristgerecht
auf den 31. Januar 2004. Als Kündigungsgrund gab die Klägerin persönliche
Limitationen des Beklagten an, die ihm nicht ermöglichen würden, seine
Funktion in vollem Umfang auszufüllen.

A.a Am 30. Oktober 2003 bot die Klägerin dem Beklagten in zwei verschiedenen
Abwicklungsvereinbarungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwei
Varianten für eine Abfindung an. Die Klägerin hätte dem Beklagten gemäss der
ersten Variante Fr. 50'000.-- und eine Outplacement-Beratung, gemäss der
zweiten Variante Fr. 80'000.-- bezahlt. Mit Schreiben vom 11. November 2003
lehnte der Beklagte beide Vorschläge ab und warf der Klägerin vor, ihn wegen
seines Alters und aus antisemitischen Gründen entlassen zu haben, weshalb die
Kündigung diskriminierend sei. Aus diesem Grund und weil er nach 31 Jahren
Dienst für die Klägerin entlassen worden sei, verlangte der Beklagte
mindestens Fr. 150'000.-- sowie eine Rente ab Ende Januar 2004. Er drohte
zudem, die Klägerin und deren Konzern anzuschwärzen. Die Klägerin reagierte
darauf mit einem Schreiben unter dem Titel "Hausmitteilung", die auf den 20.
November 2003 datiert ist, dem Beklagten aber bereits am 19. November 2003
von C. _____, seiner disziplinarischen Vorgesetzten, abgegeben wurde (im
Folgenden: Offerte vom 19. November 2003). Darin wurden alle Vorwürfe des
Beklagten zurückgewiesen, dieser sofort freigestellt und ihm als definitives
Angebot Fr. 90'000.-- offeriert. Das Angebot war bis zum 27. November 2003
befristet.

A.b Am 19. November 2003 fand ein telefonisches Gespräch statt zwischen dem
Beklagten und D. _____, dem "Head of Human Resources International" der
X. _____ Inc. in E. _____/USA, dem Mutterhaus der X. _____ AG. Nach
Darstellung der Klägerin wurde die Frage diskutiert, ob die konzernweiten
Verhaltensregeln der Klägerin bei der Entlassung des Beklagten verletzt
worden seien. In einem vom 20. November 2003 datierenden Schreiben an den

Beklagten bestätigte D. _____ den Inhalt des Telefongesprächs. Besprochen worden seien danach sowohl die Frage einer diskriminierenden Kündigung, die D. _____ verneinte, wie auch die angebotene Abfindung, die aus der Sicht des schweizerischen Rechts grosszügig sei.

A.c Auf das Telefongespräch reagierte am 20. November 2003 auch F. _____, der amerikanische Anwalt des Beklagten, der D. _____ einen Fax schrieb. Darin warnte er D. _____ vor einer Klage in den USA gegen den X. _____ Konzern und erklärte, dass es im Interesse des X. _____ Konzerns sei, mit dem Beklagten zu einer Einigung auf der Basis von dessen Minimalforderungen (in Höhe von Fr. 150'000.-- nebst einer vollen Rente ab Januar 2004) zu kommen. Am 21. November 2003 übermittelte der Beklagte an D. _____ einen Fax mit der englischen Übersetzung des Kündigungsschreibens. Im Übrigen verwies der Beklagte auf das Schreiben seines amerikanischen Vertreters.

A.d Am 24. November 2003 wandte sich der amerikanische Vertreter des Beklagten ein zweites Mal an D. _____. In seinem Fax-Schreiben äusserte er seinen Dissens zur Stellungnahme von D. _____ zur Kündigung des Beklagten, die dieser in seinem Schreiben vom 20. November 2003 als nicht missbräuchlich qualifiziert hatte. F. _____ hoffe - wie auch der Beklagte - weiter, dass der X. _____ Konzern sein Verhältnis zum Beklagten in harmonischer Weise beenden würde und warnte D. _____, falls dieser die Reputation des Beklagten nicht kenne, dass der Beklagte viele Bewunderer in Europa, Israel und den USA habe, die schockiert wären zu wissen, dass er vom X. _____ Konzern nicht fair und gerecht behandelt worden sei. Der Familie des X. _____ Konzerns sei zudem bewusst, dass der Beklagte über 31 Jahre in bedeutender Weise zum internationalen Wohl der Gesellschaft beigetragen habe.

A.e Dieses Schreiben beantwortete G. _____, Chef des Rechtsdienstes der X. _____ Inc., mit Fax-Schreiben vom 26. November 2003. G. _____ stellte eine diskriminierende oder sonst widerrechtliche Kündigung des Beklagten in Abrede und erklärte, dass das Angebot der Klägerin ziemlich grosszügig gewesen und über das gesetzlich vorgeschriebene weit hinausgegangen sei, den Leistungen des Beklagten während seiner Karriere bei der Klägerin entsprechend. Es bestehe keine Grundlage, ihm mehr zu bezahlen.

A.f Am 27. November 2003 akzeptierte der Beklagte das klägerische Angebot gemäss "Hausmitteilung" vom 20. November 2003. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2003 verlangte die Klägerin vom Beklagten im Zusammenhang mit der Auszahlung der vereinbarten Fr. 90'000.-- die Unterzeichnung zweier Dokumente bzw. die Erklärung, dass er keinerlei Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und dessen Beendigung gegen die X. _____ AG, die X. _____ Inc. oder eine ihrer Tochtergesellschaften geltend mache. Dies schliesse insbesondere die Erklärung ein, dass keine Ansprüche wegen angeblicher Diskriminierung, insbesondere nicht gestützt auf den Age Discrimination and Employment Act nach US-Recht erhoben würden.

A.g Mit Schreiben vom 23. Dezember 2003 teilte der Rechtsvertreter des Beklagten der Klägerin mit, dass der Beklagte die Offerte der Klägerin vom 19. November 2003 am 27. November 2003 gültig angenommen habe, weshalb die Klägerin zur Zahlung verpflichtet sei und der Beklagte zu keinen weitergehenden Handlungen oder Unterlassungen verpflichtet werden könne. In der Folge leitete der Beklagte eine Betreibung gegen die Klägerin ein. Mit Verfügung vom 24. Mai 2004 gewährte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich provisorische Rechtsöffnung für die vorliegend strittige Forderung über Fr. 90'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 24. Dezember 2003 sowie Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten.

B.

Die Klägerin erhob am 8. Juli 2004 beim Arbeitsgericht Zürich Aberkennungsklage. Das Arbeitsgericht hiess die Klage mit Urteil vom 21. Juni 2005 gut. Zur Begründung führte es aus, das Erklärungsverhalten der Parteien

sei nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Klägerin habe aufgrund des Fax-Schreibens des amerikanischen Anwalts des Beklagten vom 20. November 2003, worin dieser D. _____ vor einer Klage in den USA warnte und ihm eine Einigung in Höhe der minimalen Erwartungen des Beklagten empfahl, sowie weiterer Korrespondenz davon ausgehen dürfen, dass ihre Abfindungsangebote vom 19. November 2003 den Beklagten in der von ihr gestellten Form nicht interessiere. Der Beklagte habe dieses Angebot somit bereits vor dem 27. November 2003 definitiv abgelehnt, weshalb die Klägerin an das Angebot nicht mehr gebunden gewesen sei.

C.

Auf Berufung des Beklagten wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage mit Urteil vom 16. Oktober 2006 ab und erklärte den Rechtsvorschlag der Klägerin für aufgehoben. Es kam zum Schluss, aus dem Erklärungsverhalten des Beklagten bzw. seines amerikanischen Rechtsvertreters lasse sich keine Ablehnung der Offerte vom 19. November 2003 ableiten. Die innert Frist erklärte Annahme des Angebots der Klägerin sei deshalb rechtsgültig erfolgt, womit zwischen den Parteien eine rechtswirksame Vereinbarung bezüglich der bedingungslosen Bezahlung von Fr. 90'000.-- zustande gekommen sei.

D.

Mit Berufung vom 17. November 2006 beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Oktober 2006 sei aufzuheben (Ziff. 1) und es sei die vom Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 90'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 24. Dezember 2003 (Betreibung Nr. 1. _____, Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 20. Januar 2004; provisorische Rechtsöffnung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 24. Mai 2004), einschliesslich der Kosten des Zahlungsbefehls, des Kostenersatzes für die Gerichtsgebühr von Fr. 500.-- und der Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (zuzüglich 7.6 % MwSt) abzuerkennen (Ziff. 2). Weiter sei die Eintragung der Betreuung Nr. 1. _____ (Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 20. Januar 2004) aus dem Betreibungsregister zu löschen (Ziff. 3). Eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziff. 4). Die Klägerin rügt eine Verletzung von Art. 3 OR, des Vertrauensgrundsatzes und von Art. 8 ZGB. Weiter macht sie die Verletzung von Art. 63 Abs. 2 OG (offensichtliches Versehen) und eventualiter von Art. 64 OG (Unvollständigkeit des Sachverhalts) geltend.

Der Beklagte beantragt in der Berufungsantwort, die Berufung sei abzuweisen (Ziff. 1). Darüber hinaus sei ihm für das Verfahren vor dem Bundesgericht ab dem 9. Juli 2007 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Ziff. 2).

E.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies die gegen das Urteil des Obergerichts eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde mit Zirkulationsbeschluss vom 29. Mai 2007 ab, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen des kantonalen Sachrichters gebunden. Ausnahmen von dieser Bindung kommen nur in Betracht, wenn die Vorinstanz

bundesrechtliche Beweisvorschriften verletzt hat, wenn ihr ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist (Art. 63 Abs. 2 OG) oder wenn der von ihr ermittelte Sachverhalt im Hinblick auf die Anwendung des Bundesrechts der Ergänzung bedarf (Art. 64 OG). Ein offensichtliches Versehen liegt nach der Rechtsprechung nur vor, wenn die Vorinstanz eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig, d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut wahrgenommen hat (BGE 109 II 159 E. 2b S. 162; 104 II 68 E. 3b S. 74, je mit Hinweis). Es ist, wie aus dem Begriff des Versehens folgt, die in Wirklichkeit - nämlich ohne das Versehen - nicht gewollte Feststellung. Nicht in ihrer wahren Gestalt wird eine Aktenstelle beispielsweise wahrgenommen, wenn die Vorinstanz sich verliert, ihrerseits eine Missschreibung in den Akten übersieht oder den offensichtlichen Zusammenhang einer Aussage mit anderen Dokumenten oder Äusserungen verkennt (BGE 115 II 399 E. 2 mit Hinweis). Die Klägerin verkennt dies, wenn sie geltend macht, die vorinstanzliche Auslegung des Memos vom 11. November 2003 bzw. diverser anderer Schreiben nach dem Vertrauensprinzip stelle ein offensichtliches Versehen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 OG dar.

3. Die Klägerin wirft dem Obergericht vor, Art. 8 ZGB verletzt zu haben, indem es in Bezug auf den Inhalt des Telefongesprächs vom 19. November 2003 zwischen dem Beklagten und D. _____ bestrittene Behauptungen des Beklagten ohne Beweis als richtig angenommen habe.

3.1 Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten einen Anspruch darauf, zum Beweis zugelassen zu werden, sofern ihre Vorbringen rechtserheblich sind (BGE 132 III 222 E. 2.3 S. 226; 130 III 591 E. 5.4 S. 601) und ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht (BGE 129 III 18 E. 2.6 S. 24 f.; 114 II 289 E. 2a S. 290, je mit Hinweisen). Die allgemeine Beweisvorschrift ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei, unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f. mit Hinweis).

3.2 Die Klägerin hält - in Übereinstimmung mit dem Obergericht - selbst fest, der Inhalt des Telefongesprächs sei nicht entscheidungsrelevant. Damit kann in dieser Hinsicht von vornherein keine Verletzung von Art. 8 ZGB vorliegen.

4.

Die Klägerin wirft dem Obergericht weiter vor, das Vertrauensprinzip falsch angewendet zu haben, als es verneinte, dass der Beklagte die Offerte der Klägerin bereits vor dem 27. November 2003 definitiv abgelehnt habe.

4.1 Ein Antrag ist nicht notwendigerweise das Resultat von Vertragsverhandlungen. Er kann den Verhandlungen auch vorausgehen (Schmidlin, Berner Kommentar, N. 21 zu Art. 3 OR; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar, N. 32 zu Art. 3 OR). Der Antragsteller, der für die Annahme eine Frist setzt, bleibt gemäss Art. 3 Abs. 1 OR bis zu deren Ablauf an den Antrag gebunden. Er wird jedoch frei, sobald der Empfänger den Antrag ablehnt. Das kann etwa dadurch geschehen, dass der Empfänger einen eigenen Antrag stellt (BGE 31 II 640 E. 4 S. 649; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N. 86 zu Art. 3 OR). Die Bindung des Antragstellers an seine Offerte fällt in diesem Fall jedoch nur weg, wenn die Antwort des Empfängers zum Ausdruck bringt, dass das Angebot ihn so nicht interessiert und das unterbreitete Gegenangebot den Vertragswillen darstelle. Eine blosser Rückfrage, etwa ob ein Preisnachlass, andere Zahlungsbedingungen oder andere Lieferfristen möglich wären, hebt die Bindung des Offerenten hingegen nicht auf (Bucher, Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, N. 24 zu Art. 3 OR). Steht nicht fest, dass der Antragsteller die Reaktion des Empfängers richtig verstanden hat, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt die Willenserklärung hat. Sie ist demzufolge so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie

den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen). Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüft. An die vorinstanzlichen Feststellungen zu den tatsächlichen Umständen ist es jedoch gebunden (BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274 f. mit Hinweisen).

4.2 Es ist unbestritten, dass der Beklagte mit der Klägerin bis zur Annahme der Offerte der Klägerin vom 19. November 2003 am 27. November 2003 keinerlei Korrespondenz mehr führte, sondern lediglich noch Kontakte mit dem Mutterhaus in E. _____ bestanden bzw. durch den Rechtsvertreter des Beklagten geführt wurden. Weiter steht fest, dass die Vorgesetzte des Beklagten das Memo vom 11. November 2003 an D. _____, dem "Head of Human Resources International", weiterleitete, der am 19. November 2003 telefonischen Kontakt mit dem Beklagten aufnahm. In diesem Gespräch lehnte der Beklagte die Offerte vom 19. November 2003 nicht ab und verlangte auch keine Erhöhung oder andere Modifikationen. In seinem Schreiben vom 20. November 2003 an D. _____ erwähnte der Beklagte das Abfindungsangebot der Klägerin nicht. Es steht damit fest, dass der Beklagte selber das Angebot der Klägerin nicht ablehnte. Umstritten ist jedoch, ob der amerikanische Anwalt des Beklagten, F. _____, die Offerte vom 19. November 2003 in seinem Schreiben vom 20. November 2003 an D. _____ ablehnte.

4.3 Das Obergericht hielt fest, in diesem Schreiben werde die Offerte der Klägerin vom 19. November 2003 über Fr. 90'000.-- mit keinem Wort genannt, sondern lediglich empfohlen, dem Beklagten zufolge der drohenden Gefahr einer nach dessen Auffassung erfolgsversprechenden Klage in den USA vom Mutterhaus aus eine höhere Abfindung zu gewähren bzw. darauf einzuwirken (sic!). Demnach könne aufgrund des Wortlauts dieses Schreibens nicht auf eine Ablehnung des Angebots geschlossen werden. Zuzufolge der Tatsache, dass sich der Beklagte bzw. sein Rechtsvertreter nach Erhöhung des Angebots am 19. November 2003 durch die Klägerin nicht mehr an die Klägerin wandte, sondern mit dem Mutterhaus korrespondierte, könne das Schreiben des Anwalts nur so verstanden werden, dass nach Ansicht des Beklagten aufgrund der von ihm als gegeben erachteten gemeinsamen Verantwortung mit dem Mutterhaus ein doppelter Anspruch gegenüber der Mutter- und Tochtergesellschaft bestehe und in diesem Sinn eine gesamthaft höhere Entschädigung angebracht wäre. Zudem sei zum Ausdruck gebracht worden, dass diese zusätzliche Entschädigung gestützt auf amerikanisches Recht - und somit nicht primär von der Klägerin - geschuldet wäre.

4.4 Nach Ansicht der Klägerin entspricht die Auslegung des Obergerichts nicht dem, was die Klägerin als verständige und redliche Empfängerin des Schreibens habe verstehen dürfen. Mit der Erklärung, der Beklagte beharre weiterhin auf seiner Minimalforderung, habe F. _____ unzweideutig zum Ausdruck gebracht, die Offerte der Klägerin sei ungenügend. Die Klägerin habe dies als klare Ablehnung ihres Angebots verstanden und auch verstehen dürfen. Es sei unklar, wer anders als die Klägerin als Adressatin der Forderung die verlangte Rente hätte bezahlen sollen bzw. dafür hätte sorgen sollen, dass sie bezahlt werde.

4.5 Mit seinem Brief vom 20. November 2003 wandte sich der amerikanische Anwalt des Beklagten an D. _____ mit dem erklärten Zweck, zu einer Einigung über gerechte und angemessene Bedingungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Beklagten zu gelangen. Er bezog sich dabei auf seine Erfahrung als Prozessanwalt und äusserte seinen persönlichen Eindruck ("personal feelings"), wonach der X. _____ Konzern bei einer Klage in den USA, zu der der Beklagte als amerikanischer Staatsbürger berechtigt sei, einen schweren Stand haben könnte. Der Anwalt fuhr fort, er habe noch nicht die Gelegenheit gehabt, alle Einzelheiten im Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht zu ziehen. Bestimmte Formulierungen im Kündigungsschreiben wiesen jedoch auf eine nach amerikanischem Recht unzulässige Diskriminierung des Beklagten aufgrund seines Alters hin. Weiter schrieb er: "I urge you to come to an accomodation with A. _____ which

meets the minimal expectations he outlined in his letter to his supervisor of 11 November 2003."

4.6 Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich aus diesem Schreiben weder eine Ablehnung der Vergleichsofferte für den Fall ableiten, dass keine Einigung auf der Basis der im Memo vom 11. November 2003 skizzierten Mindesterwartungen des Beklagten zustande kommen sollte, noch ergibt sich daraus, dass der Beklagte das Angebot für absolut ungenügend erachte und es daher ablehne. Allein die Qualifikation der Erwartungen des Beklagten als "minimal" berechtigt nicht zu einem gegenteiligen Schluss, zumal unter Umständen auch Vergleiche akzeptiert werden, die den eigenen Mindestvorstellungen nicht genügen. Da die normative Auslegung von Willenserklärungen anhand der Umstände, und damit nach dem gesamten Zusammenhang, in dem sie stehen, vorzunehmen ist, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Rechtsvertreter des Beklagten im Absatz zuvor klar zum Ausdruck brachte, dass seine Stellungnahme nicht abschliessend sein konnte. Darüber hinaus stellte er klar, dass er den Wunsch des Beklagten nach einer gütlichen Einigung im Anschluss an das Telefongespräch zwischen D. _____ und dem Beklagten erneut bekräftigen wolle. Hat der Rechtsvertreter des Beklagten aber dergestalt den vorläufigen und auf Einigung abzielenden Charakter des Schreibens hervorgehoben, kann mit Blick auf ein einziges Wort ("minimal") nach Treu und Glauben nicht von einer eindeutigen Ablehnung des Angebots ausgegangen werden. Nicht aus jeder Rückfrage an den Offerenten und aus jedem Versuch, diesen während der Frist zu einem besseren Angebot zu bewegen, kann ohne weiteres auf eine Ablehnung der Offerte geschlossen werden, wenn - wie hier - Vertragsverhandlungen erst im Anschluss an ein Angebot aufgenommen werden. Der Rechtsvertreter des Beklagten ersuchte zwar dringend um eine Erhöhung des Angebots, allerdings vor dem Hintergrund der vom Beklagten gegenüber D. _____ bereits erklärten Auffassung, dass das Angebot aus der Sicht des schweizerischen Rechts grosszügig sei. Somit konnte es bei den "minimal expectations" nur noch darum gehen zu beurteilen, inwieweit das Angebot nach amerikanischem Recht angemessen sei. Daraus durfte und musste die Klägerin nach Treu und Glauben nicht schliessen, eine Einigung auf der bereits vorgeschlagenen Basis komme für den Beklagten nicht in Frage, diente das Schreiben doch offensichtlich dazu, den Einfluss des amerikanischen Rechts auf die Angemessenheit der Entschädigung zu diskutieren, und stand die diesbezügliche Stellungnahme der Muttergesellschaft noch aus. Insgesamt erweist sich das Schreiben als Versuch, für den Beklagten mehr herauszuholen, ohne dass daraus etwas für den Fall des Scheiterns dieses Versuchs abzuleiten wäre. Wenn die Vorinstanz in Anwendung des Vertrauensprinzips schloss, dass weder aus dem Schreiben des Rechtsvertreters des Beklagten vom 20. November 2003 noch jenem vom 24. November 2003 objektiv hervorgehe, das Angebot der Klägerin interessiere den Beklagten nicht mehr, hat sie kein Bundesrecht verletzt.

5.

Aus den genannten Gründen ist die Berufung abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG). Der Beklagte hat für das Verfahren vor Bundesgericht ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters gestellt. Einer bedürftigen Partei, deren Standpunkt nicht aussichtslos erscheint, kann die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und nötigenfalls ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben werden (Art. 152 Abs. 2 OG). Dem Gesuch des Beklagten, der arbeitslos ist und über kein Vermögen verfügt und dem bereits im Verfahren vor dem Kassationsgericht die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, kann entsprochen werden, da der Beizug eines Rechtsanwalts angesichts der aufgeworfenen Rechtsfragen erforderlich ist. Im Fall der Uneinbringlichkeit ist die Parteientschädigung dem Anwalt des Beklagten gemäss Art. 152 Abs. 2 OG aus der Bundesgerichtskasse auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Dem Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege für die Berufung bewilligt. Rechtsanwalt Oliver Kälin, Zürich, wird ihm als Rechtsanwalt beigegeben.

2.

Die Berufung wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.-- wird der Klägerin auferlegt.

4.

Die Klägerin hat den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'500.-- zu entschädigen. Im Falle der Uneinbringlichkeit wird dem Anwalt des Beklagten, Rechtsanwalt Oliver Kälin, diese Entschädigung aus der Gerichtskasse des Bundesgerichts ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Oktober 2007

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: